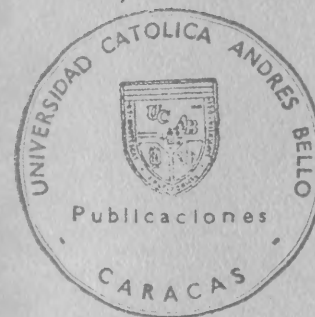


UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO

EDITORIAL  
SUCRE  
CARACAS



AÑO LECTIVO 1965-1966

No. 2

Caracas

Venezuela

UNIVERSIDAD CATOLICA  
ANDRES BELLO

AUTORIDADES CENTRALES

*Rector*  
R.P. DR. CARLOS REYNA, S.J.

*Vicerector*  
DR. ARMANDO VEGAS

*Secretario*  
DR. FELIX HUGO MORALES

FACULTAD DE DERECHO

*Decano*  
DR. JOSE LUIS AGUILAR GORRONDONA

*Director de la Escuela de Derecho de Caracas*  
R.P. DR. LUIS M. OLASO JUNYENT, S.J.

*Director de la Escuela de Derecho  
de San Cristóbal*  
R.P. DR. JESUS SANCHEZ DE MUNIAIN, S.J.

*Director Adjunto de la  
Escuela de Derecho de Caracas*  
ABOGADO MARCO LOVERA HERRERA

*Presidente de la  
Asociación de Egresados de la Facultad*  
DR. FRANCISCO PAZ PARRA

*Presidente del Centro de  
Estudiantes de la Facultad*  
BR. ALFREDO MURACCIOLE



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

REVISTA  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO



AÑO LECTIVO 1965-1966

No. 2

Caracas

Venezuela

## SUMARIO

	Pág.
<b>DOCTRINA</b>	
LOS LIMITES DEL PODER DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, <i>por Allan-Randolph Brewer Carías</i> .....	9
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA REGISTRAL VENEZOLANO, <i>por Angel Cristóbal Montes</i> .....	36
SANCIONES EN DERECHO ADMINISTRATIVO, <i>por Tulio Chiossone</i> .....	57
LOS ANTECEDENTES DE LA CODIFICACION CIVIL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANO (1810-1862), <i>por Gonzalo Parra Aranguren</i> .....	78
EL PROCESO CIVIL, <i>por Aristides Rengel Romberg</i> ....	144
<b>LEGISLACION COMENTADA</b>	
ANOTACIONES A LA LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS, <i>por Otho Perret Gentil</i> .....	189
<b>ANALISIS DE JURISPRUDENCIA</b>	
EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES NO NORMATIVAS, APROBATORIAS DE CONTRATOS, <i>por Gonzalo Pérez Luciani</i> .....	207



RECENSIONES BIBLIOGRAFICAS ..... 233

MISCELANEA

INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL PRO-  
YECTO DE CODIGO CIVIL DE 1862 E INFORME DE  
LA RESPECTIVA COMISION REVISORA ..... 253

CRONICA DE LA FACULTAD

SINTESIS INFORMATIVA ..... 287  
NOTA NECROLOGICA ..... 292

**DOCTRINA**

## LOS LIMITES DEL PODER DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (1)

*Allan-Randolph Brewer Carías*

### S U M A R I O

- I. INTRODUCCION.
- II. LIMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD:
  - 1.—Principios Generales. 2.—Límites en la determinación del Presupuesto de hecho del acto administrativo: A. Introducción. B. La comprobación de los hechos. C. La calificación de los presupuestos de hecho. 3.—Límites en la finalidad perseguida por el legislador.
- III. LIMITES DERIVADOS DE LA FORMA DE APRECIACION DE LOS HECHOS:
  - 1.—Introducción. 2.—El principio de la racionalidad. 3.—El Principio de Justicia. 4.—El Principio de la Igualdad. 5.—El Principio de la Proporcionalidad.
- IV. CONCLUSION.

### I. INTRODUCCION

1.—Conforme a lo indicado en el Artículo 117 de la Constitución Venezolana, ésta y “las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio”. En esta

(1) El presente trabajo ha sido preparado como una de las ponencias del Comité Venezolano de Derecho Comparado para el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado a celebrarse en Uppsala, Suecia, del 6 al 13 de agosto de 1966.

En las notas se han utilizado las siguientes abreviaturas: EDCE: *Estudes et Documents, Conseil d'Etat, Paris*; GF: *Gaceta Forense, Organó de publicidad de las antiguas Corte Federal y de Casación y Corte Federal y de la actual Corte Suprema de Justicia, Caracas*; RAP: *Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, Madrid*; RCADF: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas*; RCIJ: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Bruselas*; RDP: *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris*; RFD: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas*.

norma está consagrado constitucionalmente en Venezuela, el Principio de la legalidad que rige la actuación de todo Estado de Derecho.

Sin embargo, legalidad, en el sentido etimológico de la palabra, es lo que está conforme con la ley, por lo que esta expresión, de acuerdo al sentido de la norma constitucional, debe ser entendida en sentido amplio y como sinónimo de Derecho. Conforme a esto, el Principio de la legalidad aplicado al Estado, no es más que la conformidad con el Derecho que debe acompañar a todos los actos de las ramas del Poder Público. Es decir, el principio según el cual toda la actividad del Estado debe estar conforme con el Derecho de ese Estado <sup>(2)</sup>.

Este principio de la legalidad, en su aplicación a la administración, ha sido claramente determinado por la jurisprudencia venezolana en decisión de la antigua Corte Federal al expresar que "todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas; de ahí, el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual, éstos carecen de vida jurídica no sólo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también, cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley".

Esta necesidad que tiene la Administración Pública, como órgano de la actividad estatal, de ejercitar sus funciones sólo dentro de los precisos límites del derecho positivo es ciertamente, como también lo ha recalado la jurisprudencia, una "garantía establecida en beneficio de los particulares o administrados contra las posibles *arbitrariedades* de la autoridad ejecutiva" <sup>(3)</sup>.

Sin embargo, y ello es innegable, no toda la actividad de la Administración Pública tiene establecida en el ordenamiento

<sup>(2)</sup> Cfr. nuestra obra *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pág. 23.

Ello se desprende, por otra parte, del artículo 206 de la Constitución cuando atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos generales o individuales *contrarios a derecho*.

<sup>(3)</sup> Vid. sentencias de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 y de 23 de octubre de 1953 en nuestro trabajo "Algunas Bases del Derecho Público en la Jurisprudencia Venezolana", RFD, N° 27, 1963, pág. 145. Asimismo, en GF, 2ª Etapa N° 1, 1953, pág. 151 y en GF, 2ª Etapa N° 2, 1953, pág. 64.

jurídico positivo "precisos límites", lo que ha dado origen a la distinción clásica entre administración reglada y poder discrecional en la actividad administrativa.

A este respecto, la antigua Corte Federal ha señalado expresamente que "los actos administrativos son de dos categorías: *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley" <sup>(4)</sup>.

En este sentido, la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos estriba "en que en los reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*" <sup>(5)</sup>.

En esta forma entendida, ciertamente que la actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, por lo general, se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja

<sup>(4)</sup> Vid. sentencia de la Antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional en la jurisprudencia administrativa venezolana", RFD, N° 28, 1964, pág. 187. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 1, 1953, pág. 151.

<sup>(5)</sup> Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 188. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 26, 1959, pág. 125.

a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos*, para decidir u orientar su actuación (6).

Pero sin embargo, debe señalarse que, en todo caso, el ejercicio de una actividad discrecional ha de encontrar su fundamento y su razón de ser en una ley. La discrecionalidad, ha dicho BALLBE, "no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la administración, sino en la atribución, por el derecho, de una libertad de apreciación" (7). En este mismo sentido la jurisprudencia venezolana ha sostenido que el funcionario sólo tiene las facultades que la ley le señala expresamente, por lo que "nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente" (8). Por todo ello podría decirse que el primer límite del poder discrecional está en la ley que lo autoriza.

La importancia de la discrecionalidad administrativa ha llevado a M. WALINE a indicar que, si fuera necesario dar en pocas palabras una definición del derecho administrativo, podría decirse que "es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación en vista de la salvaguarda de los derechos de terceros (administrados y agentes públicos)" (9).

En efecto, el poder discrecional de las autoridades administrativas es la condición indispensable de toda buena y eficiente administración. Sin embargo, su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los gobernantes. Así, los dos términos del planteamiento: salvaguarda del poder administrativo por el reconocimiento del poder discrecional, y salvaguarda de los derechos de los admi-

(6) Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 189. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 133.

(7) Vid. MANUEL BALLBE, "Derecho Administrativo" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1949, pág. 64 citado por M. F. CLAVERO AREVALO, "La doctrina de los Principios Generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", RAP, N° 7, 1952, pág. 89.

(8) Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* y de *Casación en Sala Federal* de 11 de agosto de 1949 en GF, 1ª Etapa (Segunda Edición), Año I, N° 2, agosto 1949, pág. 140.

(9) MARCEL WALINE, "Etendue et limites du contrôle du juge administratif sus les actes de l'Administration" EDCE, Fascículo N° 10, 1956, pág. 25.

nistrados por la limitación de ese poder, deben conciliarse para que el Estado no se vuelva anárquico o arbitrario (10).

La evolución de los últimos años en el sistema administrativo de casi todos los países, ha sido el de la reducción paulatina de las llamadas "inmunidades de poder" donde se encuentra tradicionalmente inmerso, el poder discrecional (11). Y puede decirse entonces que esa reducción paulatina del poder discrecional, ha sido una de las características de la reciente evolución del Derecho Administrativo.

Es necesario señalar, sin embargo, que esa evolución no ha sido ni ha podido ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que la reducción del ámbito del poder discrecional a un control jurisdiccional efectivo, ha sido el resultado de todo un "vasto movimiento de lucha por el derecho" (12) en el que, naturalmente, no es sólo responsable y ni siquiera primariamente el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la *jurisprudencia*.

Esta labor de la jurisprudencia, fundamentalmente en Venezuela, es la que nos proponemos examinar analíticamente en este trabajo.

En la labor jurisprudencial debemos distinguir sin embargo, dos fases en relación al poder discrecional, que por sentido histórico —dada la amplitud que este tenía en la doctrina hace algunos años— se han agrupado dentro de la expresión "control del poder discrecional". Tal como lo señalara recientemente ALEJANDRO NIETO, en "el inexorable progreso hacia la reducción de la discrecionalidad hay que distinguir dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control —en la medida de lo posible— de lo que sí es discrecional" (13).

Visto esto, en relación a los límites del poder discrecional hay que distinguir entonces, como lo hacemos, los límites deri-

(10) Cfr. MARCEL WALINE, "Etendue et limites...", *loc. cit.*, pág. 25; J. M. HERNANDEZ RON, La Potestad Administrativa discrecional, RCADF, Año VII, N° 35-36, 1947, pág. 8.

(11) Vid. el magnífico trabajo de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", RAP, N° 38, 1962, págs. 159 a 205.

(12) E. GARCIA DE ENTERRIA, "La lucha...", *loc. cit.*, pág. 166.

(13) ALEJANDRO NIETO, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", RAP, N° 44, 1964, pág. 153.

vados de la vigencia del principio de la legalidad —control de lo que no es realmente discrecionalidad—, de los límites que la jurisprudencia ha ido clarificando sobre esa “libertad de apreciación de los hechos” (14) que caracteriza jurisprudencialmente al poder discrecional, y que denominaremos límites derivados de la forma de apreciación de los hechos y que configuran un verdadero control de lo que sí es discrecional.

## II. LÍMITES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

### 1. Principios Generales

2.—Los actos administrativos, tanto los reglados como los discrecionales, están sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y efecto jurídicos. En esto consiste el principio de la legalidad. Los unos y los otros deben ser ejecutados de acuerdo a disposiciones preexistentes (15).

Este ha sido el criterio tradicionalmente sustentado por la jurisprudencia. En efecto, en sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 se estableció que si bien la administración obra discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que obre al arbitrio, “eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto” (16). Por tanto, la jurisprudencia ha reconocido que los requisitos de forma de los actos administrativos han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional (17).

(14) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 189. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 133.

(15) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 188. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 26, 1959, pág. 125.

Por otra parte, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 193.

(16) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 187. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 1, 1953, pág. 151.

(17) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 190. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 134.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia (18), señalando que “el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia” (19).

Pero, además de estos límites sobre el cumplimiento de los elementos de legalidad ordinarios del acto administrativo, la jurisprudencia ha tomado en consideración especialmente, los límites impuestos al poder discrecional en la determinación del presupuesto de hecho del acto y en la determinación de la finalidad del mismo. Es necesario aquí, prestar atención especial a estas dos limitaciones al poder discrecional derivadas de la sumisión de la actividad administrativa al principio de la legalidad administrativa.

### 2. Límites en la determinación del Presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional

#### A. Introducción

3.—Dentro de los elementos del acto administrativo está claramente determinado el elemento fáctico, es decir, los presupuestos de hecho del acto que configuran, de acuerdo a nuestro criterio, el elemento denominado causa (20).

La determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo constituye una de las etapas que debe seguir la administración para manifestar su voluntad. Debe dejarse claramente establecido sin embargo, que esta determinación de los presupuestos de hecho no comprende ningún elemento de apre-

(18) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 100. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 134.

(19) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 192. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 11, 1956, pág. 28.

(20) Cfr. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Tomo I, Madrid 1956, pág. 453. En este sentido GEORGES VEDEL incluye los elementos o presupuestos de hecho del acto dentro del elemento causa: Vid. *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, Paris, 1934, pág. 361, cit. por RAFAEL NUÑEZ LAGOS, “La causa del acto administrativo” en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 113. Vid. asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales*, ob. cit., pág. 127.

ciación ni juicio <sup>(21)</sup>; se trata simplemente, de una constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

Ahora bien, en esta determinación de los hechos, la administración, aún encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, debe ceñirse a determinados límites: en primer lugar, debe comprobar los presupuestos de hecho del acto; en segundo lugar, los hechos deben ser ciertos y no falsos; y en tercer lugar, los hechos han de ser calificados concretamente. Veamos estos tres límites al poder discrecional en materia de determinación del elemento causa en el acto administrativo.

#### B. La comprobación de los hechos

4.—La jurisprudencia administrativa ha determinado que las decisiones administrativas se hayan condicionadas por “la comprobación previa de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente” <sup>(22)</sup>.

Es de destacar uno de los considerandos de la decisión a que se ha hecho referencia, y que declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se concedió la nacionalidad venezolana a una extranjera, por no haberse comprobado suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial. La Corte Suprema de Justicia, señaló: “Al no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente, la Resolución Ministerial resulta manifiestamente infundada y debe, en consecuencia, revocarse. A juicio de la Sala no es posible atribuir mérito probatorio a la nota que figura al folio 2 del expediente administrativo, con el membrete de la Dirección de Extranjeros y que aparentemente se ha tenido como fundamento para el empleo de la norma legal aplicada en la Resolución, pues dicha

<sup>(21)</sup> Cfr. MICHEL STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, N° 82, Atenas, 1954, pág. 154; BONNARD, “Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir”, RDP, 1923, pág. 363, cit. por J. C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII), Paris, 1959, pág. 48.

<sup>(22)</sup> Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 22 de mayo de 1963 (CSJ-PA-70-1; 22-5-63 según sigla del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia).

nota no hace legalmente fe respecto de los supuestos de hecho de la norma que se aplica. En efecto, en ella se dice que la nombrada ciudadana “continúa en actividades que van contra la moral y buenas costumbres y ha burlado la buena fe del Despacho”; más no existe en el expediente administrativo, ningún elemento que acredite los hechos a que se contrae la referida nota, como sucedidos con posterioridad a la fecha en que le fue otorgada la nacionalidad. Conforme a estas consideraciones, la Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, por haberse fundado en hechos no comprobados y porque al dictarla, la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal”.

Por tanto, uno de los límites del poder discrecional en cuanto a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo, es la necesaria comprobación de dichas circunstancias de hecho por la administración <sup>(23)</sup>.

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la “exactitud material de los hechos básicos de la decisión” <sup>(24)</sup> evita, por otra parte, el llamado error de hecho <sup>(25)</sup> que puede ser controlado también jurisdiccionalmente y que consiste simplemente en el “falso conocimiento de la realidad” <sup>(26)</sup>.

<sup>(23)</sup> En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa en sentencia de 8 de junio de 1964 ha sostenido lo siguiente:

“Observa la Corte, que en el acto administrativo a que se concreta la Resolución ministerial cuya nulidad se ha demandado, el funcionario de la Administración Pública (Ministerio de Fomento) ha obrado en la esfera de sus atribuciones al dictar la Resolución, y desde este punto de vista su decisión es inobjetable, pero no sucede lo mismo cuando se examina el aspecto formal de su actuación administrativa, la que por serlo, no le eximia de la obligación de juzgar conforme a lo probado en el expediente, de suerte que el supuesto de la norma legal guardara correspondencia con los hechos, no estándole permitido en ningún caso dar por probados los hechos con los solos elementos aportados por la gestión oficial, de indiscutible valor cuando ella es conforme con la realidad, pero igualmente revisable o descartable si se comprueba por otros medios de autos que la prueba final no es verdadera. Es tan rigurosa la exigencia de la ley a este respecto, que la discrecionalidad en la apreciación de los hechos en un caso determinado de parte del funcionario, con todo y estar vestida de cierta amplitud dentro del marco de la ley, nunca aquella puede conducir a la arbitrariedad. Si esto ocurre, el acto administrativo es irregular por vicio de ilegalidad”. Vid. en CSJ-PA-56-1; 8-6-64 según sigla del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia. Subrayado nuestro.

<sup>(24)</sup> M. LETOURNEUR, “El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente” en RAP, N° 7, 1952, pág. 221.

<sup>(25)</sup> Cfr. M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pág. 175 y sig.

<sup>(26)</sup> SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO BAQUER, “El Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, RAP, N° 23, 1957, pág. 138.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo acordando su nulidad, que "el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a *falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad*, de allí que el resultado obtenido haya sido *inexacto*, tal como lo manifestó el Fiscal General de la República en su dictamen en el cual concluye considerando que es procedente el recurso de nulidad solicitado" (27).

### C. La Calificación de los presupuestos de hecho

5.—Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación del acto administrativo, la administración, después de haber constatado y comprobado los presupuestos de hecho, debe proceder a la sumisión de los hechos al presupuesto de derecho, (28) es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado "calificación jurídica de los hechos" (29) como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, y que tiene su control jurisdiccional en el llamado abuso o exceso de poder por la jurisprudencia venezolana, que corresponde a la tergiversación de los hechos de la jurisprudencia italiana, (30) y que se presenta como una figura análoga al falso supuesto del derecho procesal civil (31).

(27) Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en GF, 2ª Etapa N° 33, 1961, pág. 20.

(28) Cfr. J. C. VENEZIA, *op. cit.*, pág. 25 al señalar que "L'operation de qualification a pour but de faire rentrer une situation de fait dans le cadre d'une notion juridique".

(29) M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pág. 182.

(30) Vid. en la jurisprudencia venezolana nuestra obra *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo... cit.*, págs. 67 y 68. En la jurisprudencia italiana: SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El Exceso de poder..." *loc. cit.* pág. 135.

(31) El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil dispone: "En el fallo del recurso, la Corte Federal y de Casación se limitará a considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización, y decidirá sobre ellas sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento o apreciación de los hechos por parte de los jueces sentenciadores; a menos que se alegue infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba. Esta excepción procede: 1º Cuando los jueces hayan dado por probado un hecho con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; 2º Cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; 3º Cuando basen sus apreciaciones en falso supuesto, atribuyendo la existencia de un

En este sentido la jurisprudencia indica que "si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución o de la ley positiva...; pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad*" (32).

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se limitan a la posible transgresión de normas constituciones o legales expresas, sino que abarcan también la necesidad de que el funcionario, aún en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, ley positiva o precepto legal expreso, en la aplicación de ese precepto legal, no tergiversar los presupuestos de hecho que autorizan su actuación (33). En este sentido, puede controlarse jurisdiccionalmente el poder discrecional —"pues de no ser así imperaría en todo caso el arbitrio del funcionario sin remedio alguno"—, cuando la administración dicte un acto administrativo falseando el lógico y verdadero presupuesto del mismo. Asimismo, se considera dictado el acto con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se funde sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resulten inexistentes o existentes, sino también basta con que en su realidad tales hechos sean sustancialmente distintos a como son aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no considere debidamente elementos esenciales o dé, por lo contrario, excesiva importancia a elementos accesorios (34).

La función de calificación de los hechos y sus límites es ciertamente, una actividad reglada y por tanto controlable en

instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un hecho con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia".

(32) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en GF, 2ª Etapa, N° 17, 1957, pág. 136.

(33) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en GF, 2ª Etapa, N° 17, 1957, pág. 136.

(34) Cfr. S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El exceso de poder...", *loc. cit.*, pág. 131. Vid. asimismo sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8 de junio de 1964, *cit.* en Nota N° 23.

todos los actos administrativos. Sin embargo, su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional, además, debe señalarse que la jurisprudencia ha destacado que este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en "hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denunciándose los hechos, o bien por cualquier otra causa" (35), lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho (36).

Por último, y dentro del proceso de calificación de los hechos siguiendo el esquema francés (37), debe destacarse la reducción a la discrecionalidad elaborada por los juristas alemanes y que recientemente ha sido destacada por García de Enterría (38), realizada por los denominados "conceptos jurídicos indeterminados" o "nociones jurídicas imprecisas" (39).

En efecto, partiendo del principio de la legalidad y de que la ley regula en todo caso la actividad administrativa, tal regulación puede hacerse de una manera más o menos indeterminada, por ejemplo, cuando se utilizan expresiones como justo precio, urgencia, etc. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular, no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata (40). Tradicionalmente se admitía que la calificación de los hechos en estos casos indeterminados

(35) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957 en GF., 2ª Etapa, N° 17, 1957, pág. 135.

(36) Cfr. S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El Exceso de poder..." loc. cit., pág. 138 Vid. N° 4.

(37) Cfr. M. LATOURNEUR, "El control de los hechos..." loc. cit., pág. 219.

(38) E. GARCIA DE ENTERRIA. "La lucha contra..." loc. cit., pág. 171.

(39) Cfr. FORSTHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 123 y sig.; HANS KLECATSKY, "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", RCIJ, Vol IV, N° 2, Verano de 1963, pág. 237.

(40) Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA. "La lucha contra..." loc. cit., pág. 171; A. NIETO, "Reducción Jurisdiccional..." loc. cit., pág. 154.

encajaba dentro de la discrecionalidad (41). Sin embargo, con la nueva técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se ha reducido nuevamente la discrecionalidad y se le ha establecido un nuevo límite.

La diferencia entre la discrecionalidad y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados estriba, como mínimo en los siguientes puntos: En la discrecionalidad auténtica la administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier solución que adopte dentro de ellas es, en principio, jurídicamente irreprochable; en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados la elección no es libre, sino que se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto y que admite solo una solución justa. Por ejemplo, la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en general del Distrito Federal establece la necesidad de demoler o modificar, según el caso, las edificaciones que "amenacen o se encuentren en ruina", lo que configura un concepto jurídico indeterminado. Ante una edificación determinada no cabe más que una sola solución justa: la edificación se encuentra en ruina o no. Esta determinación, es claro, no puede ser objeto de una facultad discrecional (42). Existe además, otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados (43). En la discrecionalidad la operación que debe realizar la administración es de naturaleza *volitiva*; así, sucede cuando la ley faculta a la administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado (44). En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la administración es de naturaleza *intelectiva*: la administración cree, juzga que la edificación amenaza ruina. Tal distinción provoca efectos importantes: mientras en el primer caso no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley la ha atribuido expresamente, en el segundo caso siempre cabe la posibilidad de que la administración se

(41) Vid. M. STASSINOPOULOS. *op. cit.*, pág. 185 y sig.

(42) Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA. "La lucha contra..." loc. cit., pág. 174.

(43) Vid. ALEJANDRO NIETO. "Reducción jurisdiccional..." loc. cit., pág. 154.

(44) Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Politico-Administrativa de 12 de diciembre de 1963 en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 27.344 de 13 de enero de 1964.



haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales <sup>(45)</sup>.

### 3. Límites en la finalidad perseguida por el legislador

6.—Tal como lo ha destacado la jurisprudencia, “la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la administración no pueden en modo alguno salirse de los fines que, con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público” <sup>(46)</sup>.

Por tanto, otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, es este de la finalidad perseguida. Por ello ha recalado la jurisprudencia que la “discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la administración nacional, estatal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin*” <sup>(47)</sup>.

El control de este límite ha sido denominado, en cuanto produce un vicio en los actos administrativos que lo traspasen, como desviación de poder según la terminología acuñada en el derecho francés y recibida en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos <sup>(48)</sup>.

La desviación de poder, por tanto, “surge cuando la administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley” <sup>(49)</sup> y su configuración es sencilla: la administración está obligada a realizar su actividad no sólo

<sup>(45)</sup> ALEJANDRO NIETO. “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, págs. 154 y 155.

<sup>(46)</sup> *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 192. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 17, 1957, pág. 135.

<sup>(47)</sup> *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956, en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 192. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 11, 1956, pág. 28.

<sup>(48)</sup> El artículo 206 de la Constitución atribuye competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa “para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por *desviación de poder*”.

<sup>(49)</sup> Sentencia de la antigua *Corte Federal* de 2 de junio de 1958 en GF, 2ª Etapa, N° 20, 1958, pág. 99.

respondiendo a un fin público o social buscado <sup>(50)</sup> —lo que no sucede cuando obra por un fin privado—, sino que, dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente el *fin específico* por el que le son concedidas las facultades determinadas que ejercita en el supuesto concreto <sup>(51)</sup>.

En consecuencia la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita <sup>(52)</sup>. En este sentido, las autoridades administrativas no pueden obrar *ad-libitum* cuando están de por medio los derechos de los administrados y los actos administrativos pueden adolecer de vicios que acarreen su nulidad, aun cuando tales actos no violen los preceptos constitucionales o legales y con ellos no usurpe atribuciones el funcionario que los profiere. Entre estos vicios está la desviación de poder, pues el acto administrativo “aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, en su espíritu o en el fondo es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa*” <sup>(53)</sup>.

La actividad administrativa en el Estado de Derecho —ha señalado la antigua Corte Federal— está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados*; por ello no puede la administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador “aun cuando aquéllos respondan a las más estrictas licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin” <sup>(54)</sup> que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

En consecuencia, este elemento reglado de la finalidad de la actuación administrativa, viene a ser otro de los límites

<sup>(50)</sup> *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 188. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 1, 1953, pág. 153.

<sup>(51)</sup> *Cfr.* S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, “La desviación de poder en el Derecho español”, RAP, 1957, N° 22, pág. 137.

<sup>(52)</sup> *Cfr.* M. LATOURNEUR, “La desviación de poder en Francia”, *Cuadernos de Derecho Francés*, Nos. 14-15 Barcelona, 1960, págs. 19 y 21. Asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales...*, cit. pág. 71.

<sup>(53)</sup> *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 28 de septiembre de 1954 en GF, 2ª Etapa, N° 5, 1954, pág. 218.

<sup>(54)</sup> *Idem.*

impuestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa.

### III. LIMITES DERIVADOS DE LA FORMA DE APRECIACION DE LOS HECHOS

#### 1. Introducción

7.—La jurisprudencia en Venezuela ha sido constante en determinar que la “facultad de apreciar las circunstancias en punto a oportunidad y conveniencia” (55) o la “libertad de apreciación de los hechos” (56) por la autoridad administrativa que le deja a la ley, no es controlable jurisdiccionalmente y por tanto no tiene límites que permitan dicho control (57). Esta ha sido por otra parte la opinión general de la doctrina (58).

En este sentido la antigua Corte Federal ha determinado que “es de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que no pueda ser revisado o anulado por otro poder en lo que se refiere al *mérito* o fondo. Esta conclusión resulta evidente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder” (59).

Asimismo la jurisprudencia ha señalado que en los actos discrecionales “atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, *apreciará* hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello

(55) Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación* de 4 de junio de 1952, en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 191. Asimismo en GF, 1ª Etapa, N° 11, 1952, pág. 26.

(56) Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 189. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 133.

(57) Vid. sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa*, de 5 y 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 27.329, 27.342 y 27.344 de 26 de diciembre de 1963 y 13 y 15 de enero de 1964, respectivamente.

(58) Cfr. ELOY LARES MARTINEZ. *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1963, pág. 128. Asimismo nuestro libro “*Las Instituciones Fundamentales...*”, *cit.*, pág. 56.

(59) Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 190. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 134. Cfr. LAUREANO LOPEZ RODO, “Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Evolution doctrinale et jurisprudentielle”, RDP, N° 1.953, N° 3, Paris, pág. 579.

*dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda arbitrariamente”* (60).

Ahora bien, ante esta libertad de apreciación otorgada a la administración por la ley, ¿cabe algún límite y por tanto, algún control? Consideramos que el verdadero problema de los límites del poder discrecional es aquí donde se plantea auténticamente, ya que las anteriores consideraciones sobre los límites impuestos por el principio de la legalidad administrativa, buscaban delimitar el campo de la discrecionalidad (61).

A la pregunta anterior parece que debe responderse, a primera vista, en forma negativa, pues si la norma jurídica autoriza a la administración “para ejecutar y hacer ejecutar las medidas que juzgue necesarias” en un caso concreto, ello indica que da por buena cualquier solución que adopte la administración.

Sin embargo, *la forma de ejercer esa libertad de apreciación de los presupuestos de hecho* en cuanto a la oportunidad y conveniencia de un acto, sí pueden ser controladas por la autoridad judicial competente, y por tanto, sí tiene límites. Estos límites están constituidos por los Principios Generales del Derecho. En efecto, ya hace más de dos décadas uno de nuestros grandes y clásicos tratadistas, J. M. Hernández Ron, señalaba que “la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la Equidad y a los Principios Generales del Derecho*, hará la Administración” (62). Por tanto, la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los Principios Generales del Derecho y puede suponer un control jurisdiccional que no implica “una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial” (63). Se trata en efecto de un control que revisa el ejercicio del poder discrecional que formalmente se ha ajustado a la letra de la ley.

(60) Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo “El Poder discrecional...”, *loc. cit.*, pág. 188. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 26, pág. 125.

(61) Cfr. A. NIETO. “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, pág. 157; A. DE LAUBADERE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 2ª Edición, Paris, 1957, pág. 221.

(62) J. M. HERNANDEZ RON. “La Potestad Administrativa discrecional”, *loc. cit.*, pág. 8.

(63) A. NIETO. “Reducción jurisdiccional...”, *loc. cit.*, pág. 157.

La jurisprudencia, por otra parte, ha reconocido la posibilidad que tiene la administración de revisar sus propios actos, sobre todo cuando no lesionan derechos legítimamente adquiridos, cuando éstos no se ajustan a las exigencias de la equidad: "Advertido el funcionario de que su determinación no corresponde a las exigencias de la equidad, bien por haberse cometido error de derecho, bien por que no se apreciaron cabalmente circunstancias de hecho, la sana lógica y el buen sentido han de inducirlo a la consiguiente rectificación" (64).

Los límites impuestos a la forma de apreciación de los hechos en el ejercicio del poder discrecional por los principios generales del derecho son extensos. Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios o los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico (65).

Es precisamente por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de los principios generales del derecho por lo que se afirma que "la discrecionalidad no es arbitrariedad" (66) en forma reiterada por la jurisprudencia (67).

(64) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en GF, 2ª Etapa, N° 1, 1953, pág. 153.

(65) Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA. "La lucha por...", *loc. cit.* págs. 178 y 179. En este mismo sentido M. F. CLAVERO AREVALO, "La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento jurídico", RAP, N° 7, 152, pág. 101, expresa que los Principios Generales del Derecho "constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera reglada, cuya norma la constituirán los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

(66) Cfr. J. M. HERNANDEZ RON. "La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes", RCADF, Año VI, N° 30-31, 1952, pág. 8.

(67) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 187. Asimismo en GF, N° 1, 1953, pág. 151. Vid. Además, sentencias de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 188. Vid. por otra parte, la sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 191. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 11, 1956, pág. 28.

Veamos los diversos límites señalados por la jurisprudencia venezolana al ejercicio del poder discrecional y que pueden considerarse como principios generales del derecho, es decir, como aquellos principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción (68).

## 2. El Principio de la Racionalidad

8.—En sentencia de la Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 se expresó que "El uso del verbo "poder", en la oración "podrá reducir las penas", del texto copiado, indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho —no el deber ni la obligación—, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" (69).

En otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos que, por otra parte, están sometidos a la suprema inspección de la administración, la antigua Corte Federal señaló que "esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole racional y justa" (70).

(68) Cfr. NICOLAS COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, Uteha, México, 1949, pág. 98.

(69) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 189. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 133.

(70) En este mismo sentido la antigua Corte Federal y de Casación, en sentencia de 7 de diciembre de 1937 señaló: "Cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo <sup>(71)</sup>.

Uno de los supuestos que requiere de racionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional es la oportunidad de obrar. Si bien es típico de la discrecionalidad que "la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la *oportunidad de obrar*... ello no quiere decir que se obre al arbitrio" <sup>(72)</sup>, es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese "momento" se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el Reglamento General de Alimentos establece que "corresponde al Ministerio de Sanidad y Asistencia social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación, y en consecuencia ... adoptar cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país" <sup>(73)</sup>. Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo "considere conveniente", puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el "momento" sea el congruente con la medida adoptada (la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad

la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más *conveniente y racional* el funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración". Véase en *Memoria de 1938*, Tomo I, pág. 374.

<sup>(71)</sup> Cfr. S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El exceso de poder...", *loc. cit.*, pág. 147.

<sup>(72)</sup> Vid. sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 187. Asimismo en GF, 2<sup>o</sup> Etapa, N<sup>o</sup> 1, 1953, pág. 157.

<sup>(73)</sup> Artículo 1<sup>o</sup>, ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el "momento" lo exige, y no tiempo después, cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto a todos los países). En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican "un juicio *técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados* a través de las respectivas normas jurídicas" <sup>(74)</sup>.

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Es muy clara en este sentido una norma del Reglamento General de Alimentos citado, única en nuestro derecho positivo, que establece: "Cuando en este Reglamento se deja alguna medida, reglamentación o providencia, a juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que tal medida, reglamentación o providencia *debe estar fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria*" <sup>(75)</sup>. Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del Poder discrecional: éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene sustancias capaces de alterar el alimento.

Claro está, no nos referimos a la llamada "discrecionalidad técnica" que no es controlable jurisdiccionalmente pues se trata de cuestiones que han de resolverse a la vista de un juicio técnico emitido por un órgano especializado de la administración. En estos casos se trata de una "cuestión de mera apreciación, en la cual la autoridad administrativa es precisamente

<sup>(74)</sup> Vid. sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961 en GF, 2<sup>o</sup> Etapa, N<sup>o</sup> 33, 1961, pág. 14 .

<sup>(75)</sup> Artículo 2<sup>o</sup> del Reglamento General de Alimentos.

la más autorizada en virtud de su especialización" (76). Así se ha señalado que "al margen de la jurisdicción contenciosa deberá quedar únicamente el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración" (77).

### 3. El Principio de la Justicia

9.—Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, la jurisprudencia en distintas decisiones ha exigido que sea *justo*. El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que ésta obre "según su precedente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad*" (78). Por ello la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia*" (79), y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo, "no puede traspasar los lindes de la verdad y de la *equidad*" (80).

En este sentido, puede ser controlada jurisdiccionalmente la falta de equidad manifiesta o "iniquidad manifiesta" (81) en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta (82).

En este sentido el principio de la equidad como integrante del más amplio de justicia funciona al lado de la libertad de apreciar la oportunidad, "como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas

(76) *Vid.* sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 13 de diciembre de 1962 (CSJ-PA 173-3; 13-12-62 según sigla del *Instituto de Codificación y Jurisprudencia* del Ministerio de Justicia).

(77) S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "La desviación de poder...", *loc. cit.*, pág. 146.

(78) *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 189. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 132.

(79) *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 191. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 11, 1956, pág. 28.

(80) *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 193. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 17, 1957, pág. 135.

(81) *Cfr.* EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA. La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria, RAP, N° 30, 1959, pág. 164; M. M. DIEZ, *El Acto Administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 197.

(82) *Cfr.* S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El exceso de poder...", *loc. cit.*, pág. 148.

soluciones la más equitativa, la mejor que respete los intereses de la administración y de los administrados" (83).

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Clásico es el ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se "anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio" (84), lo que producía una situación *manifiestamente* injusta.

### 4. El Principio de la Igualdad

10.—Hemos señalado que la jurisprudencia venezolana ha puntualizado que la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha además, para que éste obre "según su *prudente arbitrio*, consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad*" (85). Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad —hay desigualdad y parcialidad— cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro (86).

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional (87) y por tanto aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente

(83) M. M. DIEZ, *op. cit.* pág. 198.

(84) S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El exceso de poder...", *loc. cit.*, pág. 149.

(85) *Vid.* sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958, en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 189. Asimismo en GF, 2ª Etapa, N° 22, 1958, pág. 133. Por otra parte véase auto de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal*, de 4 de noviembre de 1949, en GF, 1ª Etapa, N° 3, 1949, pág. 94.

(86) *Cfr.* STASINOPOULOS, *op. cit.*, pág. 212.

(87) Preámbulo y Artículo 61 de la Constitución.

a las exigencias de este principio <sup>(88)</sup>. De ahí que se haya hablado de la "irracionalidad de la desigualdad" <sup>(89)</sup>.

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado jurisdiccionalmente, cuando surge de la actuación administrativa un disparate de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias de hecho; o dicho de otro modo, cuando la actividad administrativa ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos <sup>(90)</sup>. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir que ambas amenazan ruina, se ordenó, por la autoridad administrativa a uno la demolición, y no al otro; o si se ordena a uno de ellos con ciertas modalidades lesivas y que no se imponen al otro.

La aplicación del Principio de la Igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada "vinculación del precedente" <sup>(91)</sup>. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y como consecuencia, dicho acto, puede ser controlado en ello por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la administración, frente a supuestos idénticos, no debe sino incidir, en forma también idéntica, entendiéndose, sin embargo, que el precedente no vincula a la administración con el rango de fuente del derecho <sup>(92)</sup>.

## 5. Principio de la Proporcionalidad

11.—Por último, la jurisprudencia ha señalado expresamente que "el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que ha-

<sup>(88)</sup> Cfr. RAFAEL ENTRENA CUESTA, "El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo", RAP N° 37, 1962, pág. 67.

<sup>(89)</sup> J. F. LINARES, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 197 y 229.

<sup>(90)</sup> Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA: "La interdicción...", *loc. cit.*, pág. 149.

<sup>(91)</sup> E. GARCIA DE ENTERRIA, "La interdicción...", *loc. cit.*, pág. 150.

<sup>(92)</sup> Cfr. S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER. "Exceso de poder...", *loc. cit.*, pág. 143.

cerlo... marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)" <sup>(93)</sup>. Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional <sup>(94)</sup>. En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada jurisdiccionalmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva*, configurando una arbitrariedad <sup>(95)</sup>.

## IV. CONCLUSION: LA DISCRECIONALIDAD NO IMPLICA ARBITRARIEDAD

12.—Luego de analizados los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional por el Principio de la legalidad administrativa y por los Principios generales del Derecho en especial, la conclusión no puede ser otra que la reiterada de la jurisprudencia: "*la discrecionalidad no implica arbitrariedad*" <sup>(96)</sup>.

Así la administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de

<sup>(93)</sup> Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en nuestro trabajo "El Poder discrecional..." *loc. cit.*, pág. 191. Asimismo, en GF, Etapa, N° 11, 1956, pág. 28.

<sup>(94)</sup> Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, "La Interdicción...", *loc. cit.*, pág. 130; MERIKOSKI, *Le pouvoir discretionnaire de l'administration*, Bruselas, 1958, pág. 44 cit. por E. GARCIA DE ENTERRIA, "La interdicción...", *loc. cit.*, pág. 163.

<sup>(95)</sup> Cfr. ENRIQUE SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, pág. 410, nota N° 3.

<sup>(96)</sup> Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en GF, 2ª Etapa, N° 11, 1956, pág. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en GF, 2ª Etapa, N° 1, 1953, pág. 151 y 152; y sentencia de la misma Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en GF, 2ª Etapa, N° 26, 1959, pág. 125. Véase asimismo dichas sentencias en nuestro trabajo "El Poder discrecional...", *loc. cit.*, pág. 187, 188 y 192. Vid. además sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8 de junio de 1964 cit. en Nota N° 23.

lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en materia de ejercicio del poder discrecional se ha hablado de la "interdicción de la arbitrariedad" como limitación al mismo (97).

Ahora bien, una de las formas que han utilizado los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer realmente efectivos esos límites impuestos al poder discrecional, y, por tanto, para lograr un exacto control sobre los actos discrecionales que traspasen esos límites, ha sido la de exigir como principio general el de la necesaria motivación, especialmente, de dichos actos discrecionales (98).

Es de destacar la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la Corte Federal donde se estableció lo siguiente: "Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de hecho, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o discrecional el Poder de la Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, ha de ser motivado, o mejor dicho, fundamentado con los razonamientos en que se apoya... En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo, ha llegado a considerarse sustancial, en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración, no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa,

(97) E. GARCIA DE ENTERRIA, "La Interdicción...", *loc. cit.*, pág. 160.

(98) Cfr. nuestro libro "Las Instituciones fundamentales..." *cit.*, pág. 125; STASSINOPOULOS, *op. cit.* pág. 198; JOSE GUILLERMO ANDUEZA, *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública*. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, pág. 13.

sino como medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto" (99).

La obligación de motivar el acto administrativo discrecional impuesta por la jurisprudencia, es consecuencia, por otra parte, del principio de que el poder discrecional no está sometido al control de fondo (100). El juez contencioso-administrativo, entonces, no pudiendo controlar directamente si el ejercicio del poder discrecional ha sido justo en el fondo, salvo en las formas que hemos visto, exige que los actos discrecionales tengan un elemento externo que pruebe que ese poder se ejerció dentro de los límites legales (101) con el objeto de lograr ese control sobre la "exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto" (102).

(99) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en GF, 2ª Etapa, N° 17, 1957, pág. 132 y sig.

(100) Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Política-Administrativa, de 3 de julio de 1961, en GF, 2ª Etapa, N° 33, 1961, pág. 14 y 15.

(101) Cfr. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pág. 198.

(102) Vid. sentencia de la antigua Corte Federal de 9 de agosto de 1957, en GF, 2ª Etapa, N° 17, 1957, pág. 133.

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA REGISTRAL VENEZOLANO

Angel Cristóbal Montes

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Católica Andrés Bello

### 1. ORIENTACIONES GENERALES

Dispone el Artículo 796 del Código civil: "La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por la Ley, por sucesión, *por efecto de los contratos*. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción".

Y acorde con tal normativa, establece el artículo 1.161 del mismo Cuerpo legal: "En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren *por efecto del consentimiento legítimamente manifestado*; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente aunque la tradición no se haya verificado".

Aparece de esta manera adherido nuestro ordenamiento al régimen franco-italiano de transmisión y adquisición de la propiedad y demás derechos reales por efecto del mero contrato (título, contratos con eficacia real o dispositiva) sin necesidad de aditamento o complementación alguna (modo, inscripción registral, tradición). Es decir, abandonando la tradición romanista, el sistema venezolano de mutaciones o cambios de los derechos reales ha prescindido de la distinción entre *titulus y modus acquirendi* para acogerse al principio del *nudus o solus consensus (vendre c'est aliener)* en las modificaciones de las titularidades reales.

Consecuentemente, si la transmisión o constitución de derechos reales se producen con absoluta prescindencia de cual-

quier actuación jurídica distinta del contrato enajenatorio, resulta obvio que la transcripción en el Registro de los actos y derechos registrables no podrá tener otro valor que el meramente declarativo, por lo que, y a diferencia de lo que sucede en los sistemas germánicos estrictos, la constatación registral de los derechos reales no es una forma de ser (salvo el caso de la hipoteca), sino una forma de valer (por razón de la eficacia civil especial que la misma les atribuye). El derecho ya está formado cuando accede al Registro; ahora bien, tal acceso, por virtud de la publicidad a que da lugar, añade al derecho unos efectos singulares de los que antes carecía.

Admitido por nuestro ordenamiento el principio consensualista de transmisión del dominio y constitución de los derechos reales por el sólo efecto del contrato, y, como consecuencia de ello, relegado el Registro a la mera publicidad, sin valor ni efecto constitutivo, estableciendo como objeto propio del mismo el título constitutivo del derecho real, es decir, el acto o contrato, no se crea, empero, que tal régimen es mantenido irrestrictamente en todo caso. La publicidad posesoria y la publicidad registral, con la apariencia legitimadora que una y otra crean, provocan en ciertos supuestos una desvirtuación del estricto principio consensualista, sacrificando la regularidad del tráfico jurídico de los bienes en aras de la seguridad o protección del mismo.

Así, según el artículo 1.162 del Código Civil: "Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por naturaleza, o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá la persona que primero haya tomado posesión efectiva con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha". Con lo que resulta, que enajenada una misma cosa mueble a distintos adquirentes, si el segundo toma posesión de ella deviene en propietario, derogándose el principio *prior tempore potior iure* y marginándose la operancia trasmitiva del nudo contrato que, en relación al primer adquirente, debería ser bastante, si operase absolutamente la regla general, para haberle hecho propietario del bien mueble enajenado.

Conjugando el precepto aludido con el artículo 794, tendremos que, en el sistema venezolano, la necesidad de proteger o asegurar el comercio jurídico mobiliario determina que la posesión de buena fe de los bienes muebles por parte de su adquirente devenga en titularidad (del derecho de propiedad o



de otro derecho real de contacto) con indiferencia de que el transmitente no sea propietario o titular por haber dejado de serlo o por no haberlo sido nunca (adquisiciones *a non domino*).

Mas ¿qué sucederá en relación a los bienes inmuebles?

Los Registros de la propiedad inmueble están dirigidos, fundamentalmente, a dar seguridad en el comercio de los bienes inmuebles. La publicidad registral, creando una apariencia legitimadora suficiente como para proteger a quien en ella confía, se orienta a dar a conocer los derechos reales a los terceros interesados, protegiéndoles contra el fraude y manteniéndoles a cubierto de aquellos derechos que por no haber acudido al Registro se conservan clandestinos. Y es que si no fuese así, la institución registral no tendría razón alguna de existir, pues reducida a mero órgano informativo destinado a dar a conocer la existencia de derechos reales inmobiliarios, pero en forma tal que en todo caso y sin excepción la realidad jurídica extrarregistral ha de prevalecer e imponerse sobre la situación jurídica aparente, formal o tabular que los pronunciamientos registrales proclaman, viene a transformarse en una especie de fichero de derechos reales o de actos inscribibles, accesible a la curiosidad del interesado en consultarlo, mas perfectamente inútil por no procurar una eficacia jurídica, sino meramente fáctica. "Mientras la información suministrada por el Registro no lleva anexa ninguna garantía de exclusividad o de certeza —ha escrito acertadamente LACRUZ BERDEJO— el Registro no pasa de ser como una hemeroteca: cualquiera puede consultar allí los periódicos puestos a disposición del lector, pero sin que la Dirección asegure la certeza y exactitud de las noticias. No hay, pues, propia publicidad, sino mera publicación de hecho" (1). Porque, efectivamente, la publicidad suministrada o producida por un Registro no es auténticamente jurídica, mientras que, al menos en algunos casos, la falta de armonía entre la realidad jurídica extrarregistral y el contenido de los asientos registrales no se decida a favor de estos últimos.

(1) LACRUZ BERDEJO. *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*. 2ª Ed. Zaragoza, 1957. p. 10.

Por ello, indefectiblemente, la generalidad de los Registros inmobiliarios estatuyen una presunción de exactitud a favor de lo por ellos manifestado, en forma tal que, a fin de garantizar el tráfico jurídico de los bienes inmuebles, el contenido registral, cuando el mismo se halle en desacuerdo con la realidad jurídica, se presume verdadero (con presunción *iuris et de iure*) o se finge por la Ley irrefragablemente exacto en beneficio de los terceros que, reuniendo ciertas condiciones, adquirirán fundados en él.

Ahora bien, el ámbito de operancia de la citada presunción o, lo que es lo mismo, la protección procurada por el Registro varía sensiblemente de unos sistemas registrales a otros. Desde un mínimo hasta un máximo. El mínimo de protección corresponde a aquellos Registros que admiten tan sólo la llamada fuerza negativa o preclusiva de la publicidad; el que inscribe su derecho se halla a cubierto de los ataques de cualesquiera contradictores que no hayan inscrito su derecho o que lo hayan hecho con posterioridad a él, pero no se garantiza la validez de la titularidad del *tradens* o la de los causantes de éste, de forma tal que la nulidad, resolución, revocación o rescisión de una de ellas alcanza y perjudica a todos los adquirentes posteriores. Esta es la eficacia propia de los sistemas registrales de transcripción (francés, italiano, belga, holandés, portugués, venezolano, etc.): lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito. Haciendo jugar escuetamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, la constatación registral de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles no dota a los mismos de un valor mayor del que tenían antes de acudir al Registro. La toma de razón registral no sana o convalida la titularidad claudicante del transmitente. Estamos en presencia del que se ha dado en llamar sistema latino de protección.

El máximo de protección registral corresponde a aquellos sistemas en los que la inscripción por su propia sustantividad da lugar al nacimiento o a la extinción de los derechos reales independientemente de la validez o eficacia de los títulos registrados. "Se atribuye a la inscripción —escribe ROCA SASTRE— la virtud de operar la modificación jurídica consiguiente, aunque el negocio jurídico registrado sea inválido, de modo que quien consigue inscribir a su favor un derecho real por medio

de una falsificación del título, deviene por obra y gracia del Registro verdadero titular de dicho derecho real" (2). En tal tipo de Registro, consecuentemente, no puede cuestionarse la nulidad o validez de los actos transmisivos, pues, en todo caso, el acceso al Registro procura el derecho al titular inscrito. La inscripción al purgar o sanar todo vicio que pudiera tener el título presentado determina que el mundo tabular o registral sustituya por completo a la realidad extrarregistral: en materia de derechos reales inmobiliarios la única realidad, la única verdad, es la formal proclamada por libros del Registro (es el sistema que se apoya en el denominado principio de la fuerza probante o eficacia jurídica formal del Registro, y al que pertenecen el régimen inmobiliario australiano y algunas ordenaciones registrales alemanas del siglo pasado).

Pues bien, entre estos dos puntos extremos existe un tercer modelo que agrupa los llamados sistemas germánicos, también denominados por algunos autores sistemas registrales de desenvolvimiento técnico. En ellos, por razones de seguridad jurídica, los datos registrales prevalecen sobre la realidad jurídica extrarregistral en tanto en cuanto no se demuestre su inexactitud. Se presume la exactitud del Registro mientras no se demuestre lo contrario; más si se trata de tercero que ha adquirido por negocio jurídico fundándose de buena fe en el contenido del Registro, la aludida presunción *iuris tantum* deviene en presunción *iuris et de iure*, procurando la firmeza e inatacabilidad de la adquisición (principio de la fe pública registral). La confianza en la apariencia resulta plenamente protegida, pues todo aquel que adquiriera un derecho del titular inscrito, reuniendo las circunstancias exigidas por la Ley, lo adquiere con la consistencia y extensión que resulten del Registro, subsanándose o convalidándose los defectos que pudiera tener la titularidad del transferente, ya por no pertenecerle el derecho enajenado, ya por tenerlo limitado en virtud de causas no proclamadas registralmente.

No estamos aquí en presencia, meramente, como sucedía con los Registros del primer grupo, de una protección de la confianza en una apariencia de tipo negativo (el hecho de que

(2) ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*. I. Barcelona, 1954, p. 220.

no aparezca registrada ninguna enajenación crea la apariencia de que continúa la titularidad en el transmitente, lo que da derecho al segundo adquirente que acude al Registro a imponerse sobre el primer adquirente que omitió la constancia registral —lo no inscrito no perjudica a tercero—), sino de algo más, de una protección total de la confianza en la apariencia registral o tabular. Se protege al tercer adquirente no sólo cuando la inexactitud del Registro proviene de la incompatibilidad o contradicción entre títulos relativos a modificaciones reales de los que los de fecha anterior no llegaron a inscribirse mas si los de fecha posterior, sino también cuando la inexactitud procede de falsedad, nulidad o defecto del título que provocó la inscripción y dichas circunstancias no constaban en el Registro. Es decir, el tercero protegido lo está no solamente contra todo lo que siendo registrable no haya sido registrado, sino asimismo contra las causas no publicadas que acarreen la nulidad, resolución, rescisión, revocación o reducción del derecho del transferente (por lo que, y consecuentemente, si el acto dispositivo es intrínsecamente válido, al subsanarse o convalidarse la preexistencia del derecho en el *auctor*, resulta marginada la operancia estricta del principio romanista *resolutio iure dantis resolvitur et ius accipientis*).

Frente al régimen de la fuerza preclusiva de la publicidad que no garantiza la validez del título del *tradens* ni, por ende, protege contra la agresión de otros titulares inscritos, nos hallamos frente al régimen de la inscripción convalidante, por cuya virtud el tercero de buena fe deviene en titular real y firme del derecho adquirido aunque, por defectuosa o deficiente titularidad, no lo tuviese el transmitente, resultado protegido tanto de los actos no publicados como de los vicios de los titulares inscritos (protección contra el sucesor y contra los anteriores titulares —*auctores*— de quienes procede su derecho).

A este tipo registral intermedio pertenecen los regímenes inmobiliarios de más adecuado, realista y progresista desenvolvimiento: alemán, suizo y español. En ellos resulta acogido no sólo el sistema latino de protección, sino igualmente el nominado sistema germánico de protección (o en expresión del hipotecarista TIRSO CARRETERO, están protegidos conjuntamente

el tercero latino y el tercero germánico) <sup>(3)</sup>. O lo que es lo mismo, la fe pública registral, auténtico fundamento de todo genuino Registro de la propiedad, despliega su eficacia en sentido positivo, proclamando, en beneficio del tercer adquirente, la existencia y substancia de los derechos inscritos (legitimación para el tráfico, Registro exacto o cierto) y en sentido negativo, desconociendo, a favor de dicho tercero, la existencia de todas aquellas titularidades reales no obrantes en el Registro o que en éste aparecen como extinguidas o canceladas (Registro íntegro o completo). El hipotecarista SANZ FERNANDEZ expresa la misma idea con las siguientes palabras: "La seguridad prestada al adquirente (en virtud del juego del principio de la fe pública registral) se extiende a todo aquello que pueda limitar el derecho del transferente, ya por vicios o defectos en su título de adquisición, ya por tener su derecho limitado en virtud de títulos dispositivos no inscritos. Consecuencia de ello es que pueda tener un doble sentido: el de validez y eficacia de los títulos inscritos y el de no existencia de ninguna limitación del derecho del transferente" <sup>(4)</sup>.

<sup>(3)</sup> Plasmación legal del principio de que la inscripción del derecho del *tradens* crea una apariencia registral positiva en la que puede confiar el *accipiens* son las siguientes normas:

Parágrafo 892 del Código civil alemán: "En beneficio de aquél que adquiera por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha exactitud esté practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida para el adquirente".

Artículo 793 del Código civil suizo: "El que adquiere la propiedad u otro derecho real fundándose de buena fe en una inscripción del Registro de la propiedad, es mantenido en su adquisición".

Por su parte la Ley Hipotecaria española tras establecer en su artículo 32 que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero, dispone en el 34: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro". Diversos preceptos de la misma Ley desarrollan o complementan el principio transcrito, principalmente los artículos 13, 15, 40, 69, 76 y 144.

De ellas resulta que, a diferencia de lo que sucede en los regímenes registrales donde, fundamentalmente, tan sólo juega el principio de inoponibilidad en los sistemas donde la fe pública registral juega tanto en su aspecto negativo (Registro íntegro o completo) como en su aspecto positivo (Registro exacto), el adquirente puede confiar en que lo que no figura inscrito no existe y en que lo que figura inscrito existe irrefragablemente.

<sup>(4)</sup> SANZ FERNANDEZ. *Instituciones de Derecho hipotecario*. I, Madrid, 1947, p. 372.

## 2. CONSIDERACION DEL ARTICULO 1.924 Y CONCORDANTES DEL CODIGO CIVIL VENEZOLANO

El artículo 1.924 con redacción harto desdichada e imprecisa establece lo siguiente: "Los documentos, actos y sentencias que la Ley sujeta a las formalidades del registro (arts. 1.920, 1.921 y 1.922) y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra tercero que, por cualquier título, haya adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble".

Este es el precepto fundamental dado en el ordenamiento registral venezolano para asegurar o proteger el comercio jurídico inmobiliario. Recoge el principio de la fe pública registral, mas no en su integridad, sino tan sólo en uno de sus dos posibles aspectos, el aspecto ~~negativo~~ (conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito: lo no inscrito no perjudica al que inscribe). En su virtud, el Registro se presume, *iuris et de iure*, íntegro, pero no exacto, pues deja al que inscribió su adquisición bajo la latente amenaza de las acciones de impugnación procedentes de la genealogía de titulares registrales y de la sucesión de títulos por razón de defectos en la titularidad del transferente (así, anulada una compraventa por vicios del consentimiento o incapacidad del enajenante, la nulidad alcanza a todos los adquirentes, con indiferencia de que hayan registrado o no su adquisición).

De todas maneras, aunque recogida tan parcialmente la doctrina de la protección a la confianza en la apariencia registral, es evidente que la misma resulta suficiente para desvirtuar, por razones de garantía del tráfico jurídico, la operancia en forma absoluta y en la totalidad de los supuestos del principio de transmisión y adquisición de los derechos reales sobre bienes inmuebles por efecto del solo contrato (*nudo consensu*), pues en todo caso de doble enajenación de un mismo derecho real o de derechos reales incompatibles o contradictorios a distintos adquirentes, resulta que, si bien de acuerdo a los artículos 796 y 1.161 del Código civil el verdadero titular debería ser el primer adquirente, por ingerencia del artículo 1.924, si dicho primer adquirente no registró el negocio transmisivo, habiéndolo hecho el segundo respecto al suyo, es este último quien

deviene en real y firme titular por más que su adquisición sea posterior en el tiempo (inoponibilidad del acto no registrado).

Tendremos, pues, que tanto el artículo 1.162, en el ámbito de los bienes muebles, como el artículo 1.924, en el de los bienes inmuebles, vienen a desvirtuar el sistema ordinario civil de transmisión y constitución de los derechos reales por virtud del simple contrato dispositivo cuando en la hipótesis de que un mismo bien sea enajenado sucesivamente a distintas personas se den los supuestos en dichos preceptos contemplados (posesión o registro del segundo adquirente, respectivamente).

Y decimos que en la hipótesis contemplada resulta desvirtuada o, si se quiere en términos más suaves, vencida la eficacia transmisiva normal del contrato, pues si consideramos el caso clínico de doble enajenación que es la doble venta de un mismo inmueble veremos cual es la incidencia del principio recogido por el artículo 1.924 sobre aquélla. Quien vende por segunda vez la misma finca, de acuerdo al artículo 1.161, si el primer contrato es intrínsecamente válido, ya no es propietario de ella y por tanto mal podrá transferir su dominio al segundo adquirente (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), por lo que, en principio, debería concluirse que la segunda compraventa es ineficaz. Mas la necesidad de dar seguridad jurídica a las transacciones determina que si la primera venta no ha sido inscrita y si lo ha sido la posterior, se hace prevalecer el título inscrito sobre el no inscrito (“...y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra terceros que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble...”, fórmula de defectuosa redacción en su parte final, pues debería decir: ...no tienen ningún defecto contra terceros que, por cualquier título, hayan adquirido derechos sobre los inmuebles en virtud de un acto registrado), en el sentido de que el Registro atribuye la propiedad al segundo adquirente que se adelantó a inscribir. Nos hallamos, pues, en presencia de una atribución *ex lege* de la propiedad al primer inscribiente, que parece hallarse muy cerca de la inscripción constitutiva (así lo han sostenido diversos autores, VILLARES PICO, HERMIDA, GOMEZ GOMEZ, para quienes en los sistemas de inscripción declarativa, como el nuestro, el principio de inoponibilidad de lo no inscrito determina que dicha inscripción se torne constitutiva por lo que respecta al tercer adquirente del dominio y demás

derechos reales sobre bienes inmuebles) <sup>(5)</sup> y que semeja hacer válida *erga omnes* las adquisiciones *a non domino* de los derechos reales, pues si existió una primera enajenación en virtud de la cual su *auctor* se desprendió de la titularidad del derecho, la consecuencia normal parece ser, en principio y sin entrar ahora en disquisiciones dogmático-jurídicas, que con indiferencia de que el derecho sea inscrito o no el titular enajenante queda en forma absoluta despejado del mismo.

El precedente remoto del artículo 1.924 del Código civil venezolano se encuentra en el artículo 3º de la Ley Francesa de 1855, matriz de los sistemas latinos de transcripción, que disponía: “Hasta la transcripción de los derechos resultantes de los actos y sentencias enunciados en los artículos precedentes no pueden ser opuestos a terceros que tienen derecho sobre los inmuebles y los han conservado conforme a las leyes”.

La similitud entre este precepto y el artículo 1.924 del Código Civil es tan patente, que no puede haber duda alguna a qué gran grupo de regímenes inmobiliarios aparece afiliado el sistema registral venezolano. Estamos en presencia de un sistema perteneciente a la categoría de los que se han dado en llamar sistemas latinos de transcripción frente a los denominados sistemas de fe pública del Registro (porque en ellos se protege al tercer adquirente contra la inexactitud registral y contra los vicios posibles que puedan provocar la invalidación, resolución o rescisión de la titularidad del transferente —el Registro se presume íntegro y exacto—), germánicos o sistemas de desenvolvimiento técnico (por jugar en ellos íntegramente el principio de la fe pública registral, base de la institución del Registro), o, lo que es lo mismo, el sistema inmobiliario registral venezolano se ubica entre aquellos sistemas que al comienzo de este trabajo caracterizábamos por la peculiaridad de que en ellos el Registro de la propiedad inmueble otorga al tráfico jurídico fundiario el mínimo posible de protección o seguridad

(5) VILLARES PICO. *La posesión y el Registro*, en R.C.D.I., 1947, pp. 437 y ss., y *La Ley Hipotecaria de 1861*, en R.C.D.I., 1960, pp. 1.947 y ss. HERMIDA. *El Derecho inmobiliario español*, en R.C.D.I., 1951, p. 722. GOMEZ GOMEZ. *¿Inscripción declarativa o constitutiva?*, en R.C.D.I., 1949, p. 788, y *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, en R.C.D.I., 1952, pp. 560 y ss.

(publicidad con fuerza meramente negativa o preclusiva).<sup>(6)</sup>

Los sistemas de transcripción contemplan tan sólo, al menos en principio, la pugna o conflicto entre títulos incompatibles o contradictorios entre sí traslativos de la propiedad de inmuebles o de constitución, declaración, reconocimiento, modificación o extinción de derechos, gravámenes o cargas reales sobre los mismos, principalmente cuando los de fecha anterior no han llegado a inscribirse, mas sí lo de fecha posterior. En semejante conflicto, suele servir de prototipo el caso clínico de la doble venta por el propietario de un inmueble sucesivamente a favor de dos personas. La pugna de intereses planteada en este caso límite y crítico de la doble venta, “desde donde hay que contemplar —como apunta TIRSO CARRETERO— el fenómeno traslativo en sus matices más delicados”<sup>(7)</sup>, la resuelven los sistemas de transcripción a través de un mecanismo elemental y simple: el juego del principio de prioridad en su más desnuda absolutividad<sup>(8)</sup>. En cuya virtud, la primera o anterior venta, que no se ha inscrito, no puede perjudicar a tercero, tercero que, en el caso contemplado, es el segundo o posterior adquirente que tempestivamente transcribió su título de compra.

“*Prior in tempore potior in iure*. Esta es la solución mágica. La conciencia del legislador —escribe el maestro ROCA SASTRE— adopta aquí un argumento que le tranquiliza: es justo que el que fue negligente o remiso en acudir a la transcripción sufra el justo castigo de quedar inoperante su adquisición. Esta trans-

(6) Hablamos del mínimo posible de seguridad, pues ya hemos tenido ocasión de considerar que por debajo de ese mínimo el Registro de la propiedad raíz deja de ser jurídico para transformarse en un ente de valor puramente informativo, a la manera de fichero de derechos reales con eficacia meramente fáctica (publicación de hecho). Tal sucede cuando a todo trance y sin excepción se hace prevalecer la realidad jurídica extrarregistral sobre la apariencia registral (la titularidad real vence a la titularidad formal o tabular: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*).

(7) Tirso CARRETERO. *Retornos al Código civil (Retorno al artículo 606)*, en R.C.D.I., 1965, p. 120.

(8) Parece ser que tal prioridad está inspirada, sin mayor identidad de esencia al respecto, en la prioridad de la tradición en el caso de la doble venta, que en base a la *Ley Quotiens* (C. 3, 32, 15) tuvo aplicación justificadamente (admisión de la teoría del título y el modo en las mutaciones jurídicas reales) en la etapa del *ius commune* intermedio. Como ha significado algún autor, resulta absurdo trasplantar este criterio de prioridad en la tradición (que en nuestro sistema tiene acogida, como hemos visto, a través del art. 1.162 C.c. en relación a los bienes muebles) a los inmuebles en función de los Registros de publicidad, por falta de paridad.

cripción es, pues, *suficiente* para que aquella adquisición transcrita prevalezca, siempre, claro está, que el contrato de compra-venta sea *válido*; no se requiere ningún otro requisito, ni siquiera la buena fe. De la validez o vigor de la titularidad del vendedor el sistema para nada se preocupa, por ser un problema ajeno a todo lo que no sea la oportunidad en el logro de la transcripción, pues es lo único de que se trata”<sup>(9)</sup>.

Los sistemas de fe pública del Registro adoptan una posición mucho más amplia y desarrollada. La prioridad juega también en ellos, pero la subordinan no sólo a la validez intrínseca del negocio adquisitivo del tercero, sino, y principalmente, a la buena fe de dicho tercero y, consecuentemente, al tutelarse la confianza de éste en los datos registrales, a la previa inscripción del derecho a favor del transmitente (que lo legitima para el tráfico al facultarle para disponer válidamente por negocio jurídico, con indiferencia de que sea o no *verus dominus*) y aún en algunos ordenamientos, como el español, a la onerosidad del negocio adquisitivo. “En estos sistemas —retornemos a la ducción de ROCA SASTRE— no se habla de sanción a la negligencia en inscribir la adquisición, sino de proteger la confianza del tercer adquirente en el contenido del Registro, y la protección de la fe pública registral opera a todo evento jurídico, esto es, *ante cualquier supuesto de inexactitud* de tal contenido, aunque emane la posible inexactitud del hecho de no haber tenido acceso a los libros algún título o relación jurídica inmobiliaria registral, dentro del alcance que permita la circunstancia de no ser constitutiva la inscripción”<sup>(10)</sup>.

Sin embargo, si las diferencias apuntadas entre uno y otro tipo de sistemas se muestran palmarias en el plano teórico y aun en una realidad legislativa pretérita, tienden a difuminarse cada día más en los ordenamientos inmobiliario-registrales del momento. Y ello no por la cabida que en el Derecho alemán se pueda dar al sistema latino de protección (tercero latino a través de la fuerza vinculante del *Einigung* (acuerdo sobre el cambio real perseguido) formal (con forma pública notarial o judicial) y de la *Vormerkung* de la pretensión perso-

(9) ROCA SASTRE. *El problema de la relación que respecto del art. 34 de la Ley Hipotecaria guarda el art. 32 de la misma*, en R.C.D.I., 1965, p. 810.

(10) *Ibid.*, pp. 810-811.

nal derivada de la compra en documento público, <sup>(11)</sup> sino fundamentalmente porque en las últimas décadas los sistemas registrales de transcripción, sentidas en carne propia las deficiencias asegurativas de tales regímenes y resentido, por ende, el tráfico jurídico sobre inmuebles de creciente importancia y magnitud, están volviendo los ojos hacia el sistema germánico de protección, observándose una sostenida y progresiva tendencia en pro de la admisión, en forma cada vez más amplia, de la operancia de la fe pública registral como mecanismo subsanador de la falta de preexistencia de la facultad de disponer en el transferente de derechos reales inmobiliarios. Observemos al respecto:

El párrafo primero del artículo 30 de la Ley francesa de

(11) Tirso CARRETERO. *loc. cit.*, pp. 111-116. Dispone el parágrafo 873 del B.G.B.: "Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el acuerdo del titular y el de la otra parte sobre la modificación del derecho (*Einigung*) y la inscripción de éste en el Registro (*Eintragung*), en tanto la Ley no prescribe otra cosa".

"Antes de la inscripción están vinculadas las partes por el acuerdo solamente, cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notarialmente o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro".

Los autores alemanes han dado distintos sentidos a la frase "están vinculadas las partes por el acuerdo solamente..." del párrafo segundo del parágrafo recién transcrito. Así, para Endeman, Fuch y Oberneck las citadas palabras no significan otra cosa que estar obligadas las partes personalmente: no se ha rebasado la esfera del derecho personal, a pesar del contacto causal y del *Einigung*. Para Enneccerus-Wolff estar vinculado en el precepto cuestionado quiere decir no poder revocar unilateralmente; la revocación unilateral sería no sólo ilícita sino ineficaz, pero el acuerdo vinculante puede ser suprimido mediante un nuevo contrato en tanto no haya inscripción: estar vinculado no significa estar obligado, pero tampoco tener limitado el derecho de disposición. Y en fin, no han faltado quienes, como Koffka y Simon, han sostenido que estar vinculados significa tener limitado el derecho de disposición: el segundo acuerdo que contradiga el primero contiene una renovación de éste, y, por tanto, será ineficaz y prohibido, o sea, que estar vinculado quiere decir no poder disponer a favor de otro. De aceptarse esta posición, duramente criticada por Enneccerus-Wolff, parece habría que admitir que en el Derecho germánico, y en relación a la transmisión o constitución de los derechos reales inmobiliarios, cuando medie acuerdo formal vinculante, el derecho está transmitido o constituido sin necesidad de inscripción, si bien tan sólo *inter partes*, por virtud de tal acuerdo, con los que el supuesto típicamente latino de doble venta con transcripción anterior de la segunda vendría a configurarse con el ordenamiento teutón como un supuesto de doble venta notarial con doble *Einigung*, con inscripción de la segunda, atribuyéndose similarmente en uno y otro caso la propiedad del objeto al que primero acudió al Registro (lo no inscrito no perjudica al que inscribe). Juego del principio latino de inoponibilidad de lo no inscrito que es totalmente improcedente en el Derecho alemán cuando se sostiene en forma irrestricta que el B.C.B. exige en todo caso y a todo efecto (tanto *inter partes* como *erga omnes*) la inscripción para que el derecho real exista (inscripción constitutiva).

publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 <sup>(12)</sup> recoge en su forma tradicional el clásico principio de inoponibilidad frente a terceros del acto no transcrito, pero sigue un párrafo segundo que supone una franca y revolucionaria tutela del titular registral contra las situaciones claudicantes o debilidades de la titularidad de su transferente en virtud de causas que para el momento de la transcripción el Registro no publica ni radican en la Ley. Dispone, en efecto, el párrafo segundo del citado artículo 30: "La resolución, revocación, anulación o rescisión de un derecho objeto de mutación o constitución de algún acto transcribible, cuando produzcan efecto retroactivo, *no son oponibles* a los causahabientes a título singular del derecho aniquilado, a menos que la cláusula en virtud de la cual se haya operado tal resolución, revocación, anulación o rescisión conste anteriormente publicada o si la causa radica en la Ley". Claramente se vislumbra la importancia trascendental del precepto copiado. En su virtud el Registro francés ya no es un Registro de publicidad meramente negativa destinado a evitar las dobles enajenaciones, sino que a su publicidad se le ha venido a dar también la eficacia positiva o sustantiva, en el sentido de que en relación al tercer adquirente el derecho del transferente tiene la extensión y consistencia que resulten del Registro. La toma de razón registral provoca la subsanación o convalidación de la titularidad del transmitente, en beneficio de tercero, cuando el vicio o defecto que afecte a la misma no conste en forma pública por la Ley o por el Registro. Ahora, para el tercer adquirente, el contenido registral se presume exacto (con presunción *iuris et de iure*), en forma tal que, en su beneficio, el titular aparente o tabular fungirá de titular real, disponiendo en forma válida de los derechos reales publicados a su favor. Ya no estamos en presencia de una escueta y raquítica protección de la confianza en una apariencia negativa, sino ante una protección de la confianza en la apariencia íntegra (tanto negativa como positiva) con lo cual se vigoriza singularmente

(12) "Los actos y decisiones judiciales sujetos a publicidad son, si no han sido publicados, inoponibles a terceros que sobre el mismo inmueble hayan adquirido, del mismo autor, derechos concurrentes en virtud de actos o decisiones sujetas a la misma obligación de publicidad y publicados, o que hayan hecho inscribir privilegios o hipotecas. Son igualmente inoponibles, si han sido publicados, cuando los actos, decisiones, privilegios o hipotecas, invocados por estos terceros, hayan sido anteriormente publicados".

la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias: para el tercer adquirente los derechos reales existen y subsisten en la forma y medida que el Registro patentiza, no perjudicándole las causas de resolución, revocación rescisión o anulación de aquéllos que éste no manifieste. La inexactitud registral <sup>(13)</sup> producida ya porque el que aparece como titular registral de un derecho ha dispuesto de él con anterioridad, en todo o en parte (ha dejado de ser titular real), ya porque en ningún momento le ha pertenecido (nunca fué titular real) no afecta al tercer adquirente que, en uno y otro caso, resulta beneficiado por el mecanismo de la adquisición registral *a non domino*. ¡Qué poco distantes nos hallamos del régimen de protección pautado por el parágrafo 892 del Código civil alemán y por el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria española! ¡Y qué poco exacto resulta hoy día sostener que el sistema registral francés no es más que un sistema de transcripción, dispensador de la mera protección latina que genera el principio de inoponibilidad! <sup>(14)</sup>.

Igualmente sucede en la legislación italiana. El artículo 2.644 del Código civil de 1.942 <sup>(15)</sup> consagra el principio de que lo no inscrito no perjudica a tercero en su formulación latina ordinaria; mas el artículo 2.652 del mismo Cuerpo legal sujeta a registro una serie de demandas de resolución, revocación, anulación, rescisión, reducción, etc., de los actos sujetos a transcripción, sin cuyo requisito las sentencias que las acojan no perjudicarán los derechos adquiridos por los terceros en virtud de títulos que accedieron al Registro con anterioridad a la transcripción de aquellas demandas. Esto es, el derecho del tercer adquirente no se verá afectado por la desaparición de la

<sup>(13)</sup> Según HEDEMANN la inexactitud registral puede revestir alguna de las siguientes formas: se ha inscrito un derecho no existente, se ha dejado de inscribir un derecho existente, se ha cancelado indebidamente un derecho existente inscrito o se ha expresado equivocadamente el contenido de un derecho. HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil. II (Derechos reales)*. Madrid, 1955, p. 107.

<sup>(14)</sup> Cf. PEÑA BERNALDO DE QUIROS. *El sistema registral francés*, en R.C.D.I., 1963, pp. 721-795.

<sup>(15)</sup> "Los actos enunciados en el artículo anterior no tienen efecto respecto a los terceros que a cualquier título hayan adquirido derechos sobre los inmuebles en virtud de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción de los mismos actos".

"Realizada la transcripción, no pueden tener efecto contra aquel que ha transcrito alguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos contra su causante, aun cuando la adquisición se remonte a fecha anterior".

titularidad de su *tradens* por virtud de causas que el Registro no denunciaba al tiempo de la toma de razón registral de su negocio adquisitivo. Estamos de nuevo en presencia de una eficacia sanante o convalidante de la publicidad: el titular según la transcripción resulta protegido de la invalidación de la titularidad del transferente (si bien no por la sola fuerza de la transcripción, sino con la ayuda del tiempo, buena fe y otras circunstancias), porque en su beneficio se subsanan o convalidan los defectos de dicha titularidad

Veamos como se expresa GENTILE en relación a este artículo 2.652: "Ya vimos como la transcripción de un acto deja imprejujada la cuestión acerca de su invalidez o ineficacia derivada de vicios intrínsecos <sup>(16)</sup>. Es, por tanto, natural que sea muy probable un contraste entre la apariencia *iuris*, que resulta del Registro, y la realidad jurídica que desconoce la validez de la modificación registrada, contraste que provocaría a la larga una notable y grave divergencia jurídica. A reducir tal divergencia y a tender un puente entre el principio de publicidad que reclama imperiosamente la certeza y el principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, provee el artículo 2.652, que sujeta a transcripción, disciplinando a la vez sus efectos, una serie de demandas judiciales tendientes a impugnar la validez o la eficacia de aquellas adquisiciones sujetas a transcripción" <sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> Toda enajenación exige un acto o contrato intrínsecamente válido y la preexistencia del derecho enajenado en la persona del transferente; faltando esta última la transmisión o gravamen es ineficaz aunque el acto sea válido. Pues bien, la inscripción no convalida la invalidez intrínseca, pero en cambio subsana el requisito de la preexistencia del derecho, eliminando el peligro de que el tercer adquirente se vea despojado del derecho adquirido, bien por no existir (anterior enajenación), bien por resolverse el derecho del transferente. De lo que resulta que el titular registral está legitimado para el tráfico o puede disponer eficazmente del derecho que el Registro proclama a su favor, siempre que en el mismo no aparezcan circunstancias o causas que hagan claudicante su situación jurídica. "Cuando el titular inscrito —escribe SANZ FERNANDEZ— es efectivamente dueño o titular de los bienes, porque el Registro y la realidad se hallan en completo acuerdo, los actos dispositivos que realice no encontrarán dificultad alguna en la vida registral ni en la extrarregistral. Mas, cuando por cualquier causa no lo sea o su derecho esté sujeto a limitaciones, condiciones o modificaciones que en el Registro no consten, y el verdadero titular o el favorecido por aquellas circunstancias no inscritas no haya pedido la rectificación de la inscripción, si aquél realiza un acto dispositivo en favor de otra persona y ésta inscribe su derecho, se opera *ipso iure* una rectificación de la realidad jurídica en favor de la situación aparente que los asientos reflejaban y la adquisición es perfecta e inatacable". *Ob. cit.*, I, pp. 369-370.

<sup>(17)</sup> GENTILE. *La trascrizione immobiliare*. Nápoles, 1959, p. 455.



En el Derecho venezolano ya hemos reseñado como el artículo 1.924 del Código Civil recoge la regla lo no inscrito no perjudica a tercero. Si no pasare de allí, estaríamos frente a un sistema puro de transcripción, apegado escuetamente, en el conflicto de títulos incompatibles o contradictorios en relación al Registro, al rígido principio de la prioridad o inoponibilidad. Pero llega algo más lejos.

En efecto, en ciertos casos la publicidad registral venezolana tiene eficacia sanante o convalidante pues en los mismos el tercer adquirente que inscribió su título queda inmunizado o protegido contra las sentencias que impugnen la titularidad de su *tradens*, si resulta que al tiempo de dicha inscripción no aparecían publicadas por el Registro las demandas por las que se ejercitaban las acciones de impugnación. Es decir, que en ciertos supuestos las adquisiciones del tercero, una vez inscritas, no podrán invalidarse ni resolverse por virtud del ejercicio de acciones triunfantes contra la titularidad del transmitente cuando éstas no aparezcan registralmente manifestadas mediante la transcripción de las oportunas demandas: en aquellos, pues, el Registro valdrá como exacto en beneficio del adquirente, quien no verá destruída su adquisición aunque resulte declarada la no preexistencia del derecho transmitido o gravado en el patrimonio del enajenante. Veamos cuáles son dichos supuestos:

El ordinal segundo del artículo 1.921 establece que deben igualmente registrarse para los efectos establecidos por la Ley "las demandas a que se refieren los artículos 1.279, 1.281, 1.350, 1.466 y 1.562".

El artículo 1.279 recoge la denominada acción pauliana que pueden ejercitar los acreedores para impugnar los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos; pues bien, en relación a esta acción, el párrafo segundo del artículo 1.280 dispone que "en todos los casos la revocación (debiera decir rescisión) del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado en el fraude, han adquirido derechos sobre el inmueble con anterioridad al registro de la demanda por revocación". En relación, pues, al tercero subadquirente tabular de buena fe resulta inoperante la acción impugnatoria del acreedor, por no denunciar el Registro la correspondiente demanda al tiempo de transcribirse la adquisición.

El artículo 1.281, que regula la acción por simulación, esta-

tuye en su párrafo tercero que "la simulación, una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación". Valga lo mismo dicho.

Asimismo, la acción de rescisión por causa de lesión en los casos en que se admite "no produce efecto respecto de los terceros que han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por rescisión" (art. 1.350).

De la misma manera, a tenor del artículo 1.466, "la revocación por ingratitud o por superveniencia o existencia de hijos o descendientes a que se refiere el artículo 1.462, no perjudica los derechos adquiridos (sobre inmuebles) por terceros con anterioridad al registro de la demanda.

En fin, en relación a la permuta establece el artículo 1.562: "En los casos de resolución indicados en los dos artículos precedentes, quedan sin perjuicio los derechos adquiridos sobre los inmuebles por terceros, antes del registro de la demanda de resolución".

Vemos, en consecuencia, que en los casos contemplados por los artículos transcritos no opera en el ordenamiento venezolano el principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*, ya que en los mismos anulado, resuelto, revocado o rescindido el derecho del transferente por causas que no consten en el Registro el tercero es mantenido en su adquisición. Desde luego que ya no estamos en presencia de la mera fuerza negativa de la publicidad que sanciona el artículo 1.924 (el título inscrito queda a salvo de otros de igual o anterior fecha que se le opongan o sean incompatibles), sino ante una eficacia positiva o sustantiva de la inscripción en cuya virtud se garantiza firmemente al tercer adquirente que el derecho inscrito existe, que pertenece al titular que se lo transmite y que tal derecho tiene la extensión y consistencia con que consta registrado. Por tanto, siempre que el acto adquisitivo sea intrínsecamente válido<sup>(18)</sup>, en los casos a que hemos hecho referencia, el tercero

(18) La fe pública registral subsana la preexistencia de la correspondiente facultad de disponer en el transferente, pero en relación al acto dispositivo en cuya virtud adquirió el tercero, aquella no tiene ninguna eficacia sanatoria o convalidante ("La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes"). Por tanto, si dicho acto es inexistente (simulación, error obstativo), nulo (por oponerse a norma legal imperativa) o anu-



adquiere el derecho enajenado aunque por ser nula la anterior transmisión o por cualquier otra causa de las reseñadas tal derecho no preexistiera en el patrimonio del enajenante.

El principio de la fe pública registral está operando en su aspecto positivo. En los supuestos cuestionados, el contenido del Registro resulta indefectiblemente exacto o verdadero para el tercero protegido: en su beneficio, los derechos reales, registralmente publicados existen y subsisten en los estrictos términos que el Registro proclama. Al lado de la protección a la confianza en la apariencia negativa, se da cabida a la protección jurídica a la confianza en la apariencia positiva: no sólo el adquirente puede confiar en que lo no inscrito no existe, sino que también puede tener seguridad de que lo inscrito existe. Para su favor, la titularidad viciada, claudicante o formal del transferente vale como una titularidad real, efectiva, definitiva y firme, pues su derrumbe no le va a perjudicar <sup>(19)</sup>.

lable (incapacidad o vicio en la voluntad de los otorgantes), la modificación jurídica real perseguida no se producirá y el tercer adquirente no devendrá en titular del derecho enajenado por más que logre el acceso al Registro de su título. Consecuentemente, pues, la fe pública registral no dispensa al adquirente protección alguna contra los vicios o defectos intrínsecos del acto dispositivo, que quedan sometidos al tratamiento normal de Derecho civil general; a ella no le preocupa la invalidez de este acto, en relación al cual, por otro lado, el adquirente no será tercero, sino parte, pues tercero lo será respecto al acto adquisitivo de su transferencia. Como ha significado la doctrina más calificada, a la fe pública no le corresponde proteger al adquirente en un acto nulo *per se*, pues su cometido es defender al adquirente de este adquirente, o sea al *subadquirente* (expresión técnicamente correcta para referirse al tercero protegido). Por ello, la noción de tercero protegido implica una doble enajenación, ya que la tutela registral tan sólo alcanza al adquirente que tenga condición de subadquirente y no al que se presente como adquirente directo en su acto adquisitivo (por ejemplo, A enajena un inmueble a B mediante contrato de compraventa nulo o anulable. B se lo vende posteriormente a C por contrato intrínsecamente válido —aunque civilmente ineficaz pues B no ha llegado a ser propietario del inmueble y *nemo dat quod non habet*—; pues bien, C adquiere la propiedad del bien en forma absoluta en virtud del juego protector de la fe pública registral —adquisición a *non domino*—; él es el tercero protegido).

<sup>(19)</sup> Para nosotros resulta palmaria e indudable la tesis de que la tuición otorgada, por un lado, por el artículo 1.924 y, por el otro, por los artículos 1.280, 1.281, 1.350, 1.466 y 1.562 al tercero que acudió a registrar su adquisición se apoya en una dualidad proteccional de signo y alcance diferentes. Efectivamente, los artículos 1.920, 1.921 y 1.922 sancionan el deber de registrar, respectivamente, determinados negocios dispositivos, demandas y sentencias y, por su parte, el 1.924 establece la sanción en caso de incumplimiento del deber aludido: al tercero que prioritariamente inscribió no le perjudicarán (no tendrán ningún efecto contra él) las antedichas actuaciones sustantivas o procedimentales (a la manera de castigo al que fue negligente o descuidado en regularizar registralmente su situación jurídica). Pero la tutela al tercer adquirente no pasa de allí. En el supuesto del artículo 1922 se protege al tercero que habiendo adquirido con posterioridad a la decisión judicial que pronunció la nuli-

Desde luego que la casuística y fragmentaria admisión que el ordenamiento venezolano hace del principio de la fe pública registral en su faceta positiva se halla todavía muy lejana de la forma general en que el principio es recogido por las legislaciones alemana, suiza y española, por ejemplo. Numerosos supuestos de invalidación, revocación, rescisión, resolución y reducción de la titularidad del transferente han dejado de contemplarse expresamente <sup>(20)</sup> y, por tanto, en ellos, en principio, el desmonoramiento del derecho del *tradens* afectará a todos los adquirentes posteriores. Consecuencialmente, el tráfico jurídico inmobiliario, en Venezuela, queda desigual y fragmentariamente asegurado, pues el Registro no protege en todo caso al tercer adquirente que contrata confiado en la apariencia jurídica por él exteriorizada. Creemos, empero, que una actividad jurisprudencial consecuente que hiciese uso del instrumento analógico, de las doctrinas de la apariencia jurídica y de la legitimación para el tráfico que la publicidad registral crea a favor del titular inscrito (para lo cual hay suficiente apoyo en los artículos 1.280, 1.281, 1.350, 1.466, 1.562 y 1.924 del Código civil) y del superior principio de la seguridad jurídica en el comercio de los bienes inmuebles, que es, como ya hemos significado en distintas ocasiones, el objetivo fundamental y razón de ser de todos los sistemas inmobiliarios registrales, podría subsanar, al menos en sus matices más chocantes y perjudiciales, las deficiencias señaladas.

dad, resolución, rescisión o revocación de la titularidad del transferente acudió al Registro con anterioridad a la transcripción de la sentencia; mas no en la situación contraria: si la adquisición ocurrió con antelación a la resolución judicial, al dictarse ésta, debeladora del derecho del *tradens*, el tercero verá desaparecer su titularidad, pues, en principio y de acuerdo a la normativa civil general, cuando se ejerció con éxito la impugnación de una determinada titularidad jurídica, ésta se extingue retroactivamente como si nunca hubiese tenido existencia efectiva (la impugnación triunfante hace retornar las cosas a la situación en que se hallaban antes del nacimiento del derecho atacado —*resolutio iure concedentis resolvitur ius concessum*). Valga lo mismo para los artículos 1.920 y 1.921, todos en función de la eficacia registral sancionada en el 1.924.

Bien distinta es la eficacia aseguratoria reconocida al Registro por los artículos 1.280, 1.281, 1.350, 1.466 y 1.562; en los supuestos en los mismos contemplados, la debilidad de la titularidad del enajenante es completamente inofensiva para el tercer adquirente, de manera tal que, arruinada aquella titularidad por obra de una impugnación exitosa, dicho subadquirente será mantenido en el derecho enajenado (protección a la confianza en la apariencia registral).

<sup>(20)</sup> Piénsese, por ejemplo, en la invalidación de la titularidad del enajenante por razón de incapacidad, vicios del consentimiento, pugna con norma legal prohibitiva u otros defectos que afecten a su acto adquisitivo.

De todas maneras, y lo mismo podríamos afirmar en relación a las recientes reformas francesa e italiana que con anterioridad sucintamente comentamos, la ordenación actual venezolana en materia de fe pública registral no tiene ni la sencillez, ni la generalidad, ni el alcance que serían de desear, pero sí, al menos, constituye un adelanto notable en relación a ordenaciones anteriores y en comparación a ciertos sistemas de transcripción que se mantienen en una situación de rigidez y de pureza decimonónicas <sup>(21)</sup>. Hay en ella ya una admisión, todo parcial y raquítica que se quiera, del sistema germánico de protección al tercer adquirente, que, mixtificando y dignificando el tradicional sistema patrio de transcripción, marca una pauta firme y segura sobre el camino que debemos cubrir en el futuro. En estos momentos, por cierto, esto último es ya una prometedora realidad, pues está listo para ser introducido al Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Registro Inmobiliario que nos va a situar en la órbita de los sistemas de fe pública registral de alcance germánico y que sigue muy de cerca las pautas del sistema registral español, modélico, a nuestro entender, por su moderación, progresismo y armonía.

En resumen, las nuevas formulaciones y progresos que hemos visto se observan en ciertos países, incluido el nuestro, en materia inmobiliaria registral no son otra cosa, en acertada visión de ROCA SASTRE, que "manifestaciones de un proceso evolutivo hacia un progresivo perfeccionamiento de los sistemas de transcripción que fatalmente culminará en el principio de fe pública registral, con caracteres más o menos nacionales" <sup>(22)</sup>.

<sup>(21)</sup> Así sucede, por ejemplo, con el sistema belga, cuya protección registral no rebasa la de la mera inoponibilidad de lo no inscrito: artículo 1º de Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1851, modificado el 8 de julio de 1924: "Todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios, además de los privilegios e hipotecas, serán inscritos. Mientras tanto, no podrán ellos ser opuestos a terceros que hayan contratado sin fraude". Y con el sistema portugués, que no pasa de reconocer a la publicidad la mera fuerza negativa o preclusiva: artículo 7º del Decreto-Ley de 8 de octubre de 1959 (Código de Registro Predial): "Los hechos sujetos a Registro sólo producen efectos contra terceros después de la fecha de su respectivo registro".

<sup>(22)</sup> ROCA SASTRE, *loc. cit.*, p. 802.

## SANCIONES EN DERECHO ADMINISTRATIVO

*Tulio Chiossone*

Catedrático de Derecho Penal en la  
Universidad Católica Andrés Bello

### S U M A R I O :

1.—La transgresión y la sanción. 2.—Concepto del delito como expresión objetiva máxima de la transgresión. 3.—La falta como expresión de la transgresión de regla legal. 4.—Aplicación de la teoría de la transgresión para la diferenciación entre lo normativo y lo legal. 5.—El Derecho Peneal y el Derecho Administrativo. 6.—Negación del llamado Derecho Penal Administrativo.

### I

Al iniciar este estudio sobre las sanciones en Derecho Administrativo, es absolutamente indispensable fijar con claridad los conceptos existentes sobre el carácter de la contravención administrativa y su sanción. Para el momento en que esto escribo no existe, ni entre los especialistas en derecho administrativo, ni entre los penalistas, una orientación definida sobre estos interesantes aspectos. Esta falta de orientación es el motivo por el cual, en la redacción de la parte sancionatoria de la transgresión administrativa, se adopten posiciones de tipo penalístico y se confundan los conceptos de *sanción* y *pena*, entre los cuales existen diferencias sustanciales, como de género a especie.

El propósito de este trabajo es presentar, para ayuda de profesionales, estudiantes y estudiosos, una exposición sistematizada de las sanciones de tipo administrativo o simplemente penal, que se establecen en un gran número de leyes especiales, muchas de ellas con verdadero carácter administrativo, y de las que se establecen en Códigos fundamentales, como el civil y el de comercio.

Para desenvolver y precisar una teoría sobre la transgresión administrativa y su sanción (entuerto o ilícito administrativo), es necesario, como introducción, delinear los aspectos que engloba la *transgresión* como fenómeno jurídico-social, y la cual, como lo he sostenido en algunos estudios anteriores, crea la dinámica jurídica <sup>(1)</sup>.

La transgresión en general es el efecto del acto humano, consciente o inconsciente, que viola, o un *status ético-jurídico*, o una regla legal que impone un deber o prohíbe objetivamente determinada conducta <sup>(2)</sup>.

De esta definición preliminar de la *transgresión* surgen aspectos fundamentales en relación con el fin de aquélla.

En primer término, la transgresión puede afectar lo que he denominado *status ético-jurídico*, o sea lo que los autores alemanes, creadores de la doctrina penal del *tipo* denominan *norma*. Por ejemplo: las leyes penales no están concebidas como conceptos objetivamente prohibitivos, sino como conminaciones descriptivas de lo que, como hecho, puede afectar el *status ético-jurídico* adoptado por determinado grupo social. El Código Penal y las leyes penales en general, adoptan esta fórmula: "El que o cualquiera que, o el funcionario que, o el extranjero que, etc., realizare tal acto, será castigado". Esa figura descrita en el precepto que configura un aspecto del *status ético-jurídico*, está advirtiendo a los elementos del grupo que incurrirán en una sanción, si llegaren a realizar el *tipo-transgresión*, o sea el hecho real que transgrede aquel aspecto del *status ético-jurídico* (homicidio, hurto, corrupción, etc.). De esta tesis o teoría resulta que para el derecho penal hay dos especies de figuras o tipos: *el tipo-transgresión* y *el tipo legal*. La coexistencia objetiva de estos dos tipos, crea la dinámica jurídica o sea el proceso de valoración (responsabilidad).

En segundo término la transgresión puede afectar, no ya el *status ético-jurídico*, sino la regla legal objetivamente considerada que impone una obligación o un deber con respecto a un organismo administrativo o político determinado, o prevé situaciones que puedan afectar aquél *status* antes mencionado. Por ejemplo: las leyes fiscales, establecen obligaciones a los

(1) Tullio CHIOSSONE, Lo Transgresional en la Dinámica Jurídica.

(2) Regla *advertiva* que crea un tipo delictivo, o regla previsiva que crea la *falta*, o la que impone un deber frente a la Administración.

ciudadanos, como serían las de pagar impuestos, contribuciones, etc., o deberes frente a la administración, como declarar las rentas, y otros similares. La transgresión a esas obligaciones o a esos deberes, constituye una violación a la regla legal objetiva que impone el deber o la obligación, y no al *status jurídico* general a que me he referido. Otro ejemplo: las leyes de policía tienen el carácter de prohibiciones finalistas, o sea que tienen en su esencia la prevención de hechos que pueden dar lugar a la transgresión de la regla previsiva que tipifica aquellos.

De lo dicho anteriormente se desprende que la transgresión adopta diferentes formas sustanciales, según afecte, como queda dicho, lo normativo (regla advertiva) o lo objetivamente legal (regla previsiva).

En el próximo número me referiré a las denominaciones formales que toma la transgresión, y paso a considerar el concepto de *sanción* como forma correlativa de la transgresión. La sanción desde un punto de vista genérico, viene a ser una consecuencia necesaria de la transgresión de un principio normativo o de un precepto legal. De aquí que la sanción sea en unos casos la coerción legal o contractual para hacer algo o por dejarlo de hacer, o el resultado o consecuencia directa o necesaria de la realización de un acto dañoso o peligroso para el *status ético-jurídico* (delito falta). En este último caso la sanción es sinónimo de *pena*, y es de la esencia del Derecho Penal, como disciplina autónoma.

Para llegar a una concepción más o menos precisa sobre la sanción administrativa, y clarificar los criterios sobre si el Derecho Penal puede tomar denominaciones específicas, entre ellas la de Derecho Penal Administrativo, diremos que dentro de nuestra teoría particular de lo transgresional como genética de la *dinámica jurídica*, habremos de distinguir tres tipos de transgresión: la transgresión de derecho privado, la transgresión de derecho público y la transgresión en derecho penal.

La transgresión en derecho privado, puede ser: o de precepto legal o de ley contractual. Tiene como sanciones la nulidad, la prescripción, la caducidad, la cláusula penal, la resolución con daños y perjuicios, etc.

La transgresión de derecho público, es siempre de regla legal expresa, ejemplo: la transgresión administrativa. La transgresión de derecho constitucional no tiene sanción autonómica,

pues pensamos que es el único caso en que puede decirse que tal sanción corresponde específicamente al derecho penal (violación de garantías individuales, sociales o políticas).

La transgresión de derecho penal tiene un sentido mucho más amplio, pues aquélla es de la esencia de este derecho al que hemos denominado, por tal circunstancia, Derecho Transgresional. En este derecho la transgresión tiene siempre el correlativo *pena*, o sea una especie de sanción que pertenece única y exclusivamente al Derecho Penal, y no a otro Derecho.

Expuestos estos principios que se encuadran dentro de nuestra propia teoría de lo *transgresional* como fuente de la *dinámica jurídica* o sea de *derecho vivo*, vamos a hacer una revisión de los conceptos hasta hoy admitidos sobre la sanción en sus diferentes aspectos.

Podemos decir que "sanción" es el correlativo de *transgresión*. En este sentido diríamos que el incumplimiento de una obligación tiene una *sanción* que puede ser, o ejecución forzosa de ésta, o resolución de la misma con pago de daños y perjuicios. Este es el aspecto genérico de la palabra *sanción* la cual puede usarse cuando se está frente a transgresiones de derecho privado. La nulidad, la prescripción y la caducidad, que en cierta manera aseguran la eficacia de las normas jurídicas, podrían ser sanciones *latu-sensu*, aunque no en sentido estrictamente técnico. Sin embargo, la *nulidad* de ciertos actos en los cuales se deben observar formalidades *ad solemnitatem*, tiene el carácter de *pena*, que es la expresión técnica y acabada de la "sanción". El legislador venezolano, en algunas oportunidades la califica así. Por ejemplo: el artículo 882 del Código Civil, expresa que las formalidades indicadas en las disposiciones referentes al otorgamiento de testamentos, deben observar "*bajo pena de nulidad*". Es punto claro que toda transgresión, aún de derecho privado, tiene como correlativo la sanción.

Ahora bien, como el objeto de nuestro estudio es la sanción en derecho administrativo, esta sanción es necesariamente correlativa de una transgresión de derecho público. En este sentido, la palabra *sanción* se ha tomado como sinónimo de *pena*, y es por ello que se ha hablado insistentemente del carácter "penal" de las sanciones administrativas. A esta confusión de conceptos ha contribuido, necesariamente, el uso indiscriminado de las expresiones *sanción* y *pena*, y la adopción de la

expresión "*disposiciones penales*" en algunas leyes de estricta naturaleza administrativa.

La *pena* es necesariamente una sanción, pero su naturaleza la hace correlativa de la transgresión al *status ético-jurídico* de que hemos hablado. La *pena* pertenece por entero al Derecho Penal, y no a otra rama del derecho. Sin embargo, la sanción en derecho administrativo, tiene el carácter de *pena* (generalmente es la multa), pero esta circunstancia no basta para calificar y darle el carácter que tiene en el derecho penal. Aquí hablaremos de *pena administrativa* como sanción propia de derecho público y específicamente propia del Derecho Administrativo. En el curso de este estudio trataremos de ir perfilando la distinción entre lo propiamente penal y lo que siendo también una sanción, corresponde a la naturaleza propia del derecho administrativo, o sea "la rama del derecho público que tiene por objeto el régimen jurídico de la administración" (3).

## 2

Pensamos que es cuestión de las más arduas precisar la naturaleza del delito y de la falta. Hay un criterio fácil que es el cuantitativo, pero que no es el adecuado para lograr una idea cabal de estas dos entidades fundamentales alrededor de las cuales giran todos los conceptos normativos del Derecho Penal.

Nuestro Código Penal de 1873 adoptó el criterio cuantitativo para definir y distinguir un delito de una falta. "Delito —decía aquel Código— es toda acción u omisión que la ley castiga con una pena grave". "Falta es toda acción u omisión que la ley castiga con una pena leve". Este mismo criterio, después de cuarenta y siete años de especulaciones jurídico penales, lo reproduce en 1930 el Código Penal Italiano, denominado Rocco, quien era el Ministro Guardasellos cuando su promulgación, el cual asienta, en su artículo 39: "Los hechos punibles se distinguen en delitos y contravenciones, según la

(3) Eloy LARES MARTINEZ. Manual de Derecho Administrativo Cursos de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. 1963. Pág. 9.

diversa especie de pena establecida especialmente para cada uno de ellos por este Código" (4).

Si tomamos en cuenta que este Código fue modelo de legislaciones penales, tenemos que admitir que, desde el punto de vista legislativo, es casi imposible aventurarse en una definición cualitativa u ontológica del delito.

Desde un punto de vista estrictamente científico es conveniente ensayar una definición fundamental, porque descartado este concepto de tipo eminentemente penalístico, resulta fácil establecer criterio sobre la falta y poder determinar si podemos separar ésta de la órbita del derecho penal e incluirla dentro de los conceptos transgresionales en derecho privado y en derecho público (5).

El delito viene a ser una de esas especies jurídicas que todos creemos poder definir en un pronto, pero cuando vamos a ensayar una definición nos encontramos con que no podemos hacerlo. Sucede con este concepto lo que con la definición misma del Derecho. Si nos pusiéramos a transcribir las definiciones que cada autor ha dado del delito, desde los glosadores hasta nuestros días, ocuparíamos muchas páginas en este derroche de cultura bibliográfica. Y el resultado, una indeterminación absoluta sobre su verdadero concepto.

El glosador DE ANGELIS en su *Tractatus Crimminallis de Delictis et Poenis*, edición de 1754, que hemos consultado en la Biblioteca de la Universidad de Los Andes, define el delito así:

"Delictum es factum hominis dictum vel scriptum, dolo vel culpa commissum, sub lege vigente prohibetur, quod nulla justa potest excusari causa", o sea convenientemente traducido al castellano, como corresponde a esta hora de impreparación humanística, expone el siguiente concepto: "Delito es todo hecho del hombre, de palabra o escrito, cometido con dolo o culpa.

(4) El texto en italiano del artículo antes citado es así: "Art. 39. I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente satabilite da questo codice". Según esta tesis, delito es el hecho que la castiga con penas de muerte, ergástolo, reclusión, y multa; y falta es el hecho que se castiga con arresto y la "Ammenda" (multa inferior o resarcimiento).

(5) No incluimos al Derecho Penal dentro de la rama del Derecho Público, a la cual efectivamente pertenece y tradicionalmente ha pertenecido, porque la estructura del Derecho Penal es tan exclusiva y con caracteres tan propios y diferenciales, que forma una rama autónoma tanto desde el punto de vista de las concepciones científicas del Derecho, como desde el punto de vista legislativo.

prohibido por ley vigente, que tiene un contenido justo que no puede ser excusado. En esta antigua definición están comprendidos los llamados "elementos del delito", de acuerdo con la técnica moderna, a saber: hecho antijurídico, culpable, legalmente descrito con anterioridad por la ley (típico), en atención a causa justa. Para la escuela penal denominada clásica, en oposición a la positiva, el delito es "un ente jurídico, una infracción y no una acción".

Hemos considerado que no debe comprenderse en la definición del delito el elemento subjetivo o sea la culpabilidad, pues de acuerdo con nuestra teoría de lo transgresional como creador de formas jurídicas, tal elemento es de valoración posterior al hecho en sí. Para nuestro modo de pensar, en el delito hay dos formas: una real o sea el hecho producto del acto humano, que hemos llamado tipo-transgresión; y otra legal que es la regla *advertiva*, el llamado propiamente *tipo legal* que sintetiza el contenido de lo que la conciencia social considera dañoso o peligroso para su existencia. Decimos que es regla *advertiva* porque la ley no hace otra cosa que advertir cuando expresa: "el que haga tal cosa será castigado". Es una exteriorización de lo que hemos llamado el "status ético-jurídico".

Cuando esas dos formas se superponen e integran un todo, o sea convierten en *hecho jurídico*, decimos que hay delito. Este proceso constituye la dinámica de su formación, pero nos falta llegar al punto esencial o sea al hallazgo de su naturaleza.

Dentro de la concepción individualista del Derecho en general y en especial del Derecho Penal, todo acto humano que lesiona el patrimonio jurídico individual y que por su esencia sólo puede tener como compensación una pena, es un delito. Pero con esta concepción sólo abarcaríamos un aspecto de la transgresión al *status ético-jurídico* de la sociedad o del Estado, dentro del cual el individuo es sólo un aspecto, aunque posiblemente el más importante porque es de él de donde dimana la formación misma del derecho.

Si dentro de esa misma tesis individualista —en oposición a la colectivista— repasamos los Códigos, y ordenamientos penales en general, podremos observar que sólo un Título se destina a la protección penal del individuo y que todos los demás órdenes pertenecen a los hechos que lesionan la entidad jurídica del Estado en todos sus aspectos. Sin embargo, esto no es más que una apreciación formal. La verdad es que si revisa-

mos con atención todos los tipos legales considerados como delitos, observamos que todos ellos giran sobre la defensa del patrimonio jurídico individual, pues aún los hechos que afectan la entidad del Estado, como personificación de la Nación, (6) y a los aspectos institucionales derivados de la organización social y política, son hechos que afectan al individuo en forma directa o indirecta. Por ejemplo, en la traición a la patria no sólo se afecta la soberanía del Estado (atentado a la integridad territorial o a las instituciones republicanas), sino que el hecho recae sobre los derechos subjetivos individuales de todos los habitantes del territorio afectado por el hecho punible. El delito de falso testimonio, es un hecho contra "la administración de justicia", como entidad institucional dentro del Estado, pero afecta directamente a la persona que sale lesionada con el falso testimonio, por ejemplo: cuando ese hecho ha sido la causa de una sentencia condenatoria; y si lo ha sido de una sentencia absolutoria, además del interés colectivo lesionado, habrá también siempre un derecho individual lesionado, o sea el de la víctima. Sería demasiado larga la enumeración de todos los casos que en el Código Penal, sea cual fuese la denominación del orden jurídicamente protegido, encontramos que la lesión producida por el hecho punible es siempre de carácter individual. La transgresión de la *regla advertiva*, que es *advertencia punitiva del Estado* (prefiero decir advertencia punitiva de la LEY), surge la acción penal o civil para iniciar el proceso de valoración de la conducta individual que produjo el hecho punible.

Si aceptamos como tesis que en el delito la advertencia punitiva se refiere a hechos que recaen sobre el individuo y lesionan uno o varios de sus derechos subjetivos, aceptaremos también que la regla que tipifica la falta (contravención) no es regla advertiva porque los hechos que forma en el tipo no van dirigidos contra ningún individuo en particular, sino que tienen el carácter de reglas previsivas de tipo general. Por ejemplo: matar un animal ajeno, aunque la pena sea sólo cien-

(6) En la teoría constitucional venezolana, contenida en la Exposición de Motivos de la Constitución vigente, el Estado no es personificación jurídica de la Nación, sino que lo es la "República". La palabra "Estado" determina el concepto de la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas". Exposición de Motivos de la Constitución Nacional de 23 de Enero de 1961.

to cincuenta bolívares de multa, es un *delito*, y no puede ser una *falta*, desde un punto de vista ontológico, pues es objeto de una *regla advertiva* que protege un derecho subjetivo individual; en cambio el *porte de armas*, aunque está considerado por nuestra ley positiva como un *delito*, por razones de *política criminal*, o mejor, de *política en lo transgresional*, es por su naturaleza una *falta*, pues el hecho del porte no afecta ningún derecho subjetivo individual.

De todo esto se desprende que la regla que tipifica las faltas es solamente *previsiva*. Su transgresión se refiere a la parte objetiva de la previsión, y es indiferente el proceso de valoración.

Aceptamos previamente, y provisionalmente que la transgresión de normas administrativas constituye una *falta*, pues esa transgresión es de reglas previsivas que se sanciona porque ella constituye una "contrariedad al orden administrativo" (policial, fiscal, etc.). Aceptaríamos también que tendríamos que excluir la existencia de *delitos* administrativos.

### 3

Nuestra teoría de la transgresión pertenece a las teorías *objetivas* (7). Consideramos que cuando la acción humana realiza una figura de derecho penal, o sea un tipo legal, se produce *ipso facto*, instantáneamente, una transgresión del *status ético-jurídico* de la sociedad. La acción es entonces transgresora. Igual cosa podemos decir de la *omisión*, que es como lo afirmó BELING "ejecución de un no movimiento", o lo que es igual a lo que hemos afirmado en nuestras Anotaciones al Código Penal, que en toda omisión hay siempre una acción (8).

He venido sosteniendo que la transgresión crea la dinámica jurídica. Que el Derecho Penal es esencialmente el Derecho que fundamenta sus principios en la transgresión de las reglas o normas *advertivas* que son las que en principio tienen como consecuencia la pena, o sea la disminución del patrimonio individual en todos sus aspectos (vida, libertad, riqueza).

(7) El término: *advertivo*, *advertiva*, no consta en el Diccionario de la Academia de la Lengua, pero cuando califica al sustantivo *regla*, precepto, norma, etc., es como si se dijera regla, norma o precepto que *advierten*.

(8) BELING, Die Lehre von Verbrechen, p. 14.

La pena pertenece en general al Derecho que se refiere a la transgresión, pero también pertenece al Derecho en general, y a determinadas ramas específicas de él (Derecho Administrativo en su aspecto policial, fiscal, económico).

La transgresión puede producir un hecho punible (delito o falta) o no producirlo. La punibilidad se basa en la valoración de la conducta, y esta valoración no es posible sin la existencia de la transgresión. Puede decirse que cuando se realiza un acto transgresional, la transgresión existe de inmediato, y es independiente de la punibilidad.

Dentro de este concepto, la transgresión es un hecho cierto en el espacio y en el tiempo. Si se transgrede una norma advertiva, o sea la que describe una acción humana que constituya delito, la transgresión existe inmediatamente. La valoración de la conducta y consiguiente penalidad, son cuestiones que deben decidirse por el poder jurisdiccional.

Esto quiere decir que la transgresión existe desde el momento en que se realiza. El homicidio, por ejemplo, es la transgresión de la regla advertiva que dice "El que dé muerte a alguna persona, será castigado". Ese homicidio pudo haber sido cometido en legítima defensa, en estado de necesidad, en cumplimiento de un deber. La transgresión existe, es un hecho real. La valoración de la conducta no la hace desaparecer, porque esa valoración se refiere a la conducta individual y no al hecho realizado.

Igual cosa podemos decir del homicidio cometido por un enajenado, por un menor o por una persona durante el sueño. La transgresión se produce independientemente de la responsabilidad del sujeto, o de su *inimputabilidad*, como se dice dentro de los conceptos clásicos.

¿Cuál es el interés de esta afirmación? Posiblemente si aceptáramos la teoría de la transgresión como figura permanente e invariable, independiente de la valoración, podríamos explicar fácilmente la distinción de las diversas formas del hecho punible, y especialmente la diferencia entre el hecho punible y el entuerto administrativo.

Con efecto, digamos que la regla legal que describe una figura, una acción humana que afecta el *status ético-jurídico*, o lo que hoy se denomina comúnmente tipo delictivo, es una *regla advertiva*, porque advierte que la realización de tal figura tiene sanción o pena. Es la regla contenida en la fórmula:

"El que haga tal cosa, será castigado". Estas reglas describen acciones humanas que denominamos delitos.

Hay otras reglas que son *previsivas* porque se limitan a describir acciones que si se realizaran, constituirían daño. Es la fórmula de lo que denominamos faltas.

En la regla advertiva la acción del sujeto advertido debe ser directa, esto es, dirigida contra alguien o contra algo; en cambio en la regla previsiva la acción no va dirigida contra persona o cosa determinada, sino que crea una situación que puede envolver daño o peligro.

Cuando se transgrede la regla advertiva, se incurre en delito; y cuando se transgrede la regla previsiva, se incurre en falta.

La transgresión de la primera requiere el proceso de valoración de conducta; la de la segunda, el proceso de valoración no es de la conducta, sino del hecho mismo.

Por la transgresión de la regla advertiva, "nadie puede ser castigado sino tuvo la intención de cometer el hecho que constituye el delito, a menos que la ley se lo atribuya como consecuencia de su acción o de su omisión"; en cambio la transgresión de la regla previsiva, el sujeto responde objetivamente, esto es, "aunque no se demuestre que quiso cometer una infracción de la ley".

Son reglas advertivas, como se dijo, las que describen hechos punibles denominados delitos. Estas descripciones legales se refieren a acciones humanas que al realizarse rompen el equilibrio jurídico, porque ellas son contrarias a un orden preestablecido que representa lo que hemos llamado equilibrio jurídico, o sea el estado en que se lesiona el derecho.

Las descripciones contenidas en las reglas advertivas, se refieren siempre a la acción que se dirige directamente a lesionar el derecho. El que de muerte a una persona, el que viole a una persona, el que se apodere de un objeto ajeno, el que falsifique una moneda, etc., tiene como consecuencia una pena.

Hemos repetido con BINDING que el delincuente no transgrede la ley escrita sino la norma de equilibrio. Pero dentro de nuestra teoría tenemos que impugnar esta tesis porque sin considerarnos la regla descriptiva (tipo) como advertencia de no hacer, la transgresión produce de inmediato lo que llamamos nosotros *tipo-transgresión*, o sea el hecho real, el resultado de la acción, el cual debe ser idéntico al *tipo legal*, o sea la descripción por cuyo motivo la ley hace la advertencia.

La regla previsiva, por el contrario, se limita a formular descripciones sobre circunstancias que, de realizarse, producirían un daño. Por ejemplo: el que reciba monedas falsas, y una vez reconocidas como tales, no de parte a la autoridad, está transgrediendo la norma previsiva que le impone el deber jurídico de hacerlo. Su omisión no va dirigida contra nadie en particular, pero tal conducta impide las averiguaciones de la autoridad y puede producir un daño indirecto a los individuos o a la colectividad. La transgresión al deber impuesto en la regla previsiva también tiene como consecuencia una pena, como puede tenerla cualquier otra (9).

## 4

Tenemos que recordar que el Derecho Penal se construye como ciencia con los elementos éticos que integran el arsenal normativo. Esas normas de conducta humana pueden ser transgredidas con acciones que llevan el sello de lo *injusto*. Esas acciones deben ser impedidas, y por consiguiente el derecho penal construye la regla *advertiva*, o sea el precepto que indica que la transgresión de la norma de conducta conlleva una pena.

Pero hay reglas de derecho penal, en cuanto establecen sanciones, que no son propiamente advertivas de la no transgresión de lo normativo, sino que se concretan a establecer una sanción por la transgresión objetiva del precepto, sin tener en cuenta ninguna clase de valoración subjetiva del acto.

De esta distinción entre la transgresión de lo normativo y la simple transgresión del precepto, que no impone una conducta, sino el cumplimiento de un deber frente a la administración, pueden sacarse diferencias esenciales entre lo estrictamente penal y lo meramente sancionatorio de carácter administrativo.

Las sanciones de tipo administrativo se producen por "la infracción del contenido material de la ley, y no por transgresión del *status ético-jurídico*. La sanción administrativa protege el orden administrativo, y es el resultado de una trans-

(9) "El Derecho Transgresional" por el Dr. Tulio CHIOSSONE.

gresión a una previsión de este género. Es, por consiguiente, la transgresión de una regla previsiva. Como afirmación de este criterio nos fundamos en la declaración sancionatoria de tipo general que suelen contener las leyes administrativas, y que oportunamente hemos criticado como contraria, o por lo menos peligrosa, para el principio de legalidad. (*nullum delictum, nulla poena sine lege*).

Esta disposición sancionatoria de tipo general aparece concebida así: "cualquier otra infracción a esta ley o a sus reglamentos, no especialmente prevista se castigará con..." Esta disposición, muy común en las llamadas "disposiciones penales" de las leyes administrativas, está refiriéndose objetivamente a la "infracción de cualquier precepto de la ley; por modo que la simple transgresión del precepto da lugar a la sanción sin atender a su valoración, en la mayoría de los casos. Una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha aclarado la significación de tal disposición genérica en el sentido de que ella no autoriza al órgano administrativo para "crear faltas o infracciones" (*sic*), sino que debe limitarse en el sentido de "sancionar aquellas que estando especialmente previstas en la ley o Reglamento, no tuvieren determinadas en forma precisa, la sanción correspondiente. En otras palabras, que el precepto atribuye facultad de establecer grados en la sanción o en la pena, no tipos de faltas ni clases de infracción" (10).

Tal norma no es que autorice para crear faltas administrativas, lo cual afectaría el principio de legalidad, ni tampoco que autorice a establecer penas o sanciones para las que estando previstas no tuvieren asignada pena, sino que faculta para tales sanciones "por infracción o transgresión de ley", aunque el precepto no tipifique especialmente una falta administrativa, sino que se limite a una prohibición o a establecer determinada conducta frente a la administración. El desarrollo de este punto tan importante que está vinculado al principio de la legalidad establecido en la Constitución Nacional, hoy completamente deformado en nuestro concepto, será objeto de estudio especial en otro capítulo de este trabajo.

(10) Dr. Aristides RENGEL ROMBERG. "El Derecho de Reversión en la Legislación de Minas e Hidrocarburos de Venezuela". Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Nros. 127 y 128, p. 151, Año 1964.



## 5

El Derecho Administrativo, como rama del Derecho Público, tiene su expresión más cabal en ese inmenso arsenal de leyes denominadas administrativas, porque en ellas se contiene y reglamenta la función administrativa del Estado. Estas son leyes especiales que, junto con los Reglamentos de las mismas, o autónomas, determinan en muchos casos la orientación administrativa estatal o sea su régimen jurídico. El tratadista nacional Dr. ELOY LARES MARTINEZ, dice que "El régimen jurídico de cada una de las tareas de administración tiene que ser objeto de leyes especiales (11).

Hemos dicho que el derecho administrativo tiene la expresión más cabal en las leyes administrativas, sin que con esto tratemos de ratificar el antiguo criterio de reducir el Derecho Administrativo al sólo conjunto de tales leyes. Tampoco es nuestra tarea entrar a discutir las diversas orientaciones sobre la noción de esta rama del derecho público, pues sólo nos corresponde en este estudio establecer la naturaleza de las sanciones de tipo administrativo en relación con el Derecho Penal, o sea el derecho sancionador por excelencia.

Para lograr esta finalidad, hemos considerado necesario adoptar una definición del derecho administrativo y también del derecho penal. No dudamos en acoger la de nuestro compatriota LARES MARTINEZ. Según este autor el Derecho Administrativo puede ser definido como "la rama del derecho público interno que comprende las normas del ordenamiento jurídico positivo y los principios teóricos y jurisprudenciales aplicables a la estructura y funcionamiento de los órganos de la administración y al ejercicio de la función administrativa".

La noción del Derecho Penal es aparentemente clara. Una definición simplista, de acuerdo con su contenido finalista, podría ser la rama del derecho público que trata de las "penas". También podría ser el derecho para el castigo, para la sanción. Sin embargo, su contenido no es esencialmente "penal". Dadas las dificultades de una definición muchos autores prefieren silenciarla. Sin embargo, nosotros vamos a aventurarnos en una

(11) Dr. Eloy LARES MARTINEZ. "Manual de Derecho Administrativo". Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C. de V. Caracas, 1962.

definición con el sólo propósito de establecer los puntos diferenciales con el derecho administrativo.

El Derecho Penal es una rama del derecho público, en cuanto el Estado asume el ejercicio de la acción que inicialmente corresponde al individuo. Se ha denominado con el calificativo de penal, en el sentido de que fundamentalmente es un derecho a imponer la pena, que es una lesión al patrimonio psíquico y material de la persona (lesio quae punit). Ninguna lesión patrimonial, o sea del conjunto de los derechos humanos, puede ser impuesta sino mediante el ejercicio de un derecho.

Pero la noción del derecho penal no podemos reducirla a esta concepción simplista, y casi etimológica. Ella tiene elementos más precisos y sustanciales que derivan de la propia esencia de la juricidad.

El Derecho Penal no está construido con la noción de lo injusto, sino al contrario con la de lo justo, con la de lo recto. Parece paradójico, pero es así necesariamente. La regla legal que incluye la expresión de lo que hemos llamado *status ético-jurídico*, al advertir que la realización de un hecho contrario a ese *status* es sancionado, está exteriorizado el *derecho de la sociedad* a que los individuos limiten su libertad individual frente a lo normativo. Podríamos decir que el Derecho Penal está construido o estructurado, como todo derecho, con la noción de "lo bueno y de lo equitativo", pero contiene un elemento que lo distingue de las otras ramas del derecho, en cuanto reconstruye la juricidad por medio de la *pena*, o sea la pérdida del patrimonio jurídico individual por la transgresión del *status ético-jurídico*, exteriorizado en la *regla advertiva*, o sea la ley penal.

Segun estas ideas podría definirse el Derecho Penal así: "El Derecho Penal es la rama del Derecho Público que rige la conducta individual para el mantenimiento del *status ético-jurídico* de la sociedad y del Estado, y establece las limitaciones del patrimonio jurídico individual por la transgresión de los preceptos advertivos establecidos en las leyes, por medio de la *pena*".

La esencia del Derecho Penal es la transgresión del *status ético-jurídico*, y la finalidad la reacción sancionadora por medio de la pena. Esto quiere decir que la pena no forma necesariamente su esencia sino que es la transgresión, y por consi-

guiente su denominación fundamental es DERECHO TRANSGRESIONAL.

Podríamos transcribir algunas definiciones de los autores más calificados, en las cuales encontramos desde los conceptos más simplistas hasta los más complicados. Sin embargo, preferimos remitir al lector a cualquier Tratado de Derecho Penal, en donde necesariamente encontrará la transcripción de todas las definiciones de Derecho Penal, que hasta el presente se han dado <sup>(12)</sup>.

De las definiciones que se han dejado expuestas, tanto del Derecho Administrativo como del Derecho Penal, vemos que ambos derechos son diferentes y que cada uno de ellos rigen situaciones específicas. El primero se refiere a una relación jurídica entre el Estado, como Administración, y los particulares; y el segundo a una relación jurídica entre los particulares y el Estado, por la transgresión del *status ético-jurídico* de la comunidad. El Derecho Administrativo no es "sancionador", pero dentro de su preceptiva crea tipos de naturaleza penal en algunos casos en que se transgreden los deberes jurídicos frente a la Administración. En el número siguiente trataremos de dejar sentado nuestro criterio definitivo sobre el discutido punto de si podemos hablar de un Derecho Penal Administrativo autónomo, distinto del Derecho Penal.

## 6

En este número trataremos de definir la cuestión suscitada entre penalistas y administrativistas de si existe un Derecho Penal Administrativo. Hemos sostenido, y estamos sostenien-

<sup>(12)</sup> Por ejemplo dos definiciones explícitas, son las de James Goldschmit y Luis Jiménez de Asúa. El primero define así el Derecho Penal: "El complejo de normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad e inspirándose en la idea de justicia, las cuales para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de un hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, señalando regularmente contra la violación de los deberes una represión de la comunidad organizada". J. Goldschmit. Cit. de Jiménez de Asúa. Tratado.

El segundo de la siguiente definición: "Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora". Luis Jiménez de Asúa. Tratado pág. 27, Edit. Losada, Buenos Aires.

do, que el Derecho Penal es único; por consiguiente, salvo los casos en que este derecho se refiera a transgresiones específicas del *status ético-jurídico*, como en el caso de las leyes militares que tipifican delitos, no puede darse el calificativo de Derecho penal al conjunto de normas o reglas que sancionan con una pena la transgresión de sus propias disposiciones. Es absurdo que, por el mero hecho de que un conjunto normativo jurídico adopte "penas" o sanciones de otra naturaleza, deba tener el carácter de Derecho Penal, y consecuentemente bautizarlo con el nombre a que pertenece tal conjunto. Esta tendencia nos llevaría a adoptar el criterio —reconocido por algunos tratadistas— de que el Derecho Penal se subdivide en Derecho Penal Fiscal, Derecho Penal Constitucional, Derecho Penal Civil, Derecho Penal Administrativo, ya así hasta el infinito. Nada más cómodo, pero a la vez nada más ilógico.

A título de información vamos a exponer los diferentes criterios sostenidos; unos para afirmar la existencia de un derecho penal administrativo distinto del derecho penal, y otros para afirmar el concepto único de Derecho Penal.

Estos criterios se basan en la diferenciación entre lo ilícito administrativo y lo ilícito penal. En este sentido tienen puntos de contacto las opiniones de MERKEL, BINDING, GOLDSCHMIT Y MANZINI. Por ejemplo este último autor expone: "El derecho penal administrativo está constituido por preceptos exclusivamente administrativos (de policía o de finanzas) sancionados penalmente" y agrega "El derecho penal administrativo si es *distinto* de otras incriminaciones del derecho penal general a causa de la especialidad de sus preceptos, no por ello está separado de aquél, y no cesa de ser un derecho penal propio y verdadero, en la forma, en la substancia y en su finalidad última" <sup>(13)</sup>.

Para nosotros la transgresión administrativa, se refiere a la violación de la regla que impone un deber jurídico al ciudadano frente a la administración. Esta transgresión se sanciona a fin de que sea cumplida, bien con una pena propiamente dicha (arresto, multa, amonestación), o con una compensación, como sucede con las sobretasas en el derecho fiscal. Las penas administrativas, denominadas unas veces sanciones por nues-

<sup>(13)</sup> V. MANZINI. Trattato di Diritto Penale, Torino 1934.

tras leyes, aunque pertenecen al derecho penal, tienen características diferenciales: Por ejemplo: el pago voluntario de una multa, extingue la contravención. En lo penal propiamente dicho se requiere el proceso y el pronunciamiento.

El conocimiento de los delitos y faltas en general es siempre *jurisdiccional*, mientras que las contravenciones administrativas son sancionadas directamente por el funcionario administrativo competente. La creación de ciertos delitos fiscales como el contrabando y la defraudación, así como otros establecidos en las leyes fiscales, pertenecen al derecho penal y no al derecho administrativo. La inclusión de tales hechos y de las penas de prisión, arresto, comiso, etc., en las leyes especiales de tipo administrativo, no autoriza para considerar que con ellos se da autonomía a un *derecho penal administrativo*.

Según el expositor MANZINI, el derecho penal administrativo comprende el derecho penal de policía y el derecho penal fiscal.

El llamado derecho penal de policía, en cuanto integrante del llamado derecho administrativo, no existe como rama autónoma. "La policía —dice ZANOBINI— como función del Estado que tiene por objeto prevenir los daños sociales que pueden derivar de la actividad privada, entra en el campo del derecho administrativo: esto es, no sólo según los criterios sistemáticos de la ciencia, sino también según la tradición positiva de varios ordenamientos, que ha indicado siempre a la policía como la parte fundamental de la función administrativa" (14).

Es indudable que las infracciones policiales son de tipo penal, y por lo tanto pertenecerían a este Derecho. Pero ello no quiere decir que lo relacionado con la "policía" como función del Estado, no pertenezca por naturaleza al derecho administrativo.

De acuerdo con nuestra legislación penal, las contravenciones policiales no pertenecen al derecho penal, e igualmente la corrección gubernativa de las contravenciones o faltas administrativas. Esta conclusión está reafirmada por la disposición complementaria contenida en el artículo 547 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 547. Las disposiciones del presente libro no excluyen ni limitan las atribuciones que, por leyes municipales u otras especiales, competen a los

funcionarios y Corporaciones de la Administración Pública, para dictar Ordenanzas de Policía y bandos de orden público, así como para corregir gubernativamente las contravenciones o faltas, en el caso de que su represión les esté encomendada por las mismas leyes".

La jurisprudencia administrativa nacional confirma el criterio de que las sanciones de tipo administrativo no configuran un derecho penal de esta naturaleza, sino que todas ellas pertenecen a la esfera del derecho penal. Por consiguiente nada afecta el carácter penal de una norma administrativa, el hecho de que esté prevista en leyes de esta naturaleza, ni que su aplicación corresponda al funcionario administrativo. Una sentencia de la Corte Federal de 23 de julio de 1957, expresa: "Consiguientemente, las penas establecidas en las leyes especiales, como es la Forestal de Suelos y Aguas, caen bajo el imperio del Código Penal, pues no puede admitirse que establecido por el Derecho Público Venezolano el principio de la separación de los poderes, pueda el Ejecutivo ejercer la función jurisdiccional. Cada una de las ramas del Poder Público Nacional, dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tiene sus funciones propias, estatuye la Carta Fundamental de la República, sin perjuicio de que los órganos a los que incumbe su ejercicio colaboren entre sí y con los demás Poderes Públicos en la realización de los fines del Estado" (15).

En el curso de estas páginas continuaremos precisando la tesis de que el Derecho Penal, es derecho autónomo, único en sus características, que no puede ser confundido con otras ramas del derecho, y mucho menos atribuirles a éstas la naturaleza propia de aquél aunque dicten penas como sanción a sus normas.

Como argumento de la tesis que aquí sostenemos sobre que el Derecho Penal es único, y rige fundamentalmente todos los ordenamientos que establezcan penas como sanción, es la disposición del artículo 70 del Código Penal que establece: "Las disposiciones del Presente Código en su Libro Primero se aplicarán también a las materias regidas por otras leyes, en cuan-

(15) Algunas Bases del Derecho Público en la Jurisprudencia Venezolana. Recopilación y Notas por el Dr. Allan RANDOLPH BREWER C. en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, N° 27, pág. 143.

(14) G. ZANOBINI. La Sansioni Amministrative. Torino, 1924.

to dicten penas y siempre que en ellas no se establezca nada en contrario".

Este criterio de independencia de la sanción penal, con respecto a las demás sanciones de que hemos hablado, está reafirmado en la legislación venezolana por el artículo 131 del Código Civil que distingue la pena propiamente dicha, de la esfera del derecho penal, de las "sanciones meramente civiles", como son las que se aplican a los cónyuges por la violación de las disposiciones relativas al matrimonio, y a los funcionarios públicos por transgresión de las mismas, siempre que no constituyan delito.

El propio Código Civil distingue entre las que denomina "sanciones meramente civiles", y las "sanciones administrativas", que reunió en el Capítulo VIII, del Título XIII, en la reforma de 1942. "En este Cap. tomado del P. de 1931, con modificaciones y adiciones de la Codificadora, se reúnen reglas en materia disciplinaria que se encuentran separadas en el cod. ant. En el funcionamiento de la institución del registro del estado civil intervienen por distintas razones los Presidentes de los Concejos Municipales, los funcionarios propiamente del estado civil, los Jueces de Primera Instancia y los Registradores Principales, y como la regularidad y eficacia de este importantísimo ramo del servicio público depende sólo de la exactitud con que las autoridades mencionadas cumplan sus deberes, en este Cap. se establecen sanciones administrativas contra las faltas en que incurran; pero teniendo en cuenta la organización política del país y los distintos Poderes a que pertenecen dichas autoridades" (16).

De lo expuesto anteriormente se desprende que de acuerdo con nuestro derecho positivo, tenemos "sanciones meramente civiles", "sanciones administrativas" y "sanciones penales" propiamente dichas.

En los dos tipos de sanciones antes indicadas, se establecen penas para "castigar" las infracciones. Pero aunque ello es así, sin embargo, tales penas no responden a la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que las emplean e imponen, y por ello será absurdo que pretendiéramos afirmar la existencia de un

(16) Código Civil de Venezuela. Anotado por el Dr. Antonio PULIDO VILLAFANE. Editorial Andrés Bello, Caracas.

"derecho civil penal" o de un "derecho penal administrativo" (17).

Oportunamente nos referiremos a la infinidad de sanciones que podríamos agrupar dentro del concepto arriba indicado, o sean sanciones penales contenidas en leyes administrativas.

(17) Aún en el caso de que las leyes civiles o administrativas establezcan tipos delictivos, nada autoriza a pensar que tales ordenamientos, que así lo hagan, constituyan un Derecho Penal especial distinto del Derecho Penal común. El Código Civil, por ejemplo, contiene una *regla advertida* que crea un tipo delictivo, en lo relacionado con la declaratoria de legitimación. El art. 232 del C.C. dice: "No se admitirá la petición hecha por quien tenga hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, o descendientes legítimos de unos u otros". Si después se probare la existencia de hijos legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio, o descendientes legítimos de unos u otros, el peticionario será penado de oficio o a petición de parte, con prisión de seis meses a un año, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 244". Por esta circunstancia a nadie podrá ocurrírsele que exista un *derecho penal civil*, ya que no es la pena de la naturaleza de este *Derecho*, como no lo es tampoco del Derecho Administrativo.

## LOS ANTECEDENTES DE LA CODIFICACION CIVIL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANO (1810-1862) (\*)

Gonzalo Parra Aranguren

Catedrático de Derecho Internacional  
Privado en la Universidad Católica  
Andrés Bello

### S U M A R I O :

1.—Límites de la presente investigación. 2.—El Congreso Constituyente de 1811. 3.—La Constitución del 21 de diciembre de 1811. 4.—El Mensaje de Simón Bolívar en 1819 y la Carta Fundamental del 6 de octubre de 1821. 5.—El Decreto de Simón Bolívar del 31 de enero de 1825 creando una Comisión codificadora. 6.—La Ley del 13 de mayo de 1825 del Congreso Gran Colombiano que establece el orden de observancia en la aplicación de las Leyes. 7.—El Congreso Constituyente venezolano de 1830. 8.—La Memoria del Secretario del Interior del 31 de enero de 1832. 9.—El Proyecto de Decreto creando una Comisión codificadora aprobado en 1833 por la Cámara de Representantes. 10.—La Memoria del Secretario del Interior del 20 de enero de 1834. 11.—El Decreto del 7 de abril de 1835 creando una Comisión Codificadora. 12.—“La Oliva” del 15 de enero de 1836; el Mensaje del Presidente de la República y la Memoria del Secretario del Interior presentados al Congreso en 1836. 13.—El Código de Procedimiento Civil del 19 de mayo de 1836; consagración del principio *locus regit actum* y Acuerdo interpretativo de la Corte Suprema de Justicia del 31 de octubre de 1837. 14.—La Ley del 24 de mayo de 1836 que organizó las Oficinas de Registro. 15.—La Memoria del Secretario del Interior del 17 de enero de 1837. 16.—La Ley del 3 de mayo de 1838 que establece la prelación en el orden de observancia de las Leyes. 17.—La Memoria del Secretario del Interior del 20 de enero de 1838. 18.—La Memoria del Secretario del Interior y Justicia del 20 de enero de 1839. 19.—El Decreto del 19 de abril de 1840 creando una Comisión codificadora. 20.—Informes de los trabajos de la Comisión al Congreso por la Secretaría del Interior y Justicia (1842-1846): el Proyecto de Código de Comercio. 21.—Discusión en la Cámara del Senado en 1844 de un Proyecto de Decreto para crear una Comisión Legislativa Permanente del Congreso. 22.—La Memoria del Secretario del Interior y Justicia del 10 de enero de 1849. 23.—La Memoria del Secretario del Interior y Justicia del 20 de enero de 1850. 24.—Fracaso de la Comisión Legislativa Permanente creada por la

(\*) En el presente trabajo se utilizan las siguientes abreviaturas: LA: El Libro Amarillo; MMRE: Memoria de la Secretaría de Relaciones Exteriores; MMRI: Memoria de la Secretaría del Interior y Justicia; RDLDV: Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela.

Cámara del Senado en 1851. 25.—Sustitutos de la codificación civil: el “Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana vigente” del doctor Pedro Pablo Del Castillo. 26.—El Decreto del 23 de abril de 1853 auxiliando al doctor Julián Viso. 27.—El Proyecto de Código Civil del doctor Julián Viso: a) observaciones de conjunto. 28.—b) el derecho internacional privado en sentido amplio. 29.—c) la forma de los actos en general. 30.—d) la forma del matrimonio celebrado en Venezuela. 32.—f) la forma de los testamentos. 33.—g) la forma de las donaciones entre vivos. 34.—h) otros preceptos sobre derecho internacional privado. 35.—El Principio de la Territorialidad como base fundamental del sistema venezolano de derecho internacional privado: a) en el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso. 36.—b) en el Proyecto de reforma de la Constitución presentado por el Senador Blas Bruzual en 1851. 37.—c) en el Tratado suscrito entre Venezuela y España el 24 de diciembre de 1852 que fuera improbad por el Senado. 38.—d) en la Memoria de la Cancillería del 20 de enero de 1857. 39.—Fracaso del Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso. 40.—El Decreto del 2 de mayo de 1855 aprobado por la Cámara del Senado creando una Comisión Legislativa permanente del Congreso. 41.—Resolución Ejecutiva del 29 de diciembre de 1857 que designó una Comisión para redactar el Código de Comercio. 42.—La Memoria del Secretario del Interior y Justicia del 15 de abril de 1860. 43.—La Resolución del Poder Ejecutivo del 22 de noviembre de 1860 creando una Comisión revisora de Leyes. 44.—La Memoria del Secretario del Interior y Justicia del 20 de enero de 1861. 45.—El Decreto del 21 de mayo de 1861. 46.—La promulgación del Código civil del 28 de octubre de 1862. 47.—Los Tratados internacionales celebrados por Venezuela y el Derecho internacional privado en sentido amplio. 48.—Ambigüedad en los términos del ordinal 2º, artículo 13, del Tratado de Paz y Reconocimiento celebrado con España en 1845. 49.—La Convención Consular suscrita entre Venezuela y Francia el 24 de octubre de 1856. 50.—El Tratado de Amistad, Comercio y Navegación concluido entre Venezuela e Italia el 19 de junio de 1861.

### I

El Derecho internacional privado presenta difíciles problemas desde sus propios planteamientos iniciales, y la discusión de los autores comienza cuando se pretende circunscribir la materia misma objeto de su estudio.

En efecto, mientras la doctrina alemana generalmente la restringe al análisis de las cuestiones que surgen con motivo de la escogencia de la Ley aplicable, los anglo-americanos amplían la investigación para agregar los conflictos de jurisdicción, habida cuenta de que las controversias sobre Derecho internacional privado casi siempre se ventilan ante los Tribunales; y es bien conocida la importancia que la competencia ejerce sobre la Ley aplicable. Una tercera corriente incluye además los problemas derivados de la condición de los extranjeros en virtud de que la capacidad de goce, a saber, la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, constituye un planteamiento previo al de conflicto de leyes; y los diversos ordenamientos jurídicos establecen diferentes incapacidades de

goce en razón de la extranjería de las personas. Por último, los franceses acostumbran agregar el estudio de la nacionalidad, no sólo por motivos didácticos, sino también por la estrecha interdependencia entre las cuestiones de nacionalidad y de conflicto de Leyes con las de condición de los extranjeros; aparte de la importancia práctica que la nacionalidad tiene en el sistema francés para la determinación de la ley competente <sup>(1)</sup>.

La posición de la doctrina y de los cursos universitarios venezolanos puede estimarse ajustada a la corriente francesa, que atribuye al Derecho internacional privado el estudio de cuatro grandes campos: nacionalidad; condición de los extranjeros; conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones <sup>(2)</sup>.

Fácilmente se comprende cómo el análisis de los antecedentes históricos del Derecho internacional privado en esta dimensión cuatripartita, haría necesario investigar el desarrollo de los más variados textos legales. Por tanto, razones de técnica y de uniformidad abonan en el sentido de restringir los esfuerzos al objeto propio y específico del Derecho internacional privado, es decir, a los problemas planteados por la escogencia de la Ley aplicable a un supuesto de hecho de la vida real que aparece conectado con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes.

Ahora bien, la estructura fundamental del Derecho internacional privado venezolano, así entendido, se encuentra en escasos artículos del "Título Preliminar" del Código civil. Con vista de esta realidad resulta indudable que sus antecedentes históricos corren paralelos a los de la Codificación civil, ya que las ideas y directrices de los modelos utilizados dejarán sentir su huella, más o menos profunda, en esos pocos preceptos sobre Derecho internacional privado; y el conocimiento de su fuente originaria o de su procedencia permitirá pretender la superación del "hibridismo antagónico" de nuestro sistema, en

(1) Razones similares explican la inclusión por los autores anglo-americanos del estudio del domicilio: debido a su importancia para determinar la ley aplicable.

(2) En el último programa que se enseña en la Universidad Central de Venezuela ha sido eliminada la única tesis relativa a la condición de los extranjeros; y lo mismo ocurre en la Universidad Católica Andrés Bello. Supresión justificada por la escasa influencia que en nuestra Legislación tiene la extranjería respecto de la capacidad de goce de las personas.

frase feliz del recordado Maestro doctor LORENZO HERRERA MENDOZA <sup>(3)</sup>.

Nuestro primer Código civil fue promulgado el 28 de octubre de 1862: el estudio de los antecedentes del sistema venezolano de Derecho internacional privado durante la época anterior, impone investigar principalmente las variadas tentativas en pro de la codificación civil, y las cuales arrancan de las propias raíces del movimiento emancipador.

## 2

En efecto, una vez decidida la independencia de la Madre Patria, la Junta Suprema Conservadora de los Derechos de Fernando VII hizo la Convocatoria para elecciones generales, a fin de integrar el Primer Congreso Constituyente de la República, que se instaló en Caracas el 2 de marzo de 1811; los diputados elegidos, criollos o españoles europeos, en número de cuarenta y cuatro, representaron las diversas tendencias o matices de la opinión, y constituyeron, al decir de CARACCILO PARRA PEREZ, "los hombres más notables no sólo de aquel tiempo sino de toda nuestra historia civil. Patricios, letrados, sacerdotes, grandes propietarios, formaron una Asamblea llena de luces y patriotismo, insigne cual ninguna en el Continente y comparable al mejor cuerpo legislativo de los países europeos" <sup>(4)</sup>.

No debe extrañar, por tanto, que una de las primeras preocupaciones del Congreso Constituyente fuera la de promulgar un Código civil y criminal cónsono con las nuevas estructuras sociales; así lo decidió el 8 de marzo de 1811 <sup>(5)</sup>. En el acta

(3) HERRERA MENDOZA, Lorenzo. "La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad", en "Estudios sobre Derecho internacional privado y Temas conexos", Caracas, 1960. págs. 140-151.

(4) PARRA PEREZ, Caracciolo. "Historia de la Primera República", Tomo I, Caracas, 1959, pág. 473.

(5) En el acta de la sesión del 8 de marzo de 1811 se lee: "En el día 8, se comisionó a los señores Don Francisco Xavier de Ustáriz, Don Fernando Peñalver, Don Juan Bermúdez, Don Manuel Vicente Maya y Don Ramón Méndez para que formasen un plan de reforma sobre la administración de justicia en las Ciudades y Pueblos de las Provincias confederadas". ("Gazeta de Caracas", Tomo III, nr. 150 correspondiente al 12 de abril de 1811. Publicaciones de la Academia Nacional de la Historia con motivo del Sesquicentenario de la Independencia, Tomo 22, Caracas 1959, Volumen II).

de la sesión del día siguiente, 9 de marzo de 1811, se lee: "Y se comisionó igualmente a Don Francisco Espejo, Don Miguel Sanz, Don José Domingo Duarte, Don Francisco Berrio, Don José María Ramírez, Don Francisco Xavier Yanes, Don Dionisio Franco, y Don José Ignacio Ustáriz, para que formasen un Código civil y criminal, que tuviese por principal objeto la simplicidad y brevedad de los juicios, y la recta y segura administración de justicia" (6).

Había sido creada nuestra Primera Comisión Codificadora.

También fue deseo del Congreso obtener la colaboración de todas las personas de buena voluntad, a pesar de las dificultades existentes, y así lo hizo público en "Noticia" aparecida en la "Gazeta de Caracas" del 5 de abril de 1811 (7).

### 3

No pudieron realizarse, sin embargo, los deseos del Constituyente y fue necesario incluir, en la Carta Federal, sancionada el 21 de diciembre de 1811, un último artículo concebido en

(6) "Gazeta de Caracas", Tomo III, nr. 150 correspondiente al 12 de abril de 1811.

(7) "Gazeta de Caracas", Tomo III, nr. 149 correspondiente al 5 de abril de 1811. La "Noticia" referida en el texto dice como sigue: "Congreso de Venezuela. El Congreso general de Diputados de las Provincias de Venezuela, desde el día de su instalación, no ha cesado de formarse todos los días que no son feriados, quando menos quatro horas en cada uno de ellos, en todos los quales se ha ocupado incesantemente en el examen y aprobación de un Reglamento formado para la división de los Poderes legislativos, ejecutivo y judicial: en elegir y nombrar los funcionarios de los últimos: en destinar o dar a las repetidas representaciones y memoriales de las partes el debido curso que deben llevar, o Tribunales que las deben sustanciar y decidir; y repartir en comisiones dentro y fuera del Congreso, la formación de varios Planes y proyectos de Constitución, de formación de un Código Civil y criminal, y de reforma de varios ramos que la necesitan con más urgencia que otros; y a pesar de que las más de las Sesiones son públicas a fin de que los Ciudadanos sean espectadores del interés con que los Representantes del Pueblo discurren y sostienen sus derechos; conviene, no obstante, que en los Lugares distantes de esta Ciudad, se instruyan también sus vecinos de las materias y asuntos que ocupan al Congreso, y de las decisiones que se acuerdan al fin de cada mes. Querríamos presentar por consiguiente al público, todos los debates que en él hay, el modo de pensar de cada Diputado en las materias que se discuten, y todo el pormenor de las Sesiones, pero como carecemos de Tachigrafos, que lleven la palabra al que está actualmente hablando, nos contentaremos por ahora con poner las decisiones, y no el todo de los debates, o las razones que se hayan propuesto de una y otra parte; pues aunque el Secretario estampa en el libro de acuerdos las más poderosas razones, y aun ha puesto todo el debate alguna vez, como esto no puede ser con la firmeza que presta la tachigrafía, se ha tenido a bien diferir el estampar los debates para quando se presenten artistas que puedan destinarse únicamente a ello".

los siguientes términos: "Entretanto que se verifica la composición de un Código civil y criminal, acordado por el Supremo Congreso en 8 de marzo último, adaptable a la forma de Gobierno establecido en Venezuela, se declara en su fuerza y vigor el código que hasta aquí nos ha regido en todas las materias y puntos que, directa o indirectamente, no se opongan a lo establecido en esta Constitución" (8).

### 4

La capitulación del Generalísimo Francisco Miranda en 26 de marzo de 1812, que puso fin a la Primera República, y las contingencias del movimiento emancipador imposibilitaron un tratamiento legislativo del problema en los años subsiguientes.

Tan pronto se restableció la continuidad de la vida republicana surgió nuevamente la urgencia de promulgar un Código de Leyes patrias conforme a los intereses y necesidades del País. Simón Bolívar, en su Mensaje al Congreso de Angostura, el 15 de febrero de 1819, advirtió al Soberano Cuerpo: "...nuestras Leyes son funestas reliquias de todos los despotismos antiguos y modernos; que este edificio monstruoso se derribe, caiga y apartando hasta sus ruinas, elevemos un Templo a la Justicia; y bajo los auspicios de su santa inspiración, dictemos un Código de Leyes venezolanas. Si queremos consultar monumentos y modelos de Legislación, la Gran Bretaña, la Francia, la América Septentrional los ofrecen admirables..." (9).

(8) Una disposición idéntica se encuentra en el artículo 326 de la Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812, ("Las Constituciones Provinciales", Publicaciones de la Academia de la Historia con motivo del Sesquicentenario de la Independencia, Tomo 7, Caracas, 1959, págs. 135-136). Esta preocupación por redactar un Código civil se encuentra también en la Constitución de la Provincia de Barcelona del doce de enero de 1812, cuyo Artículo Sexto, bajo el Rubro "Poder, Autoridad y Funciones de la Corte General", decía como sigue: "El pueblo soberano de la República de Barcelona delega exclusivamente al Cuerpo Legislativo o Corte General en sus dos respectivas Salas, para que sean tratadas y deliberadas, bajo las formas prescritas, las funciones siguientes: ...Códigos Generales. 3. Bajo el nombre general de Ley se comprenden los actos concernientes a la formación de un Código civil, criminal y judicial, en cuya compilación ocupará principalmente sus atenciones" ("Las Constituciones Provinciales", op. cit. pág. 205).

(9) BOLIVAR, Simón. "Proclamas y Discursos del Libertador", publicados bajo la inspección de Vicente LECUNA. Caracas, 1939, pág. 228.

Tal advertencia del Libertador fue recogida por los Congresos de la Unión Colombiana. Sin embargo, se vieron precisados a "dirigir preferentemente su atención al orden político, administrativo, para crearlo todo: y todo lo crearon, en efecto, al calor de su ardiente patriotismo, y a pesar de los grandes disturbios que agitaban la vasta Nación" (10).

La organización, pues, se limitó al campo político y administrativo, y el aspecto ofrecido por las leyes civiles era el de un verdadero caos, explicable tal vez por la circunstancia de que en materia legislativa la autoridad real española nunca fue tan completa como la de la Corona inglesa o incluso la de los mismos Reyes de Francia. Nada de extraño tiene, por tanto, que "hasta el siglo XIX las Leyes de España consistieron en una serie de complicaciones sistematizadas de manera más o menos vaga, completadas por innumerables leyes especiales, ninguna de las cuales quedaba derogada, sino que eran consideradas todas ellas como de efecto acumulado" (11).

Y ante la urgencia de una pauta acerca del sistema jurídico vigente en el país, la Carta Fundamental del 6 de octubre de 1821, sancionada en la Villa del Rosario de Cúcuta, se vio en la necesidad de disponer en su artículo 188: "Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso" (12).

(10) ZULOAGA, Nicomedes. "Códigos y Leyes": artículo recopilado en el Tomo 14 de las Publicaciones de la Presidencia de la República bajo el rubro "La Doctrina Positivista", Caracas, 1961, págs. 451-452.

(11) YNTEMA, Hessel E. "Introducción al Derecho Romano de Don Andrés Bello", Obras Completas de Don Andrés Bello, Tomo XIV, Caracas, 1959, pág. XXXV. En el mismo sentido lo afirma ANIMAL DOMINICI: "Inmensa era la masa que en el transcurso de más de ochocientos años se había formado en España con los diversos fueros, códigos, ordenanzas y reglamentos, sancionados por las Cortes y por los Reyes de distintas épocas..., inextricable su estudio y aplicación...". ("Comentarios al Código civil venezolano", Tomo I, Caracas, 1897, págs. 5-6). Podrá observarse cómo será precisamente éste uno de los motivos básicos para fundamentar la necesidad de una Codificación civil venezolana.

(12) El Proyecto de Constitución presentado el primero de mayo de 1828 en la Convención de Ocaña, por los Diputados antibolivarianos, incluyó un precepto idéntico al transcrito, bajo el número 309; y el proyecto presentado por los Diputados partidarios de Bolívar el 28 de mayo de 1828, en su artículo 232 previno en términos similares: "Quedan en vigor las leyes que han regido hasta aquí y que no sean contrarias a esta Constitución, hasta que sean debidamente derogadas por el Poder Legislativo" ("El Pensamiento Constitucional Hispano-americano hasta 1830", Volumen II, Publicaciones de la Academia de la Historia con motivo del Sesquicentenario de la Independencia, Tomo 41, Caracas, 1961, págs. 70 y 122, respectivamente).

## 5

De esta manera el problema no fue resuelto; solamente diferido. Así lo reconoció la mente preclara del Libertador, Simón BOLIVAR, quien, no obstante encontrarse en plena campaña, por Decreto expedido el 31 de enero de 1825 desde el Palacio Dictatorial en Lima, creó una Comisión con objeto de "formar un proyecto de Códigos civil y criminal, y presentarlo, con la brevedad posible, al Gobierno, y para que éste lo someta al Congreso" (art. 2º); la cual quedaría compuesta "del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, del doctor don Francisco Valdivieso, del doctor don José Cabrera y Salazar, del Presidente de la Corte Superior, de los doctores Don Miguel Tadeo Fernández de Córdoba, don Ignacio Ortiz de Ceballos, don José de Larrea y Loredó, don Manuel Tellería, don Ignacio Moreno, don José Armas, don Justo Figuerola y don Agustín Quijano, antiguo Conde de Torre Velarde" (art. 1º).

Y en sus Considerandos dice el Decreto: "II. Que el régimen de la República demanda urgentemente esta organización como conforme con la Ley fundamental, y como la única capaz de evitar las dudas y contradicciones que con frecuencia se advierten en la aplicación de las Leyes: III. Que este objeto no puede lograrse sino por medio de un proyecto de Códigos civil y criminal que se forme por una comisión especial que facilite las tareas del Congreso" (13).

## 6

Ningún resultado positivo parece haber resultado de esta nueva iniciativa. Sin embargo, ante la necesidad creciente de tomar providencias en la materia, el Congreso Gran Colombiano dictó la ley del 13 de mayo de 1825, arreglando el procedimiento civil de los Tribunales y Juzgados de la República, en cuyo artículo primero se previno:

"El orden con que deben observarse las leyes en todos los Tribunales y Juzgados de la República, civiles, eclesiásticos, o militares así en materias civiles como criminales es el siguiente:

(13) "Decretos del Libertador". Publicaciones de la Sociedad Bolivariana de Venezuela. Tomo I. (1813-1825), Caracas, 1961, pág. 356.



te: 1: Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo. 2º: Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República: 3º: Las Leyes de la Recopilación de Indias. 4º: Las de la Nueva Recopilación de Castilla. Y 5º: Las de las Siete Partidas" (14).

Lógica consecuencia del anterior dispositivo era declarar, como en efecto lo hizo el artículo segundo de la misma Ley, que "no tendrán vigor ni fuerza alguna en la República las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno español posteriores al 18 de marzo de 1808; ni las expresadas en el artículo anterior en todo lo que directa o indirectamente se opongán a la Constitución o a las Leyes y Decretos que haya dado o diere el Poder Legislativo" (15).

Quedó, pues, vigente el régimen jurídico anterior, mientras no hubiera sido derogado o contradijera el sistema impuesto por los Legisladores independientes, y se mantuvieron así los presuntos males que pretendían evitarse: "La Legislación española, —nos dice NICOMEDES ZULOAGA—, que naturalmente continuó rigiéndonos, de por sí difícil y complicada, y ya envejecida e incapaz de servir a las nuevas exigencias sociales, debía hacerse cada vez más extraña a un país inspirado en ideas muy distintas de las que informaron aquéllas" (16).

## 7

Tal estado de cosas se mantuvo al separarse Venezuela de la Gran Colombia. Don MIGUEL PEÑA, Secretario del Interior, en la Memoria que presentara el 20 de abril de 1830 al Congreso Constituyente reunido en Valencia, expresamente lo reconoció en los siguientes términos: "Las leyes del régimen anterior han continuado en el presente con vigor: VE— no ha hecho por la Secretaría de mi cargo más alteraciones que las que

(14) "Cuerpo de Leyes de la República de Colombia (1821-1827)". Publicación del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961, págs. 352-353.

(15) "Cuerpo de Leyes de la República de Colombia (1821-1827)", Caracas, 1961, pág. 353.

(16) ZULOAGA, art. cit., págs. 451-452.

demandaban indispensablemente la naturaleza de los movimientos, o la utilidad común bien marcada" (17).

El Congreso Constituyente, ante la necesidad de establecer pautas generales sobre la materia y por la falta de tiempo para "examinar detenidamente las reformas que demanden las leyes en el orden judicial", por Resolución del 14 de octubre de 1830, se limitó a disponer: "En el orden judicial continuarán observándose las leyes y decretos expedidos por los Congresos de Colombia que hasta ahora han regido, y que no sean contrarios a la Constitución ni leyes sancionadas por este Congreso Constituyente..." (18).

Sin embargo, los esfuerzos del Congreso no se redujeron a este Decreto: pretendió también establecer sólidas bases para una consciente reforma legislativa y el propio 14 de octubre de 1830 nombró tres Comisiones que debían redactar los Códigos Penal y de Procedimiento criminal, y una Ley de Jurados. Los señores Francisco Javier Yáñez, Rufino González y Francisco Díaz integraron la Comisión del Código penal; la del Código de procedimiento criminal quedó compuesta por José Domingo Duarte, Vicente del Castillo y J. Rafael Blanco; y el Proyecto de Ley de Jurados debía ser preparado por los señores José María Vargas, Manuel López Humérez y Pedro Pablo Díaz (19).

## 8

Ningún resultado práctico había producido la iniciativa del Congreso Constituyente de Venezuela (20) y ante la imperiosa necesidad de promulgar Códigos propios, ajustados a las exi-

(17) "Acta de Instalación del Congreso Constituyente de Venezuela. Mensaje del Gefe Civil y Militar al Congreso Constituyente, Contestación y Memorias de los Secretarios del Ministerio, etc., etc.". Imprenta Venezolana por Joaquín Peñalver. Valencia, 1830, pág. 23.

(18) RDLDV, Tomo I, nr. 55, pág. 95. Se declararon "derogados los Decretos del General Simón Bolívar".

(19) "Actas del Congreso Constituyente de Venezuela", Tomo II, pág. 323. La correspondencia notificando a los nombrados se encuentra en: "Congreso Constituyente. 1830". Tomo VI, folios 30-34. Existe también un Proyecto de Decreto, del 15 de septiembre de 1830, tendiente a designar Comisiones Codificadoras. ("Congreso Constituyente. Actos Legislativos. Constitución. 1830". Tomo III, pág. 116). (Los anteriores documentos se encuentran en la Biblioteca del Congreso Nacional).

gencias nacionales, el Secretario del Interior, doctor ANDRES NARVARTE, en la Memoria que presentara el 31 de enero de 1832 al Congreso de la República, le hizo las siguientes consideraciones:

“Las leyes españolas, copiadas en gran parte de las de los romanos, o dictadas para una monarquía absoluta, presentan a cada paso tropiezos y embarazos a la rápida marcha de la administración de justicia... Estas leyes que envuelven contradicciones en sí mismas la tienen también con las de Venezuela... Más no se ha hecho todavía el discernimiento que podría disipar las dudas en este y otros casos semejantes; ni puede gloriarse Venezuela de tener una legislación propia, en que se hayan consultado sus peculiares circunstancias: apenas se puede decir que ha recibido como legado de Colombia un cúmulo de leyes, heterogéneas en su origen, e incombina- bles para su aplicación, en las cuales lejos de encontrar los ciudadanos el escudo de sus derechos y la pronta reparación de sus agravios, tienen siempre que sufrir las consecuencias de un procedimiento incierto, lento y perjudicial a sus intereses, aun cuando por término a sus afanes y sacrificios, se decreta por los tribunales el triunfo de la justicia contra las pretensiones de los que querían oscurecerla. Tal es la confusión que presentan nuestras leyes, por falta de una, que fije el método sencillo de proceder en las diversas especies de juicios, que puedan promoverse de mayor cuantía” (21).

(20) Solamente la Comisión Encargada de preparar la Ley de Jurados presentó el respectivo proyecto al Congreso de 1832. Tampoco había conducido a resultado práctico alguno la iniciativa privada en materia de codificación, cuyos esfuerzos pueden igualmente remontarse a los albores de nuestra vida independiente. En efecto, la “Sociedad Económica de Amigos del País”, creada por Decreto de 26 de octubre de 1829, del General José Antonio Páez, en el año de 1830 encomendó a los señores Tomás Sanavria, Pedro Pablo Díaz y José María Rojas, la redacción de un Proyecto sobre el establecimiento de un Tribunal mercantil, labor en la cual también intervinieron las Comisiones de Comercio y Agricultura de dicha Sociedad. La primera estaba integrada por Juan de la Madriz, José Ignacio Díaz, Dr. Carlos Arvelo y Pedro Machado; la segunda se encontraba constituida por Elías Mocatta, José Ventura Santana, Juan Rivero, Dr. José Angel Alamo, Juan Tomás Zaldarriaga y Juan Nepomuceno Chávez. El Proyecto en cuestión se comenzó a leer en la Sesión de la Sociedad Económica de Amigos del País correspondiente al seis de noviembre de 1831, habiéndose concluido su discusión el 20 del mismo mes, oportunidad en la cual fue aprobado; se acordó entonces “pasar una copia en limpio al Sr. Secretario de Estado en despacho del interior, y así se verificó” (“Sociedad Económica de Amigos del País. Memorias y Estudios. 1829-1839”, Tomo I, Caracas, 1958, págs. 45 y 65; El Proyecto de Ley aparece publicado en el mismo Libro, Tomo I, págs. 135-140).

(21) MMRI, 1832, “Poder Judicial”, págs. 13-14-15.

## 9

El 29 de enero de 1833 la Cámara de Representantes comenzó a discutir un Proyecto de Decreto para crear una Comisión encargada de redactar los Códigos civil, criminal, militar y de comercio, con sus respectivos procedimientos (22), compuesta por cinco miembros designados por el Congreso de dentro o fuera de su seno. Se previó una remuneración de seis pesos diarios y veinticinco para gastos mensualmente, aun cuando podría también acordarse una recompensa especial “a que se hayan hecho acreedores los individuos de la Comisión por este gran servicio a la Nación”.

Aprobado el Decreto, fue precedido de los siguientes Considerandos:

“1º Que rige en la República casi toda la legislación del antiguo sistema colonial; 2º Que muchas de esas leyes son ya oscuras, ya complicadas y ya opuestas a los principios que hacen la riqueza y la dicha de las Naciones; 3º Que la confusión y el desorden de las leyes altera la paz individual, aleja la confianza y obstruye las vías de la prosperidad; 4º Que es de absoluta necesidad que las leyes puedan ser conocidas de todos los ciudadanos y esas no están escritas en el lenguaje nacional; 5º Que han sido inútiles las medidas del Congreso Constituyente sobre la materia” (23).

La Cámara del Senado, sin embargo, no llegó a consumir este esfuerzo en pro de la codificación nacional.

## 10

Ante el fracaso de esta iniciativa, el doctor DIEGO BAUTISTA URBANEJA, en la Memoria que en su carácter de Secretario del Interior presentara al Congreso el 20 de enero de 1834, se sintió obligado a hacer la siguiente advertencia:

(22) El Proyecto de Decreto presentado a la Cámara de Representantes era de una Comisión para redactar los Códigos civil, criminal, militar y de comercio (art. 1º). A propuesta del Representante RENDON se le agregó que debía también redactar “sus respectivos procedimientos”. El Proyecto fue considerado en las sesiones del 29, 30 y 31 de enero de 1833 (“Cámara de Representantes. Comisión Preparatoria. Económico. Misceláneas. 1833”). Tomo 41, págs. 159 vto. al 161. (Biblioteca del Congreso Nacional).

(23) El texto del Proyecto aparece en el mismo volumen a los folios 164 vto. y 165.

“No es posible que en el extremo a que han llegado las cosas en esta materia, haya un solo diputado a quien no afecte el asombro público por la perpetuidad de los pleitos; por las sinuosidades del procedimiento; por la inseguridad consiguiente de las propiedades, por la falta de confianza que éste produce y por la fuerza con que esta rémora detiene el movimiento nacional y la prosperidad. A tal extremo han llegado las cosas, que ninguna reforma dejará de ser buena... Mucho debe influir en el desorden el cuerpo de la Legislación porque diseminada en Leyes de partida, de Castilla, de Indias, de Colombia, de Venezuela, en autos acordados, cédulas, pragmáticas y órdenes reales, es imposible que haya concordancia, orden, claridad y precisión en esa ciencia que se creó para asegurar la vida, el honor y la prosperidad del hombre: pero que ya caduca, representa entre nosotros todo el desarrollo y el horror de la decrepitud viciosa. Un Código civil, un procedimiento breve y preciso, una severa responsabilidad de los jueces, la libertad de arbitramento y aún su necesidad, si una de las partes lo pide y la prudente introducción del juicio por jurados en lo criminal son los grandes bienes que el pueblo y el Gobierno espera de ella” (24).

## 11

El Congreso del año siguiente, por Decreto de 7 de abril de 1835, que se limitó a transcribir los Considerandos del Proyecto aprobado por la Cámara de Representantes en 1833, pretendió superar tal estado de cosas (25): y fue creada una Comisión codificadora compuesta por el Licenciado Francisco Aranda, el doctor Francisco Díaz, el General Francisco Carabaño, el doctor Tomás Hernández Sanabria y el señor Juan Nepomuceno Chávez, para redactar los proyectos de Códigos civil, criminal, militar y de comercio, con sus respectivos procedimientos (26).

La Comisión nada presentó, a pesar de haberse asignado cuatro mil pesos a cada uno de sus integrantes: estaba a pun-

(24) MMRI, 1834, “Procedimiento”, págs. 51-52.

(25) RDLDV, Tomo I, nr. 188, pág. 219.

(26) ZULOAGA, art. cit. pág. 453.

to de instalarse cuando estalló en Caracas el 8 de julio de 1835 la llamada “Revolución de las Reformas” y el General Francisco Carabaño tomó posición del lado de los insurgentes (27).

## 12

El fracaso de esta nueva iniciativa repercutió en la opinión pública, cada vez más consciente de la necesidad de la obra codificadora, como garantía de una mejor administración de Justicia. En un artículo de la publicación aparecida el 15 de enero de 1836 con el nombre de “La Oliva”, que circulaba cada quince días en Caracas, bajo el rubro “Congreso” se lee lo siguiente:

“Es igualmente de una necesidad vital para el país, que el Congreso vuelva a tomar en consideración la redacción de los códigos, frustrada por la conspiración de Julio, y por la infidencia de uno de los nombrados para este importantísimo trabajo; mas entre tanto se forman aquéllos, creemos que se haría a la patria un mal gravísimo, si no se reformasen las leyes sobre procedimiento judicial. Una experiencia hartamente nos demuestra a cada paso sus perniciosos resultados: los crímenes quedan impunes, y los pleitos se alargan indefinidamente en provecho de ciertos hombres, en perjuicio de la propiedad, de la industria y de la moral, y en descrédito de la administración de justicia, que ya entre nosotros bien poco merece este nombre. Nuestros voluminosos códigos, y aún la misma confusión de nuestras Leyes no causarían tantos males, con un sistema judicial más arreglado, y más conforme con los intereses individuales” (28).

De igual manera el Poder Ejecutivo volvió a insistir al Congreso reunido en 1836 acerca de la necesidad de la codificación nacional. El propio doctor JOSE MARIA VARGAS, Presidente de la República, en su Mensaje del 20 de enero de 1836 reiteró al Congreso: “A la Exposición que os hice por el Ministerio del Interior en 12 de marzo del año pasado del cuadro lamenta-

(27) El General Francisco Carabaño, en su carácter de Comandante Militar de Puerto Cabello, ofreció al General Páez, el 27 de febrero de 1836, entregar la plaza al Gobierno con la condición de que le concedieran pasaportes y garantías para salir del País, tanto a él como a sus compañeros (José GIL FORTOUL, “Historia Constitucional de Venezuela”, Tomo II, Caracas, 1930, pág. 190).

(28) “La Oliva”, Caracas, 15 de enero de 1836, pág. 12.

ble de la administración de justicia, muy poco tengo que añadir. En ella recomendé entre otras medidas, la redacción de los Códigos..." (29).

Y el Secretario del Interior, doctor JOSE SANTIAGO RODRIGUEZ, en la Memoria presentada al Congreso el 3 de febrero de 1836 recordó al Soberano Cuerpo:

"En orden al procedimiento, considero muy débil todavía la más vigorosa excitación que el Gobierno hiciera por mi órgano al Cuerpo Legislativo con el fin de obtener reforma. Ha llegado a un extremo, el más alarmante, la situación de los pueblos en el ramo. El clamor de los que piden justicia ha herido vivamente la sensibilidad del Jefe de la Administración. Este clamor de todos, robustecido por la experiencia que hace preferible la pérdida de los derechos más claros a la menor discusión judicial, por la eternidad de los trámites, por la ruina que ellos preparan y por la inseguridad en que están las propiedades de todos, no es posible que halle ensordecidos a los encargados de promover la dicha de sus comitentes. La tolerancia de los pueblos esperando en cinco legislaturas el remedio de un mal que se ha llamado la gangrena de la República, no es concebible, señores, que se extienda más. Nos hallamos a mi ver en el último punto a que la paciencia humana puede ser conducida" (30).

### 13

El Congreso de 1836 "acometió la obra de la codificación con tanta urgencia reclamada y supo para su gloria, ofrecer al país en el Código de procedimiento de 19 de mayo de 1836" obra

(29) "Mensaje del Presidente de Venezuela al Congreso de 1836", Caracas, 1836, pág. XIX. No hemos encontrado en la Memoria del Secretario del Interior correspondiente a 1835, la exposición a que hace referencia el Supremo Magistrado. En la página XX de su Mensaje, agrega el Presidente: "Fue nombrada la Comisión de los Códigos que no llegó a ser instalada a causa de los trastornos de julio..."

(30) MMRI, 1836, "Negocios de justicia. Organización de Tribunales y Procedimiento en los Juicios", pág. 11. Y a la página 13, bajo el rubro "Códigos Nacionales", se lee: "Estaba ya por instalarse la Comisión nombrada por el Congreso para redactar los Proyectos de Códigos Nacionales, cuando estalló la Revolución de Julio. Desde entonces el Ejecutivo no ha podido pensar en otra cosa, que en acelerar la conclusión de la guerra. Conforme al Decreto de la materia, el Congreso se ocupará de llenar la vacante por la defección de uno de los miembros de la Comisión".

del Licenciado FRANCISCO ARANDA, "una ley de notable mérito por su claridad y sencillez" (31).

Contiene este cuerpo legal una de las primeras normas expresas del sistema venezolano de Derecho internacional privado al determinar la ley aplicable a la forma de los poderes conferidos fuera de la República. Y el artículo 4º de la Ley Primera, Título Primero, se limitó a consagrar la vigencia del principio *locus regit actum* en los términos siguientes: "Si el poder ha sido otorgado en País extranjero, debe tener las formalidades que se exijan en dicho país, y venir además legalizado por un Magistrado del lugar donde se haya otorgado, y traducirse al castellano por un intérprete jurado" (32).

El único comentarista patrio de este precepto, el doctor LUIS SANOJO, tan solo reproduce el contenido del artículo cuando dice: "El poder otorgado en país extranjero debe tener las formalidades que ahí se exigen para los que han de obrar fuera de aquella Nación". No obstante agrega: "Al que note de falso aquel documento le toca probar su aserción"; y de esta manera señala la existencia de una presunción legal, que se resume en imponer la carga de la prueba a quien impugne la autenticidad del instrumento (33).

A pesar de la claridad del texto surgieron dudas en su aplicación práctica, y con fecha 31 de octubre de 1837 la Suprema Corte de Justicia adoptó el siguiente Acuerdo:

"En la ciudad de Caracas a 31 de octubre de 1837, 8º y 27º, reunidos los señores Presidente y Ministros de la Suprema Corte de Justicia habiendo tomado en consideración la consulta que se le ha dirigido por la Corte Superior de Justicia del Tercer Distrito acerca de la duda que le ocurre si la legalización de un poder otorgado en país extranjero, hecha por uno o más escribanos, sea bastante, atendida la disposición del artículo 4º, Ley 1ª, Título 1º, del Código de Procedimiento Judicial, dijeron que el sentido literal de aquel artículo y

(31) ZULOAGA, art. cit. pág. 453.

(32) RDLDV, Tomo I, nr. 236, pág. 310. No es sino en 19 de marzo de 1839, cuando se dicta el Decreto sobre intérpretes, y en el Considerando que lo precede se admite: "Que las leyes de la República y especialmente las del año 14º reconocen la existencia de intérpretes; pero ninguna de ellas determina el modo con que se han de nombrar tales empleados ni sus atribuciones". (RDLDV, Tomo I, nr. 363, pág. 507).

(33) SANOJO, Luis. "Comentarios al Código de procedimiento judicial de Venezuela", Caracas, Imprenta de Sanojo y Escobar, 1857, pág. 9.

las reflexiones en que está fundada la misma duda, hacen indispensable la necesidad de consultar al Poder Legislativo. Mas como entre tanto pueden ocurrir poderes que vengan sólo legalizados o comprobados por dos o tres escribanos con arreglo a las leyes del país en que se otorguen, y como esto traería en la práctica gravísimos e insuperables inconvenientes, entorpeciendo o sofocándose las justas reclamaciones de muchos interesados, al mismo tiempo que las leyes han querido facilitar, y hacer más pronta y expedita la administración de justicia, y que si por los Tribunales de la República no se recibiesen semejantes poderes, los Gobiernos en que se hubiesen formalizado rehusarían también los otorgados en estos lugares, porque careciesen de las formalidades establecidas en ellos, teniendo también presente que por el artículo 22 Ley única y Título 11 del mismo Código, las consultas que hagan los Tribunales sobre la inteligencia de alguna Ley en ningún caso deben suspender el curso y determinación de los asuntos, debiendo en tal caso decidirse por fundamentos tomados del derecho natural o de la razón, esta Corte Suprema, siguiendo estos mismos principios, acuerda que por ahora, y hasta la declaración del Congreso se admitan los poderes comprobados en la forma, y con arreglo a las leyes establecidas en el país en donde se otorgan; y que para el efecto se dirija el expediente en consulta al mismo Congreso por el órgano del Poder Ejecutivo con las formalidades acostumbradas; avísese a la Corte Superior del Tercer Distrito, y también a la del Segundo para su inteligencia. Ldo. Mercader. López de Umérez. Martínez. Duarte" (34).

El artículo 4º de la Ley Primera, Título Primero, de la Ley del 19 de mayo de 1836, al utilizar los términos "debe tener", parece pronunciarse por el carácter obligatorio de la ley del lugar del otorgamiento para regular la forma de los poderes conferidos en el extranjero; aun cuando conviene advertir cómo el Acuerdo del Supremo Tribunal hizo referencia a la finali-

(34) Pedro P. DEL CASTILLO. "Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente", Tomo I, Valencia, 1852, pág. 76; Tomo III, Valencia, 1852, pág. 93. La Suprema Corte de Justicia tenía atribuciones para dictar el referido Acuerdo, de conformidad con el ordinal 10, artículo 147 de la Constitución de 24 de septiembre de 1830 que la facultaba para "Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna lei, y consultar sobre ellas al Congreso por el conducto del Poder Ejecutivo, si las considerase fundadas para la conveniente declaratoria" (RDLDV, Tomo I, nr. 1, págs. 13-14).

dad de facilitar y hacer más pronta y expedita la administración de justicia, recalando de esta manera la conveniencia de satisfacer los intereses de los particulares. Con vista de estas exigencias pudiera afirmarse la facultad para éstos de cumplir con las formas exigidas por otra legislación, en particular, con la Ley venezolana ante los funcionarios competentes de la República en el extranjero: sin embargo, esta última vía se encontraba cerrada durante el período histórico en estudio, debido a la falta de textos legales que facultaran a nuestros Representantes Diplomáticos o Consulares para autorizar el otorgamiento de poderes (35).

## 14

El Congreso de la República sancionó igualmente en sus sesiones de ese año, la Ley del 24 de mayo de 1836, por medio de la cual se establecieron las Oficinas de Registro, suprimiéndose las escribanías. Fue ordenado a las Oficinas Subalternas

(35) Las normas vigentes durante esta época fueron: El Decreto del 28 de junio de 1824, "en que se determinan las obligaciones que deben cumplir, prerrogativas de que deben disfrutar y uniforme con que deben presentarse los representantes de la República en las naciones extranjeras"; el Decreto del 15 de julio de 1824, "sobre las obligaciones, facultades y responsabilidad de los cónsules generales, particulares, vicecónsules y agentes comerciales de la República de Colombia residentes en países extranjeros y emolumentos que podrán percibir en razón de sus oficios"; ("Cuerpo de Leyes de la República de Colombia (1821-1827)", Caracas, 1961, págs. 195-196 y 212-215, respectivamente); la Ley de 30 de abril de 1847 "estableciendo consulados y agencias comerciales de la República en plazas extranjeras" (RDLDV, Tomo II, nr. 644, págs. 372-376). En ninguno de ellos se previó la posibilidad de que nuestros Representantes en el exterior pudieran autorizar el otorgamiento de poderes. Fue tan sólo en el Decreto del 5 de junio de 1862, cuando expresamente se le atribuyó tal facultad, en el artículo 37, así concebido: "Los poderes, así especiales como generales para obrar ante las justicias, Oficinas y Tribunales de la República, pueden ser extendidos y autorizados por los Cónsules y Agentes comerciales en los lugares de sus distritos, y siéndolo por los Notarios y Oficiales públicos del país, deberán ser siempre autenticados por dichos cónsules o Agentes comerciales, para que pueda hacerse uso de ellos judicial u oficialmente" (RDLDV, Tomo IV, nr. 1316, pág. 137). Sin embargo, este Decreto quedó insubsistente por Disposición del General Juan Crisóstomo Falcón del 8 de agosto de 1863, según la cual "se declaran en su fuerza y vigor las leyes civiles y criminales que estaban vigentes el día 15 de marzo de 1858, en todo aquello en que directa o indirectamente no se oponga al sistema federal proclamado por los pueblos", excepción hecha del Código de comercio (RDLDV, Tomo IV, nr. 1357, pág. 229). Por otra parte, cabe significar cómo la Ley de 16 de junio de 1865 sobre consulados y agencias comerciales de la República en países extranjeros, no reprodujo el artículo 37 del Decreto de 1862 (RDLDV, Tomo IV, nr. 1501, págs. 392-398).

llevar, entre otros, Protocolos de nacimientos, muertes y matrimonios, que "se extenderán en la forma que determine el Código Civil" (36). De esta manera, y según lo advierte NICOMEDES ZULOAGA, se revela de modo manifiesto como el Legislador de 1836, "aunque no quiso resolver desde luego la creación de los Registros civiles, abrió paso a la idea para cuando se discutiera el proyecto de Código civil" (37). Igualmente queda comprobado el firme propósito y la intención del Poder Legislativo de dictar un Código civil propio en un futuro cercano.

## 15

La iniciativa y los esfuerzos realizados en favor de la Codificación civil por el Congreso Nacional en el año 1836 produjeron como resultado negativo el desinteresar provisionalmente al Poder Ejecutivo de estas labores. Y así lo hizo saber el Secretario del Interior, JOSE BRACHO, en la Memoria que presentara el 17 de enero de 1837: "...atendiendo el Gobierno a la escasez del Tesoro Público y a que parece que el Congreso ha tomado a su cargo tan importante negocio, puesto que ha dado ya el Código de procedimiento, y se preparan los trabajos para los demás, resolvió en el expediente, que quedase en suspenso el proceder y se diese cuenta de dicha Resolución al Congreso" (38).

(36) RDLDV, Tomo I, nr. 281, pág. 360. En el mismo sentido dispusieron los artículos 10 y 11 de la Ley del 17 de marzo de 1838 (RDLDV, Tomo I, nr. 316, pág. 404), los cuales, derogados por el Decreto del 20 de febrero de 1863 (RDLDV, Tomo IV, nr. 1.329, págs. 210-211), no vinieron en realidad a ser sustituidos sino por el Decreto del 20 de octubre de 1867 (RDLDV, Tomo IV, nr. 1.632, págs. 731-741), en virtud de haber sido declarado insubsistente el Decreto de 1863 por Disposición del 8 de agosto del mismo año, una vez triunfante la Revolución Federal.

(37) ZULOAGA, art. cit. págs. 454-455. Esta misma circunstancia fue advertida por el Secretario del Interior, Angel QUINTERO, en la Memoria que presentara al Congreso el 20 de enero de 1841, cuando dijo: "Prevenido está por el art. 10 de la Ley de Registros que las Oficinas Subalternas lleven con entera separación los protocolos de nacimientos, matrimonios y muertos; pero por el artículo siguiente se dispuso, que estos registros se extendiesen en la forma que determinase el Código civil, y todavía no se ha presentado a la Legislatura el Proyecto de este Código..." (MMRI, 1841, "Población. Registro Civil", pág. 13).

(38) MMRI, 1837, "Códigos Venezolanos", pág. 32.

## 16

Dentro de estos esfuerzos tendientes a resolver los problemas que planteaba la administración de justicia, ante la diversidad de fuentes imperantes en nuestro país, se encuentra la Ley de 3 de mayo de 1838, por medio de la cual fue establecido el orden de observación de las leyes en todos los Tribunales y Juzgados de la República, civiles, eclesiásticos o militares, así en materias civiles como en criminales. Y se dispuso la siguiente prelación:

"1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo; 2º Las decretadas por los Gobiernos de Colombia hasta 1827 inclusive; 3º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República; 4º Las Leyes de la Recopilación de Indias; 5º Las de la Nueva Recopilación de Castilla; 6º Las de las Siete Partidas" (39).

Fácilmente puede observarse cómo la idea directriz que informa esta Ley, adicional al Código de Procedimiento civil, es la misma que inspiró las disposiciones del 13 de mayo de 1825, dictadas por el Congreso de la Gran Colombia, y la Resolución del 14 de octubre de 1830 del primer Constituyente venezolano, una vez efectuada la Separación de la Gran Colombia.

Y de igual manera que en 1825, el artículo 2º de la Ley sancionada en 1838, dispuso: "En consecuencia, no tendrán vigor ni fuerza alguna en la República, las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno español posteriores al 18 de marzo de 1808, ni las expresadas en el artículo anterior en todo lo que directa o indirectamente se opongan a la Constitución o a las leyes y decretos que haya dado o diere el Poder Legislativo" (40).

## 17

El Secretario del Interior y Justicia, doctor DIEGO BAUTISTA URBANEJA, en la Memoria que presentara el 20 de enero de 1839

(39) RDLDV, Tomo I, nr. 351, pág. 482.

(40) RDLDV, Tomo I, nr. 351, pág. 482.

recordó de nuevo la importancia de la obra codificadora: "Grande sería el bien que hiciera el Congreso a la República expidiendo los Códigos a que se refiere el Decreto de 7 de abril de 1835, porque en ellos encontrarían fácilmente todos los venezolanos cuáles eran sus derechos y deberes; cuáles las acciones prohibidas y cuáles las penas señaladas; y podrían fácilmente saber, qué tenían que reclamar y cumplir y qué debían evitar, a diferencia de hoy que existiendo tantas leyes antiguas y modernas, tan diferentes y aún si se quiere contradictorias y diseminadas en tantas compilaciones, no saben a qué atenerse. El resultado sería evitarse multitud de pleitos y delitos que produce esta ignorancia y por consiguiente disfrutar la sociedad de mayor orden y tranquilidad" (41).

## 18

Y el 20 de enero de 1840, RAMON YEPEZ, en la Exposición que dirigió al Congreso de Venezuela en su carácter de Secretario del Interior y Justicia, le recomienda la reforma de la Ley de 3 de mayo sobre procedimiento criminal, "sin aguardar a la formación de los Códigos, obra que necesita de algunos años para llevarse a cabo, aun cuando en esta Legislatura hubiera de nombrarse la comisión de que habla el Decreto de 7 de abril de 1835..." (42).

## 19

Nuevo impulso recibió la Codificación civil en el Congreso reunido en 1840: el Decreto de 18 de abril de 1840 ordenó redactar tres Proyectos de Códigos, "a saber: el civil, el criminal y el de comercio, con sus respectivos procedimientos", por una Comisión compuesta de tres miembros principales y tres suplentes, elegidos de dentro o fuera de su seno, por el Congreso en Cámaras reunidas. Los integrantes de la Comisión devengarían doscientos cincuenta pesos mensuales y estarían obligados a presentar los Proyectos en el lapso de dos años a

(41) MMRI, 1839, "Códigos", pág. 32.

(42) MMRI, 1840, "Ley de 3 de mayo de procedimiento criminal", pág. 30.

partir de la fecha de su instalación, en esta ciudad de Caracas (43).

Fueron designados para integrar la Comisión codificadora recién creada los Licenciados Francisco Aranda y Juan José Romero, y el doctor Francisco Díaz: se reunieron el 9 de mayo de 1840 y designaron Presidente al Licenciado Francisco Aranda, quien en tal carácter se dirigió al Secretario del Interior y Justicia, "participando que la Comisión había convenido en que el Sr. Dr. Francisco Díaz, continuara en el desempeño de su empleo de Juez de Primera Instancia de esta ciudad, y dicho Sr. Aranda en el de Administrador de la Aduana de La Guayra, por haber manifestado ambos disposición para hacer este servicio sin perjuicio del trabajo de la Comisión. Habiendo por otra parte manifestado al Gobierno el Sr. Dr. Francisco Díaz que no tomaría más que el sueldo que le correspondía como tal Juez de Primera Instancia, ha resultado que sólo el Ldo. Juan José Romero ha entrado a gozar de la indemnización acordada por el art. 6º de dicho Decreto, porque los demás siguen percibiendo el sueldo de los respectivos empleos que actualmente ejercen" (44).

## 20

En los años subsiguientes el Secretario del Interior y Justicia mantiene informado al Congreso de la República acerca del progreso de los trabajos de la Comisión, que en última instancia resultaron nugatorios.

En 20 de abril de 1842, el doctor ANGEL QUINTERO, en la Memoria respectiva, le hace saber que el Licenciado Francisco Díaz, para contraerse más a los trabajos de la Comisión, "se separó por algunos meses del Juzgado de Primera Instancia que sirve en esta capital; aunque es natural que los haya retardado la circunstancia de haber sido llamado el Sr. Aranda

(43) RDLDV, Tomo I, nr. 399, pág. 564. Francisco ARANDA y Juan Nepomuceno CHAVEZ ejercían la Presidencia de la Cámara del Senado y de la Cámara de Representantes, respectivamente, cuando se dictó el Decreto de 18 de abril de 1840: ambos habían integrado la Comisión codificadora creada por el Decreto del 7 de abril de 1835.

(44) MMRI, 1841, "Códigos Nacionales", pág. 6: Presentada al Congreso el 20 de enero de 1841, por el doctor Angel QUINTERO.

en 22 de mayo último a desempeñar la Secretaría de Hacienda, y haber ido el Sr. Romero en comisión a Demerara" (45).

El doctor ANGEL QUINTERO, nuevamente en su carácter de Secretario del Interior y Justicia, en la Memoria presentada al Congreso de la República, el 20 de enero de 1843, señala como la Comisión codificadora no pudo concluir sus trabajos dentro de los dos años previstos por el Decreto de 1840; y que el Poder Legislativo, consciente de las dificultades existentes, había colocado una partida en el Presupuesto para pagar el sueldo de los comisionados. "Con este apoyo, y con el voto favorable del Consejo de Gobierno, resolvió el Poder Ejecutivo que continuasen los trabajos, y uno de los redactores ha seguido percibiendo la indemnización señalada" (46).

"El 1º de abril último —continúa el Ministro— presentó la Comisión al Poder Ejecutivo los dos primeros libros del Código de comercio y se pasaron al Consejo de Gobierno: se imprimieron y circularon a las Cortes Suprema y Superiores de Justicia y a algunos comerciantes. El Consejo los ha examinado, ha hecho sus observaciones, se han publicado por medio de la prensa y se os pasarán. Puedo informaros que el Sr. Romero, encargado especialmente de la redacción del Proyecto de Código de Comercio, ha presentado a la Comisión los demás libros de que debe componerse, y que ésta tiene ya muy adelantada su discusión" (47).

El Secretario del Interior y Justicia, JUAN MANUEL MARRIQUE, en 30 de enero de 1844, informó al Congreso Nacional: "La Comisión formada para su formación ha continuado discutiendo el de comercio, y ha presentado al Gobierno, por partes en dos distintas épocas del año último todo el libro tercero. El Consejo de Gobierno ha considerado la primera parte, y se ha publicado en la Gaceta con sus observaciones. Actualmente está considerando la segunda parte. La Comisión acabará pronto de discutir lo que falta para completar el proyecto de Código de Comercio, y sin duda durante el curso de las sesiones del Congreso podrá presentársele íntegro para que pueda tomarlo en consideración" (48).

(45) MMRI, 1842, "Códigos Nacional", pág. 8.

(46) MMRI, 1843, "Códigos Nacionales", pág. 4.

(47) MMRI, 1843, "Códigos Nacionales", págs. 4-5.

(48) MMRI, 1844, "Códigos Nacionales", pág. 6.

FRANCISCO COBOS FUERTES, con fecha 4 de febrero de 1845, en su carácter de Secretario del Interior y Justicia, hizo saber al Congreso de la República: "En el Presupuesto formado en las sesiones del año próximo pasado no se incluyó ninguna cantidad para el pago de los miembros de la Comisión; así es que el único de ellos que recibía su correspondiente asignación, sólo la tuvo hasta el 30 de junio del año económico pasado. Esto no obstante, los comisionados han continuado sus trabajos y ofrecen pasar al Gobierno dentro de poco tiempo la ley orgánica y de procedimiento mercantil que es el complemento del Código de comercio. No seguirán discutiendo los demás, según expresa el Presidente de la Comisión, mientras que el Congreso no manifieste su voluntad en ese sentido. Conocerán las Honorables Cámaras la conveniencia de que se continúe una empresa tan adelantada ya, como provechosa a la Nación. Está ya perfeccionado el Código de comercio constante de cuatro libros, de los cuales los dos primeros se han pasado a la Honorable Cámara de Representantes con las observaciones del Consejo que actualmente está examinando los dos últimos. Muy pronto tendré la satisfacción de remitirlos a la Cámara donde se han introducido los primeros" (49).

Y en su Memoria de 20 de enero de 1846, el mismo FRANCISCO COBOS FUERTES, señala como "...el Consejo de Gobierno ha excitado oportunamente a terminar el examen del libro 5º del Código de comercio presentado por la Comisión, y el cual trata de la organización y régimen de los Tribunales mercantiles..." (50).

## 21

El propio Congreso de la República obtuvo directamente noticia acerca del adelanto de los trabajos de la Comisión designada para la reforma de los Códigos nacionales.

(49) MMRI, 1845, "Comisión de Códigos", págs. 12-13. Efectivamente, el Decreto del 12 de mayo de 1840, contenido del Presupuesto de 1840-1841, incluyó la siguiente partida: "Comisión de Códigos. Por Bs. 9.000,00 que corresponden por sueldos a los encargados de su redacción y 600 ps. más para escribiente y gastos de escritorio... 9.600,00" (RDLDV, Tomo I, nr. 418, pág. 587). La misma partida se encuentra en el Decreto del 19 de mayo de 1843, contenido del Presupuesto 1843-1844 (RDLDV, Tomo II, nr. 507, pág. 162), pero no aparece en el Decreto del 2 de junio de 1845, correspondiente al Presupuesto para 1845-1846 (RDLDV, Tomo II, nr. 578, pág. 268).

(50) MMRI, 1846, "Administración de Justicia", pág. 7.



En efecto, el 29 de enero de 1844, fue introducido en la Cámara del Senado un Proyecto de Decreto, reformativo del aprobado en 18 de abril de 1840, que preveía la redacción de los Códigos civil, criminal y de comercio, con sus respectivos procedimientos (art. 1º), a través de una Comisión compuesta por trece miembros del Congreso, uno por cada provincia, bien Senador o Representante; y la cual, una vez instalada, debía recibir los Proyectos de la Comisión creada en 1840 (art. 4º) (51).

La Cámara resolvió someterlo a estudio de la Comisión Primera y Segunda del Interior, para que recabase las correspondientes noticias de la Comisión nombrada en 1840; y en cumplimiento de este encargo, recibió del Licenciado FRANCISCO ARANDA, con fecha 3 de febrero de 1844, informe en el sentido de que muy pronto terminarían los trabajos sobre el Código de comercio "por el miembro encargado especialmente de redactarlo"; y de que "concluido que sea el Proyecto de Código de Comercio, si la Comisión subsiste, se ocupará en el Proyecto de procedimiento mercantil, y sucesivamente en los del Código civil y del penal, y en sus respectivos procedimientos".

Igualmente el Licenciado FRANCISCO ARANDA hizo saber en esa oportunidad: "Las causas porque no se han concluido estos Proyectos, son la larga y grave enfermedad que padeció al principio uno de los miembros de la Comisión, y la ausencia de otro por algún tiempo fuera del país en cierta comisión del Gobierno, sin hablar de lo arduo y laborioso de la obra. No se atreve la Comisión a fijar el tiempo en que todos o cada uno de los Proyectos restantes puedan quedar concluidos; pero sí cree que desde ahora no faltará materia más que suficiente para lo que puedan las Cámaras discutir y aprobar en cada año" (52).

Habida cuenta de tales noticias, la Comisión Primera y Segunda del Interior del Senado, el primero de marzo de 1844, se pronunció porque continuara sus trabajos la Comisión co-

(51) "Senado. Proyectos Archivados. Objetados. Rechazados. Asuntos Resueltos. Diferidos. Determinados". 1851. Tomo 251, págs. 95-97, (Biblioteca del Congreso Nacional). Sobre el particular cabe mencionar que el Senado en 29 de marzo, 2 y 9 de abril de 1842 había aprobado un proyecto de Decreto que ordenaba se imprimieran y sometieran los trabajos de la Comisión de Códigos al examen del Consejo de Gobierno, de las Universidades y de las Cortes de Justicia; habiendo sido pasado dicho Proyecto a la Cámara de Representantes en 9 de abril de 1842 (op. cit. págs. 88-91).

(52) ID. págs. 99 y 99 vto.

dificadora existente, con el deber de rendir cuenta de sus trabajos al Congreso todos los años al iniciarse sus sesiones; y con vista de este Informe, en la misma fecha, el Senado acordó diferir el examen del Decreto creando una Comisión codificadora del Congreso, hasta conocer el resultado del Proyecto en estudio en la Cámara de Representantes sobre prórroga de la Comisión de Códigos (53).

## 22

Los sucesos del 24 de enero de 1848 representan la culminación de la etapa que se conoce como de predominio de la "Oligarquía Conservadora" en el manejo de los negocios públicos venezolanos; y desde esa fecha la República deberá enfrentarse a un nuevo periodo histórico, caracterizado por el personalismo de los Generales José Tadeo y José Gregorio Monagas. Los nuevos gobernantes se complacen en virulentas críticas contra el grupo político desplazado, resumidas en la Memoria presentada al Congreso Nacional por ANTONIO LEOCADIO GUZMAN, en su condición de Ministro del Interior y de Justicia el 10 de enero de 1849, el "documento más notable de esta época, así por las reformas que propone como por pintarse aquí su carácter apasionado, rencoroso y contradictorio" (54).

En materia de codificación, advierte ANTONIO LEOCADIO GUZMAN: "Grande es la falta que hacen los Códigos nacionales, para cuya formación se han disipado caudales y tiempo sin rubor. La Legislación haría un bien eminente dictando una medida que asegurase para el año siguiente la presentación de los proyectos respectivos" (55).

(53) Id. pág. 105. En efecto, la Cámara de Representantes había admitido a discusión el 24 de abril de 1843 un Proyecto de Decreto prorrogando por dos años más el término de la Comisión de Códigos creada en 1840. A requerimiento del Senado, en tres de febrero de 1847, notificó que su estudio se "halla diferido en Segunda discusión desde el 17 de febrero de 1845"; y finalmente, en 13 de febrero de 1851 la Cámara de Representantes informó al Senado, de la negativa del "Proyecto que cursaba en ella desde 1843, y de cuya admisión se dio aviso a VS., con fecha cuatro de abril del mismo año, prorrogando por dos años el término de la Comisión de Códigos" (Id. págs. 85, 93 y 105).

(54) GIL FORTOUL, op. cit. Tomo III, Caracas, 1930, pág. 21. "En los primeros párrafos emplea un lenguaje más propio del polemista que del hombre de Estado, apelando a recursos indignos de su empleo de Ministro", agrega GIL FORTOUL.

(55) MMRI, 1849, pág. 8.

De igual manera se pronuncia abiertamente ANTONIO LEONARDO GUZMAN por la necesidad de consagrar el matrimonio civil: "Declarada la libertad de conciencia y la de cultos en nuestras instituciones, es incomprensible como exista todavía vigente la disposición por la cual, el contrato matrimonial haya de celebrarse esciusivamente ante los curas católicos. Esto equivale a llamar a los extranjeros, y prohibirles que formen familias lejitimas en el país. Es prescribirles indirectamente, en su mayor número, que no se fijen entre nosotros: es barrenar la moral, y autorizar la corrupción. Es prohibir el matrimonio aún a venezolanos por naturalización y por nacimiento. El matrimonio es, y ha sido siempre, un contrato civil. Son leyes civiles las que lo autorizan, las que lo hacen indisoluble, las que lejitiman los hijos habidos en él, las que apropian y distribuyen las herencias, y las que definen los derechos y deberes de los cónyuges. Fue después de la declaración de ser una y esclusiva la religión de España, y después de estrañados los no creyentes y los heterodoxos, que se pudo permitir que el contrato matrimonial se celebrara ante un párroco, y no ante el majistrado de cada vecindario. Urje pues, es de primera necesidad, que sin perjuicio de que los contratantes católicos ocurran ante su párroco y eleven a sacramento su unión conyugal, el contrato se declare previamente por las partes y quede contraído ante el Juez respectivo, y quede allí registrado, para que pueda ser válido en todos los efectos civiles. Es en esta Ley que pudiera suprimirse el impedimento de la diversa creencia, y cualquier otro que no fuese el parentesco en los grados que el derecho excluye, o la falta de edad, o el diferente compromiso contraído de antemano. Dejo a cargo de los Honorables Senadores y Representantes la consideración de todas las ventajas que envuelve esta reforma" (56).

(56) MMRI, 1849, pág. 17. Sobre este tema informa el doctor Nicomedes ZULOAGA: "Para saber cuál era el sentimiento de las personas ilustradas en la materia del matrimonio civil, basta saber que en 1842 la Academia de Jurisprudencia de Caracas, que era una asociación de Abogados, discutió las siguientes tesis: "1ª Si la autoridad civil ha tenido y ejercido siempre la facultad de arreglar los matrimonios. 2ª Si las doctrinas eclesiásticas, especialmente la del Concilio de Trento, han estorbado a la autoridad civil el ejercicio de dicha facultad. 3ª Si conviene a Venezuela establecer el matrimonio civil". Y la corporación, casi por unanimidad, sostuvo la afirmativa de la 1ª y 3ª tesis y la negativa de la 2ª, encargando a los señores Licenciado Aranda y doctor Reyes (este último uno de los más notables codificadores de 1873), que recapitulasen los trabajos para que se formase un compendio u opúsculo que se publicara" (op. cit. págs. 464-465).

## 23

En el año siguiente, el 20 de enero de 1850, el Secretario del Interior y Justicia, MANUEL M. QUINTERO, insiste nuevamente al Congreso Nacional en la necesidad de reformar la administración de justicia: "Ya que no sea dado obtener prontamente la formación de los Códigos que demanda el progreso de las luces y el estado de la sociedad, por lo menos logre la República una buena organización de sus tribunales y un procedimiento fácil, espedito y que dé todas las garantías necesarias" (57).

## 24

Las Comisiones del Interior de la Cámara del Senado, atendiendo el requerimiento hecho tanto por el Presidente de la República, General JOSE GREGORIO MONAGAS, en el párrafo final de su Mensaje del 22 de marzo de 1851, como al del Secretario del Interior y Justicia de 25 de abril del mismo año, recomendaron el nombramiento de una Comisión Legislativa permanente de la Cámara del Senado. La propuesta encontró acogida favorable y fueron designados Miembros Principales: Francisco Aranda, Estanislao Rendón, José M. Rivero y Simón Planas; y como Suplentes: Juan Antonio Barboza, Narciso Carrera, Wenceslao Casado y Mauricio Blanco (58).

La Comisión así creada se instaló el cinco de marzo de 1851, dictó su propio Reglamento e hizo la respectiva participación a las Secretarías del Interior y de Justicia y a la de Hacienda. El primero de los referidos Despachos, "deseoso de prestar a la Comisión la debida cooperación en el cumplimiento de su importante encargo, excitó a la Corte Suprema de Justicia para que trasmitiese a éste, observaciones sobre la reforma de las Leyes, y se le envió, además el proyecto de Código de comercio, único trabajo que, de la antigua Comisión de redacción de Códigos, existía en esta Secretaría" (59).

(57) MMRI, 1850, "Administración de Justicia", pág. 8.

(58) *Gaceta de Venezuela*, n° 1.016, correspondiente al 18 de mayo de 1851, págs. 171-172.

(59) MMRI, 1852, "Comisión Permanente del Senado", pág. 22.

Sin embargo, el Despacho de Hacienda no se consideró facultado para autorizar el pago de los miembros de la Comisión, porque a su entender los sueldos debían ser aprobados por ambas Cámaras y no tan sólo por la del Senado. Nada de extrañar tiene que sus integrantes sólo sesionaran hasta el 29 de septiembre de 1851<sup>(60)</sup> y que fracasara de esta manera una nueva tentativa para encauzar la codificación nacional.

No obstante, el doctor JOAQUIN HERRERA, en la Memoria que dirigiera al Congreso de la República el 20 de enero de 1852, en su carácter de Secretario del Interior y Justicia, insiste en la necesidad de un órgano especial encargado de la preparación de los proyectos legislativos: "Una comisión permanente de ambas Cámaras legislativas, localizada en la capital de la República, donde con más evidencia se palpa el manifiesto anhelo de adelanto, que de tanto tiempo atrás preocupa la opinión nacional: al frente de las exigencias que aparecen a cada instante como consecuencia necesaria de nuestra condición política actual: con conocimiento y estudio de los antecedentes, de los defectos, vacíos e inconvenientes que presentan las leyes en su ejecución: auxiliada por la cooperación franca y gustosa del Poder Ejecutivo, para el logro de su importante y honrosa misión; y en contacto con la Suprema Corte de Justicia que tan patriótica y voluntariamente se ha mostrado dispuesta a prestarle su ilustrado contingente, debe llenar sin duda alguna, cumplidamente el fin de su misión"<sup>(61)</sup>.

## 25

Ante la dilación del Poder Legislativo en proveer a la República de Códigos Nacionales, no debe extrañar que eminentes juriconsultos pretendieran facilitar el conocimiento de las leyes vigentes. Mención especial corresponde al doctor PEDRO PABLO DEL CASTILLO quien, luego de innumerables dificultades, pudo publicar en Valencia en 1852 el primer Tomo de su "Tea-

<sup>(60)</sup> "Senado. Asuntos Determinados. Resueltos. 1852", Tomo 262, págs. 174-331. Las Actas de las sesiones se encuentran de los folios 223 a 239 ("Biblioteca del Congreso Nacional").

<sup>(61)</sup> MMRI, 1852, "Comisión Permanente del Senado", págs. 24-25.

tro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente"<sup>(62)</sup>. En esta Obra el autor recopiló, en forma de diccionario, "todas las leyes, decretos y resoluciones de los Congresos de Colombia y de Venezuela, vigentes, con numerosas ilustraciones, e importantes análisis comparativos; los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo de Colombia, del Libertador y del Poder Ejecutivo de Venezuela, los Acuerdos de la Corte Suprema, los Tratados Públicos y otras varias disposiciones de sumo interés".

La redacción de la obra implicaba gran esfuerzo intelectual y un verdadero sacrificio económico. Se explica, por tanto, que la Cámara de Representantes, luego del satisfactorio informe de la Comisión especial designada al efecto<sup>(63)</sup>, aprobara el 16 de marzo de 1850 un Proyecto de Decreto para cooperar en la impresión de tan importante trabajo. El Senado de la República, sin embargo, y de acuerdo con la propuesta de la respectiva Comisión, se pronunció en el sentido de diferir para otra Legislatura el correspondiente subsidio, habida cuenta "del estado aflictivo de las arcas de la República y de sus numerosos compromisos en la actualidad"<sup>(64)</sup>. No vino a ser sino en 28 de marzo de 1854 cuando el auxilio fue acordado, por Decreto del Congreso que recibió el Ejecútese con fecha primero de abril<sup>(65)</sup>.

<sup>(62)</sup> Con anterioridad habían sido publicadas algunas otras Colecciones tendientes a facilitar el conocimiento de las leyes vigentes en la República. Adolfo DOLLERO informa: "Antonio Leocadio Guzmán, leader liberal, recopiló hasta 1827, "Registro de Legislación Colombiana" y "Registro de Legislación Venezolana" hasta 1843... En 1846 se imprimió en Barcelona de Venezuela, "Pronuario de Legislación Venezolana", con notas del Dr. Pedro P. Del Castillo y de G. Hood". ("Cultura de Venezuela", Tomo I, Caracas, 1933, pág. 280). En 1851 el doctor Pedro Pablo del Castillo en unión del doctor Julián Viso, había publicado en Valencia, Imprenta Nueva a cargo de N. Carrasquero, el "Código de Procedimiento Ilustrado", "con notas sobre el derecho español y doctrinas de los pragmáticos, en lo que se relacionan con dicho Código, y con los acuerdos y práctica de los tribunales supremo y superiores sobre varios casos"; libro este que, como lo indica la "Advertencia Preliminar", "para la generalidad vendrá a servir además como de una pequeña biblioteca de jurisprudencia teórico-práctica".

<sup>(63)</sup> La Comisión estuvo integrada por el doctor Miguel Anzola, Jaime Alcázar y Pbro. Dr. José Manuel Arroyo.

<sup>(64)</sup> "Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente", Tomo I, Valencia, 1852, pág. VIII.

<sup>(65)</sup> RDLDV, Tomo III, nr. 873, pág. 141. El auxilio consistió en la suma de cuatro mil pesos, que se entregaría en el término de un año; sería reintegrada "en todo o en parte con el valor de los ejemplares que juzgue necesario tomar el Poder Ejecutivo para las oficinas públicas; y el déficit, si lo hubiere, en dinero efectivo. Unico. Estos ejemplares se estimarán en una quinta parte menos del valor porque se den al público" (artículo 3º); y para garantizar el reintegro establecido debía constituir fianza "a contento del Poder Ejecutivo" (art. 4º).

Fácilmente se comprende la utilidad del libro del doctor PEDRO PABLO DEL CASTILLO, al permitir la consulta, en forma rápida y accesible, de los innumerables textos que contenía la Legislación vigente en la República. Así lo advierte el propio autor en su Prólogo al primer tomo: "Y cuanto no ha debido ser el estudio que hemos tenido que emplear, cuántos los documentos que poseer y examinar, para llenar el vasto plan de esta obra! Juzgamos no estar demás decir que estos han sido: La colección de gacetas de Colombia desde el año de 21 hasta nuestra transformación política. El cuerpo de sus leyes. Los Decretos del Libertador. El registro oficial. La colección de gacetas de gobierno desde el año de 27 hasta el de 31. La de gacetas de Venezuela hasta la fecha. Los cuerpos de sus leyes. Las colecciones de Memorias de los Secretarios del Despacho desde 1831. Los Tratados públicos. Los Acuerdos de la Corte Suprema, y varios otros más, entre los cuales hay muchos inéditos, cuya consecución nos ha costado gran trabajo" (66).

La importancia de esta obra, como sustituto transitorio de los Códigos Nacionales en su función de facilitar y agilizar la administración de Justicia, fue recalcada por el Diputado doctor MIGUEL ANZOLA. Al intervenir en la Segunda Discusión del Proyecto de Decreto sometido a la Cámara de Representantes en el año de 1850, tendiente a suministrar un subsidio al doctor Pedro Pablo del Castillo, reiteró el estado caótico de nuestro sistema jurídico: "...en este país en que la legislación está tan confusa, porque se encuentra diseminada en varios volúmenes; en este país donde quizá no hay esperanza de que en largo tiempo salgan a luz los Códigos nacionales, que es a mi entender a lo que el Congreso debía prestar toda preferencia, en este país en que las materias están diseminadas, porque aquí tenemos leyes de todos los países del mundo desde Atenas hasta la última legislatura, pues hay disposiciones vigentes de las doce tablas" (67).

(66) "Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente", Tomo I, Valencia, 1852, pág. VI. Si tal dificultad de encontrar los documentos necesarios existía ya para esa época, puede fácilmente imaginarse cómo será en la actualidad, una vez transcurridos más de cien años de vida republicana. "Y todos estos documentos, —agrega DEL CASTILLO—, que nadie podría hoy adquirir sino en virtud de crecidas sumas, de cinco a seiscientos pesos quizá, y tal vez no completos, los tendrá puede decirse, refundidos en esta obra, por un insignificante precio, el que la posea" (Op. cit., Tomo I, pág. VI).

(67) Transcripción tomada del Prólogo de la obra "Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente", tomo I, Valencia, 1852, pág. X: Allí pue-

En artículo aparecido en el "Diario de Avisos y Semanario de Las Provincias", correspondiente al 27 de marzo de 1852, se lee: "...Aunque el año pasado se hizo una recopilación de nuestras leyes en un cuerpo, éste, a pesar de ser muy importante, no llena en parte, como la obra del Sr. Castillo, la falta de Códigos Nacionales, que ésta, por decirlo así, prepara, con la inserción de los decretos ejecutivos y del Poder Judicial, con el análisis de las leyes y con sus numerosas notas e ilustraciones..." (68).

Y en comentario aparecido en el número 8 de "Los Obreros del Porvenir", en el año de 1854 se afirma: "La obra del Dr. Castillo no es una obra meramente útil; es de absoluta necesidad, si se reconoce como preliminar indispensable para la obediencia a las leyes su promulgación y conocimiento. Nuestras leyes están todavía, y llevamos veinticuatro años de vida republicana, como las Leyes de aquel Emperador romano que las fijaba en lugares estrechos escritas con letra menuda y a grande altura para dificultar su conocimiento: entre nosotros no es difícil, es imposible" (69).

## 26

El 12 de marzo de 1853, y por escrito fechado en Valencia, el doctor JULIAN VISO se dirigió al Congreso de la República re-

den leerse las intervenciones favorables de los Diputados Miguel García Meza, Miguel Anzola, Jaime Alcázar, José Landaeta, José Ruiz y el Licenciado Pereira Lozada. En su intervención el Dr. Miguel Anzola se refiere al Prontuario de la Legislación Venezolana, mencionado en la nota 62, en los términos que siguen: "Señor, yo recuerdo aquí el beneficio que ha causado a los hombres que se ocupan en los asuntos judiciales, un ensayo de lo que ahora se pretende, tal es el "Prontuario de Legislación": todos los hombres que tengan que imponerse de precepto legal a que deban atenerse en este o aquel sentido, ocurren a él, y encontrando con facilidad la cita que sea, luego se ocurre al Código respectivo. Aquí (se refiere a la obra de DEL CASTILLO) hay la doble ventaja de que además de la cita, conforme al vocabulario, que es la vía que va a seguirse, se encuentra la disposición vigente con todas las glosas que se han hecho, si es en lo judicial por las Cortes, si en lo gubernamental por el Poder Ejecutivo, si en lo económico por el Tribunal de Cuentas, la Tesorería General, etc."

(68) Cita tomada del Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana, Tomo I, Valencia, 1852, Prólogo, pág. XVI. Se encuentra igualmente inserto un comentario favorable aparecido en "El Patriota", correspondiente al 13 de marzo de 1852, que reproduce otro publicado en "El Correo". La recopilación a que se hace referencia en el texto es la encomendada al señor Vicente Espinal, y la cual era un simple índice de la Legislación vigente, sin incluir los textos respectivos, y sin las glosas correspondientes.

(69) Cita tomada del Prólogo del Tomo II del "Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente", Caracas, 1854, pág. V.

quiriendo una ayuda "en la empresa de redactar los Códigos civil y penal y de los respectivos procedimientos". Con tal finalidad, y para justificar la erogación correspondiente, acompañó un Proyecto manuscrito de Código civil, todavía no concluido, con un pliego de Observaciones generales sobre el mismo <sup>(70)</sup>.

Explica el doctor JULIAN VISO en esas "Observaciones que dan una idea sintética del Proyecto de Código civil que se presenta al Congreso de la República": "En el plan del Código no entra la idea de variar en absoluto la sustancia del derecho actual, sino solamente la de ponerlo a la altura del movimiento intelectual de las Naciones más adelantadas y de concluir las numerosas divergencias de algunos jurisprudencias españoles sobre varios puntos de derecho" <sup>(71)</sup>.

Particular interés presenta considerar las fuentes de inspiración de este Proyecto inconcluso de 1853, pues ellas servirán de pauta para el análisis del que presentara definitivamente el 20 de enero de 1854 y aún para el estudio del Código civil del 28 de octubre de 1862, cuyo principal redactor fue el doctor Julián Viso. En este orden de ideas, afirma el señor Viso en su solicitud al Congreso: "...si puedo asegurar que, comparándose con los ocho Códigos que he consultado de diferentes países ilustrados, se me hará la justicia de creer, que he procurado buscar en el estudio de ellos lo mejor y más conveniente a nuestras costumbres y necesidades sociales..." <sup>(72)</sup>. Y la lectura de los comentarios contenidos en las "Observaciones"

<sup>(70)</sup> "Julián Viso al Congreso de la República presentando un Proyecto de Código civil", fascículo de ocho páginas publicado en Valencia, 1853, por la Imprenta de Juan de Sola, Esquina del Cuartel. El doctor VISO explana las razones particulares que le imponen solicitar la ayuda en los términos siguientes: "Siento no poder presentar concluido el proyecto de Código civil; pero siendo un abogado que vivo de mi trabajo profesional, mis ocupaciones diarias no me han permitido concluir lo poco que falta a aquél, aunque tengo hecho el estudio de las materias que comprenden los títulos que faltan. Me he formado la idea de redactar también el Código penal con los procedimientos de éste y del civil, si, como lo creo, el Congreso de mi patria me presta un auxilio eficaz para poder consagrarme exclusivamente a este laborioso y delicado trabajo, desatendiendo las ocupaciones que me dan el aliento de mi familia. ¡Ojalá fuera tan feliz que, viviendo de mis rentas, pudiera presentar a VE. los Códigos sin ningún género de auxilio de su parte; pero por desgracia mi familia vive de lo que gana el día anterior" (págs. 1-2).

<sup>(71)</sup> Id. "Observación Iª", pág. 3.

<sup>(72)</sup> Id., pág. 1. La indicación de haber consultado ocho Códigos de otros países se encuentra también en las "Observaciones". En la Décima octava, relativa al capítulo "De las Servidumbres" nos dice: "Muchos Códigos y varias doc-

permite establecer la consulta por parte de Julián Viso de los Códigos de Berna, Cerdeña, Francia, Holanda, Luisiana y Prusia, al mismo tiempo que los proyectos de Leyes hipotecarias de Holanda y Génova, y la Ley de Grecia.

Igualmente resulta indispensable conocer los autores extranjeros cuyas opiniones informaron de manera expresa las soluciones contenidas en los diversos artículos del Código, a fin de juzgar acerca de la actualidad del Proyecto para la época cuando fue escrito. En este sentido JULIAN VISO indica que las juiciosas "Observaciones sobre el Código Sardo de M. Portalis" le sirvieron para trazar el título "Del Goze y de la Pérdida de los Derechos Civiles" <sup>(73)</sup>. También señala 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>(74)</sup>; y que el Título "De la Posesión" se inspiró "en las obras de Savigny, Hugo y Nieburh", con el resultado de que, a su entender, "quedan resueltas la mayor parte de las cuestiones que con tanta sabiduría examinan Gómez y Llamas en sus Comentarios a la Ley 54 de Toro" <sup>(75)</sup>. La solución contenida en el Código de Cerdeña, conforme con el punto de vista de Mittermeier en su Manual de Derecho germánico, nr. 162, le fue útil para resolver la agitada controversia de saber si las cosas sin dueño pertenecen al Estado <sup>(76)</sup>; y la obra de Pothier, explicando la Legislación de Justiniano en materia de contratos y obligaciones, inspiró el título "De los Contratos y Obligaciones", aun cuando su estructura siguió el modelo del Código neerlandés <sup>(77)</sup>.

Fácilmente puede deducirse el conocimiento del doctor Julián Viso de las más recientes orientaciones doctrinarias y su

trinas hemos consultado, y basta ver el título correspondiente que figura en el índice, para convencerse que se ha examinado extensamente, quedando resueltas muchas cuestiones que se han agitado en el foro" (pág. 9); y en la Observación Décimo nona, referente al título "De los contratos y Obligaciones", se lee: "Permitásenos creer, que hemos logrado presentar un cuadro cabal sobre todos los puntos incidentales que abraza la materia que nos ocupamos, y que lo consideramos como el resumen de lo mejor que ha podido sacarse de ocho Códigos de diferentes Naciones que hemos examinado" (Id. pág. 7).

<sup>(73)</sup> Id. pág. 3.

<sup>(74)</sup> Id. págs. 4-5.

<sup>(75)</sup> Id. pág. 6.

<sup>(76)</sup> Id. pág. 7.

<sup>(77)</sup> Id. pág. 7.

amplia información, tanto más meritoria si se advierten las dificultades existentes en la época.

No debe extrañar, por tanto, que el Congreso de la República accediera en 23 de abril de 1853 a la solicitud presentada por el doctor Julián Viso (78) y lo auxiliara con un sueldo mensual de doscientos pesos, para que pudiera "continuar" los Proyectos de Código civil y penal, y sus respectivos procedimientos, con la obligación de entregarlos concluidos al término de dos años. Como recompensa por su trabajo le concedió el goce durante veinte años del derecho exclusivo de imprimirlos y venderlos por su cuenta, aun cuando toda publicación debía hacerse bajo la inmediata e imprescindible vigilancia del Poder Ejecutivo. De la cantidad así devengada por el Doctor Julián Viso, se restaría el auxilio acordado, en total cuatro mil ochocientos pesos, y para seguridad de este reintegro el solicitante debía prestar fianza a satisfacción del Gobierno Nacional (79).

Digna de especial mención es esta ayuda acordada por el Congreso de la República al doctor Julián Viso, si se considera que su nacimiento ocurrió en Valencia en 1822 y que tan sólo el 15 de julio de 1851, o sea, dos años antes, había obtenido su Grado de Doctor en Derecho civil en la Universidad de Caracas.

(78) Julián Viso dirigió su solicitud a la Cámara del Senado, la cual resolvió enviar el expediente a la Cámara de Representantes, en virtud de haberle ésta comunicado, el 13 de febrero de 1851, haber admitido a Discusión un Proyecto de Decreto reformativo de aquél que creara la Comisión Codificadora de 18 de abril de 1840. Y luego de los trámites constitucionales en ambos Cuerpos fue aprobada la ayuda pedida por el doctor Viso (*Senado. Actos Legislativos, 1853*, Tomo 273, págs. 379-393; Biblioteca del Congreso Nacional). De esta manera el Congreso respondió a la excitación que le había sido hecha por el Secretario del Interior y Justicia, Joaquín HERRERA, en la Memoria que rindiera el 20 de enero de 1853, cuando le dijo: "Hasta hoy no puede asegurarse que Venezuela tenga una legislación propia y estable, y preciso es que las Honorables Cámaras, persuadidas de lo importante que es a los intereses de los venezolanos todos, reformar de un modo definitivo y completo la administración de justicia, empleen todo su patriotismo y eficacia en expedir, en las presentes sesiones, tan apetecida reforma, confeccionando leyes de más perfección en la teoría, más aceptables y propias en la práctica y que sean más compatibles con los usos, costumbres y necesidades del país: preciso es que se dé a la Nación una legislación más perfecta y nacional" (MMRI, 1853, *Administración de Justicia*, págs. 7-8).

(79) RDLDV, Tomo III, nr. 840, págs. 94-95. Este Decreto legislativo derogó el de 18 de abril de 1840, que creó la Comisión Codificadora. El doctor Luis I. BASTIDAS comenta al respecto: "...ayuda esta reveladora de la importancia que atribuían los ciudadanos Congresantes a aquella altísima labor del doctor Viso, circunstancia que hace más inexplicable aún la actitud de indiferencia y de desidia de las Cámaras Legislativas ante el Proyecto mencionado..." (*Historia del Código civil venezolano* en *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Número 9, año 1959, pág. 10).

27

Gracias a este auxilio fue posible la conclusión del Proyecto de Código civil, que lleva como fecha el 2 de diciembre de 1853, y el cual, con la Exposición de Motivos, "en un libro en dieciseisavo, de más de trescientas páginas", apareció "publicado primeramente en Valencia en 1853, y luego en Caracas, en 1854, por la Imprenta del Teatro de Legislación, sita en la antigua calle Carabobo, casa n<sup>o</sup> 66" (80).

Tal circunstancia revela el indiscutible mérito del Proyecto: "Otro hecho simple, intrascendente en relación con la conclusión que de él vamos a referir, —indica el doctor PEDRO GUZMAN HIJO—, consiste en haber sido dado a la stampa en Valencia, antes de su presentación al Congreso y seguidamente a su presentación, a pesar del fracaso, en Caracas, lo cual significaba en la época una gran estimación por la obra. Piénsese en las dificultades tipográficas de entonces, en lo dispendioso del papel y en lo laborioso de la empresa que debía realizarse todo a mano, desde llevar los caracteres de plomo, uno a uno, al "componedor", hasta impulsar con sólo el brazo humano la máquina impresora. Casi puede asegurarse que la última impresión fue costeadada por el Estado, si es que la imprenta editora no era oficial. El escudo de Venezuela, de uso reglamentado, impreso en la cubierta del infolio publicado, confirma esta aseveración" (81).

En la exposición que con el Proyecto dirigió el 20 de enero de 1854 al Presidente de la República, General José Gregorio Monagas, el doctor Julián Viso, informa:

"El no es la obra de mi concepción, es sí el resultado de muchos siglos y de los esfuerzos de muchos sabios que han ilustrado la ciencia del Derecho. Sirven de base a mi trabajo, la legislación de Justiniano; la española, los códigos civiles de Francia, de las Dos Sicilias, de Cerdeña, de Holanda y de la

(80) Pedro GUZMAN, HIJO, "Nota Bibliográfica leída en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en la Sesión Solemne del 20 de enero de 1954, conmemorativa del Centenario de la entrega por el Dr. Julián Viso de su Proyecto de Código civil al General José Gregorio Monagas" en "Proyecto de Código Civil" del doctor Julián Viso. San Juan de Los Morros, Estado Guárico, Venezuela, 1955, pág. VII.

(81) GUZMAN, HIJO, art. cit. en op. cit., pág. X. Igualmente recalca este aspecto Fernando CHUMACEIRO CHIARELLI, citado por el doctor Augusto MIJARES en su folleto, "Don Julián Viso", Caracas, 1960, págs. 17-18.

Luisiana; las leyes hipotecarias de Grecia y Génova; la jurisprudencia establecida por varios decretos de la Corte de Casación de Francia y del Tribunal Supremo de Venezuela; y la doctrina de las grandes autoridades de Pothier, Merlin, Favard de Langlade, Portalis, Pardessus, Zachariae, Savigny, de algunos prácticos españoles y de Vidaurre que consagró su pluma a la República del Perú. Si algo me corresponde del mérito que pueda tener dicho proyecto será tan sólo el tino en la elección de los originales y el acierto de haber adoptado como base fundamental el Código civil de Francia..." (82).

Tal acopio de fuentes, señala certeramente el doctor AUGUSTO MIJARES, "nos asombran por la extraordinaria laboriosidad, que indican en el joven legislador" (83); y permiten concluir en la verdadera actualidad del Proyecto, con vista de nuestras necesidades efectivas y de las directrices imperantes en la ciencia jurídica de la época.

El Proyecto de Código civil fue presentado al Congreso de la República por el doctor Simón Planas, en su carácter de Secretario de lo Interior y Justicia (84). Y los párrafos pertinentes de la Memoria, rendida el 20 de enero de 1854, son suficientes para conocer la opinión del Poder Ejecutivo:

"Cumpliendo con el artículo 2º del Decreto legislativo del 2 de abril del año próximo pasado, el doctor Julián Viso ha presentado a este Ministerio un Proyecto de Código civil. Al dar cuenta de esta materia no puedo menos que hacer a las Honorables Cámaras una justa recomendación de los trabajos que hasta el día ha confeccionado aquel joven letrado en debido homenaje al acierto, luces y consagración con que han sido organizados por su autor. En lo general dicho Proyecto, aceptando las bases del derecho romano está calcado sobre el Código civil francés; pero con numerosas modificaciones nacidas de la diferencia de nuestras costumbres, de los mismos progresos que las legislaciones europeas han hecho sobre su antigua base, y de los diferentes datos suministrados por la experiencia y copiosa doctrina de los jurisconsultos... Si no fueran tan estrechos los límites de esta Exposición con gusto haría el análisis detallado de los diferentes títulos y leyes que forman cada uno de los cuatro libros en que está dividido el

expresado Proyecto; pero en honor y justicia al mérito de tan laborioso trabajo no dejaré de indicar a las Honorables Cámaras algunos puntos cardinales en que se ha mejorado el ilustrado plan del mismo Código francés... (85) ... Si se descende de la comparación con el Código francés a hacerla con el hacinamiento ocasional de nuestra Legislación actual, las mejoras y ventajas resultan inmensas, y el trabajo del Dr. Viso no puede menos que reputarse como altamente superior a lo que tenemos. Ya que ha habido un venezolano de patriotismo y de luces que haya emprendido la noble y laboriosa empresa de talar y cultivar las espesas selvas de la legislación que hasta ahora rige a Venezuela, es de justicia y de utilidad que el Congreso de la República, apreciando esas tareas se aproveche de ellas, mejorando la condición del ciudadano, que en lo general ignora cuáles sean sus derechos en las materias importantes que abraza un Código civil. Por otra parte, exigiendo la Constitución del Estado juramento a todos sus empleados de cumplir y hacer cumplir las leyes de la República, al tomarse dicho juramento se le induce a un evidente perjuicio, pues hoy quizás no son conocidas las leyes de Venezuela ni por los mismos profesores del Derecho positivo. Todo convence, Honorables Senadores y Representantes, que es un hecho de puro y efectivo patriotismo el facilitar los medios de dar códigos nacionales a la República, persuadidos también como debeis estarlo de que caso de ser malo el trabajo presentado es inmensamente peor el caos que hoy existe" (86).

(84) Tal circunstancia, señala GUZMAN, HIJO, permite afirmar que el Proyecto fue estudiado y aprobado en el seno del Poder Ejecutivo y especialmente por Don Simón Planas, o por personas aptas para el caso que merecían su confianza, pues de lo contrario no se explicaría su recomendación al Congreso (art. cit. en op. cit., pág. X).

(85) A este respecto se lee en la Memoria: "... El Dr. Viso se ha separado de los autores del Código francés que, abandonando la distinción esencial entre los derechos reales y personales y admitiendo el principio de que la propiedad de las cosas pueda ser adquirida por la sola voluntad de las partes, han ocasionado una gran confusión, cargo que no puede menos que hacerseles por alta que sea la estima, que el mundo civilizado dispensa a sus trabajos... El matrimonio y la comunidad de bienes que de él resulta han sido tratados en el libro primero con abundancia de doctrina, y a diferencia del Código francés que los pone en el libro tercero, en que habla de los contratos ordinarios; pero bien se concibe que, siendo el matrimonio y las obligaciones que de él resultan unos contratos *sui generis*, que influyen directamente sobre el estado de las personas, y que no pueden asimilarse a los contratos ordinarios, debe tratarse de aquellos en dicho libro primero. La posesión y los derechos que emanan de ella han sido arreglados en tres leyes diferentes y a la altura de sabias teorías, mejorándose el Código civil francés que trata dicha materia de una manera muy

(82) Transcripción tomada de GUZMAN, HIJO, art. cit. en op. cit., pág. IV.

(83) MIJARES, art. cit. pág. 18.



“En cuanto a la división general de las materias, —continúa la Memoria de la Secretaría del Interior y Justicia— el Proyecto descansa sobre el orden sistemático del derecho romano: “*Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad acciones*; pero no trata naturalmente sino de los dos primeros objetos del derecho, dejando el tercero, o las acciones, al Código de procedimiento civil. El primer libro tiene por objeto las personas: el segundo principio tratando de los bienes en general y de su distinción, y en seguida se ocupa de los derechos reales que se pueden tener sobre la cosa: el tercer libro arregla los derechos personales que resultan de las obligaciones, sea por efecto de la ley, sea por un compromiso voluntario o involuntario; y el cuarto, en fin, se ocupa de la prueba y de la prescripción, la una como medio general de comprobar los hechos, los derechos y las obligaciones; la otra como medio de extinción de derechos y obligaciones: pero por no separar materias conexas el autor ha arreglado al mismo tiempo la prescripción adquisitiva como medio de obtener la propiedad” (87).

Desde un punto de vista estrictamente formal presenta, sin embargo, el inconveniente —que perdura en el Código civil de 1862— de que los artículos de cada título ostentan una

incompleta y tan sólo en relación con la prescripción adquisitiva. La propiedad ha sido definida de una manera que pone este derecho al abrigo de todo ataque: establece los modos de adquirirla, perfeccionando las disposiciones francesas que no reconocen la tradición como medio de adquirir la propiedad. El derecho hereditario se le considera en el Proyecto como un derecho real que se adquiere o por la fuerza de la Ley (sucesión ab intestato) o por la voluntad del difunto propietario (sucesión testamentaria). El Legislador francés trató en conjunto de las donaciones entre vivos y de las testamentarias; pero el Dr. Viso las ha separado, pues la naturaleza de las donaciones entre vivos y de las disposiciones testamentarias es esencialmente diferente en atención a que las unas no son perfectas sino por la aceptación del donatario, no tienen su efecto sino a consecuencia de dicha aceptación, y después de ésta son irrevocables, al paso que la disposición testamentaria no requiere sino la voluntad del testador, no tiene su efecto sino después de su muerte y es esencialmente revocable. Las acreencias privilegiadas y el derecho hipotecario han recibido grandes mejoras concebidas y combinadas acertadamente, las cuales purgan la multitud de defectos de que adolece nuestro sistema hipotecario, dando seguridades al prestador y alejándole los peligros a que está expuesto por nuestro actual sistema. La obligación háse distinguido por el autor del contrato, siguiendo la sabiduría del derecho romano: se establece que la obligación resulta de un contrato o de la ley, separando también de entre esta última categoría, la obligación que resulta puramente de la Ley y la que resulta de dicha Ley por consecuencia de un acto lícito o ilícito del hombre...” (MMRI, 1854, *Código Civil*, págs. 30-31).

(86) MMRI, 1854, *Código Civil*, págs. 29-31.

(87) MMRI, 1854, *Código Civil*, pág. 30.

numeración separada y, por tanto, como señala JOSE ENRIQUE MACHADO “para citar un artículo había necesidad de nombrar Libro, Título, Ley y número del artículo, lo cual creaba una confusión innecesaria” (88).

## 28

El Proyecto de Código Civil del doctor JULIAN VISO, visto desde una perspectiva del Derecho internacional privado entendido en forma amplia, permite señalar cómo fueron incluidos preceptos sobre nacionalidad, su adquisición y su pérdida, “posiblemente para colmar diversas de las lagunas presentadas por la Constitución vigente en la época” (89). De igual manera, —según las pautas del modelo francés— reguló hipótesis de competencia internacional de los tribunales venezolanos (90) y, en forma esporádica, reprodujo normas sobre eficacia de sentencias extranjeras (91).

(88) MACHADO, José Enrique. “Historia del Código Civil venezolano” en “*Revista de Derecho y Legislación*”, Tomo XXIX, Año 1940, pág. 6.

(89) PARRA ARANGUREN, Gonzalo. “*La Nacionalidad venezolana originaria*”, Tomo I, Caracas, 1964, pág. 81. De las páginas 81 a 86 se comentan las correspondientes disposiciones, contenidas en la Ley Primera y en la Ley Segunda del Título II, del Libro Primero.

(90) Los respectivos artículos se encuentran en la Ley I, “Del Goce de los Derechos civiles”, Título II del Libro Primero, que también regula cuestiones de nacionalidad venezolana, y dicen como sigue: “Art. 8º. El extranjero aún no residente en el país podrá ser demandado ante los tribunales de la República por las obligaciones contraídas en el territorio con un venezolano, y en su calidad de tercer poseedor por las acciones reales, posesorias e hipotecarias sobre los bienes situados en el territorio. Art. 9º. Los extranjeros que hubieren contratado fuera del territorio con un venezolano podrán ser citados ante los Tribunales del Estado, si se encuentran en él; y podrán serlo también, aunque no se encuentren, si en su país se acostumbra hacer así con los extranjeros. Art. 10. El venezolano puede ser demandado en los tribunales de Venezuela por las obligaciones contraídas en país extranjero con un extranjero. Art. 11. El extranjero residente en el país puede ser demandado ante los tribunales de la República por las obligaciones contraídas con otro extranjero. En cualquier materia fuera de las de comercio, el extranjero demandante estará obligado a dar fianza para el pago de costas, daños e intereses que resulten del pleito, a no ser que posea en Venezuela bienes raíces de valor suficiente para asegurar dicho pago”.

(91) En este sentido, el artículo 5º, Ley III, Título XVI, del Libro Segundo, así concebido: “La hipoteca no puede resultar de las sentencias dadas en país extranjero, sino en cuanto fueren declaradas ejecutivas por un Tribunal venezolano, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que pueda haber en los Tratados públicos”. Tal precepto, por otra parte, no es sino expresión del efecto positivo del principio de la territorialidad de la Ley que parece inspirar, en el proyecto del doctor VISO, las soluciones en el campo del conflicto de leyes.



## 29

En el campo específico del Derecho internacional privado, es decir, en lo que respecta a la determinación de la Ley aplicable a un supuesto de hecho de la vida real conectado con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes, el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso contiene escasos preceptos, en su gran mayoría dirigidos a regular la forma de los actos, para atribuir competencia a la *lex loci celebrationis*, de acuerdo con los criterios dominantes en la época.

El principio aparece establecido de manera general en la Sección Segunda, bajo el rubro "De los Títulos o instrumentos auténticos", de la Ley Segunda, Título Primero del Libro Cuarto, cuyo artículo undécimo previno: "Los actos y contratos celebrados en país extranjero, según las formas que allí se prescriben, tienen la misma fuerza que los actos y contratos celebrados en Venezuela". Se trata aquí indudablemente de una competencia facultativa ya que los interesados podrían, por lo menos, cumplir también con las prescripciones de la Ley venezolana ante el funcionario competente de la República.

## 30

El régimen formal del matrimonio celebrado fuera de la República entre venezolanos o entre éstos y extranjeros fue objeto de expresa consideración en Ley Sexta, Título Quinto del Libro Primero: su artículo noveno declaró que "producirá los efectos civiles si ha sido celebrado con las formalidades establecidas en dicho país". Se reitera así la competencia de la *lex loci celebrations*, la cual aparentemente presenta también carácter facultativo en esta hipótesis, ante la posibilidad que parece debe reconocerse a los cónyuges de cumplir con las formalidades establecidas por la religión católica.

El artículo 10 de la mencionada Ley impuso además el cumplimiento de un requisito complementario para que el matrimonio celebrado en el extranjero fuera capaz de producir efectos civiles en Venezuela: "dentro de tres meses después de la vuelta del venezolano al territorio de la República, el acto de la celebración del matrimonio en país extranjero será ins-

crito en el registro de matrimonios del lugar de su domicilio". Precepto este concordante con el artículo 19 de la Sección Tercera, Ley Unica, Título Tercero del mismo Libro Primero, así concebido: "Las actas de matrimonios celebrados en el extranjero se transcribirán en los registros corrientes del domicilio de los esposos".

El Proyecto de Código civil no contempló de manera expresa cuál debía ser la ley aplicable a la forma de los matrimonios entre extranjeros celebrados fuera de la República: sin embargo, parece lógico admitir la competencia de la *lex loci celebrationis*, tanto en virtud del principio general consagrado respecto de los actos y contratos, como por analogía con el criterio establecido para los otros tipos de matrimonio <sup>(92)</sup>.

## 31

Tampoco fueron incluídas normas acerca del régimen formal de los matrimonios celebrados en Venezuela: la interpretación de este silencio impone aceptar la competencia imperativa de la ley venezolana, con independencia del estatuto personal de los futuros contrayentes. Y precisamente, con base en esta conclusión, por cuanto el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso reguló el matrimonio conforme a las pautas del Concilio de Trento, se mantuvo vigente el problema de su celebración para quienes profesaran un culto distinto del católico, en su gran mayoría extranjeros.

<sup>(92)</sup> No sería impretermitible el cumplimiento de las formalidades impuestas por el derecho interno vigente en el lugar de la celebración, siendo bastante que éste considerara el matrimonio válido en la forma. Queda abierta la interrogante acerca de la validez formal de matrimonios realizados conforme al estatuto personal de los cónyuges, que no sean reconocidos válidos por la ley del lugar de la celebración; y la cual parece debe resolverse de acuerdo con las pautas fijadas por esta última, si se admite que el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso parte de la teoría de la territorialidad de la Ley para resolver los problemas de Derecho internacional privado. No obstante, este punto de vista podría estimarse sujeto a una excepción, a saber, cuando los extranjeros han celebrado el matrimonio fuera de la República según los ritos de la religión católica, conforme a lo dispuesto en su ley personal y aún en contra de la Ley del lugar de la celebración, en virtud del predominio que el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso atribuye a la Iglesia católica para regular en principio la institución matrimonial. Más dudosa sería la validez formal del matrimonio celebrado entre extranjeros fuera de la República según los ritos de la Iglesia católica, en contravención tanto de las previsiones de la ley personal de los cónyuges como de la *lex loci celebrationis*.

Esta enervante situación había sido planteada al Congreso venezolano por ANTONIO LEOCADIO GUZMAN en la Memoria que rindió el 10 de marzo de 1849, en su carácter de Secretario del Interior y Justicia <sup>(93)</sup> y fue reiterada, pocos años después de concluido el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso, por el Despacho de Relaciones Exteriores.

En efecto, en la Memoria que presentara el doctor JACINTO GUTIERREZ el 8 de febrero de 1858, y bajo el rubro "Inmigración" se lee: "Las leyes que se refieren a las personas y que sólo pueden entenderse con católicos romanos, mal se aplicarían a individuos no pertenecientes a la misma Iglesia; y sin embargo, pues aquí hay tantos extranjeros y se desea que los inmigrados se naturalicen en Venezuela, no excluyéndose a nadie por su religión, necesitan ser acomodadas a los nuevos casos que se presentan. El matrimonio no acaba la patria potestad si no se han velado los contrayentes; las nupcias no son válidas a no celebrarse con los requisitos que señala el Concilio de Trento; los hijos no se tienen por legítimos cuando proceden de otra especie de uniones; los derechos a las herencias dependen también de la misma raíz, etc., etc. Y como los ciudadanos de otro culto no han de quedar inhabilitados para salir de la patria potestad, casarse, heredar, no puede prescindirse de establecer el modo de que sus matrimonios produzcan efectos civiles. De lo contrario, para no caer en un absurdo, sería preciso respetar lo hecho con violación, siquiera inocente, de los preceptos positivos de las leyes nacionales" <sup>(94)</sup>.

Esta última alternativa señalada por la Cancillería parece haber sido la solución admitida en Venezuela durante el período histórico que abarca hasta nuestro primer Código civil, promulgado el 28 de octubre de 1862, en virtud de haber mantenido su vigencia las pautas fijadas por el Derecho español, que sometía las formalidades del matrimonio a los ritos establecidos por la Iglesia católica. Fácilmente se comprenden las dificultades, si no la imposibilidad, de contraer matrimonio en Venezuela para las personas que profesaran un culto diferente y las inconveniencias del carácter imperativo de la *lex loci celebrationis* para regular la forma de los matrimonios celebrados en la República.

<sup>(93)</sup> MMRI, 1849, pág. 17.

<sup>(94)</sup> MMR, 1858, Inmigración, págs. 82-83.

Tales inconveniencias y dificultades se hicieron sentir desde los albores de nuestra vida independiente, y para subsanarlas fue expedida por el doctor DIEGO BAUTISTA URBANEJA, en su carácter de Secretario del Interior y Justicia, la Circular de 9 de mayo de 1835, que dispuso: "Habiendo participado el señor Gobernador de Coro, haberse casado dos hebreos, conforme a los ritos de su creencia, impetrando antes su permiso, ha resuelto el Gobierno se circule a todos los Gobernadores de Provincia que, publicada la Ley sobre Libertad de Cultos, los individuos que profesen otra Religión que la C.A.R., pueden verificar sus casamientos sin necesidad de licencia previa de las autoridades locales" <sup>(95)</sup>.

Quedaron así reconocidos los matrimonios celebrados ante el Ministro del respectivo culto de los contrayentes; y de igual manera se admitieron como válidos en su forma los realizados ante los Agentes Diplomáticos o Consulares.

En efecto, el propio doctor JULIAN VISO, actuando en su carácter de Ministro de Relaciones Exteriores, reconoció ante el Congreso de la República, en la Memoria que presentara el 20 de febrero de 1880: "cuando sólo se conocía entre nosotros el matrimonio eclesiástico era concebible la repugnancia de los adictos a otros cultos a someterse a él" <sup>(96)</sup>; y en la Memoria del mismo Despacho, rendida el 20 de febrero de 1881 por el doctor PEDRO J. SAAVEDRA, se advierte cómo al introducirse el matrimonio civil en nuestra Legislación en 1873, desaparecieron "las dificultades religiosas, que han sido los principales móviles de la autorización conferida a los Agentes diplomáticos y a los consulares para intervenir en los enlaces de sus conciudadanos" <sup>(97)</sup>.

La doctrina patria se inclinó en el sentido de reconocer, durante esta época, la validez de los matrimonios celebrados por extranjeros ante el respectivo Agente diplomático o consular.

<sup>(95)</sup> La Circular agrega: "pero debiendo tener una noticia de los nacimientos y casamientos que haya entre ellos, para que obre en la estadística, están en el caso de avisarlo a la autoridad local, a fin de que lo participe al Gobernador de la Provincia, quien llevando un registro de unos y otros, pasará anualmente a la Secretaría del Interior, en el mes de enero, un cuadro formado con vista de dicho registro" (Aparece publicada en la obra de Pedro P. DEL CASTILLO, "Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente", Tomo II, Valencia, 1852, pág. 380).

<sup>(96)</sup> MMRE, 1880, Exposición Preliminar, pág. XXXIV.

<sup>(97)</sup> MMRE, 1881, Exposición preliminar, pág. XIV.

El doctor LUIS SANOJO en su "*Juicio sobre el Código civil*" de 1867, al comentar favorablemente las normas sobre matrimonio de personas no católicas, advierte: "... los no cristianos no podían formar familia legítima, según nuestras leyes, que eran las canónicas. Como estos religionarios eran todos extranjeros, ocurrían al agente diplomático o consular de su Nación y celebraban su unión, según las leyes de su país o los ritos de su culto. Esto mismo han hecho hasta hoy los cristianos de las distintas sectas reformadas, cuando contraían matrimonio entre sí. Teníanse por legítimos tales matrimonios, no obstante que no había una lei que los consagrara, por la necesidad de no condenar al celibato a personas a quienes la lei no daba medios de legitimar su unión" (98).

Y el doctor SILVESTRE TOVAR LANGE indica como uno de los principales fundamentos de haberse establecido en Venezuela el matrimonio civil obligatorio en 1873, "el de eliminar, por considerarla vejatoria para la soberanía Nacional, la práctica de celebrar matrimonios por funcionarios extranjeros en territorio nacional, lo que ponía a Venezuela en situación muy semejante a la que existía en ciertos países berbericos" (99).

## 32

La Ley Sexta del Título XI del Libro Primero del Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso incluyó algunas normas para regular la validez formal de los testamentos.

(98) SANOJO, Luis. "*Juicio sobre el Código Civil*", Caracas, 1867, pág. 11. El Código civil de 28 de octubre de 1862 había regulado el punto en el artículo 2º, Ley II, Título III del Libro Primero en la forma siguiente: "Los que profesando una religión diferente de la católica quieren contraer matrimonio en el territorio venezolano, pueden hacerlo con tal que se ajusten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes, tutores o curadores, y demás requisitos; y que declaren ante la Primera Autoridad Civil de la Parroquia de su domicilio y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer. Haciéndose así, no están obligados a ninguna otra solemnidad o rito; sin perjuicio de lo que se establezca por leyes especiales".

(99) TOVAR LANGE, Silvestre. "*Los matrimonios celebrados en Embajadas, Legaciones y Consulados*", Separata de la "*Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*", Tomo XI, Año 1947, nr. 49, pág. 17. Según puede verse en dicho artículo y en MMRE, 1880, págs. XXIX - XXXV y MMRE, 1881, págs. VII-XXIII, los Agentes Diplomáticos y Consulares extranjeros acreditados en la República, a pesar de haberse establecido el matrimonio civil con carácter obligatorio en 1873, quisieron seguir ejerciendo la facultad de presenciar y autorizar los matrimonios de sus nacionales. Pretensión esta rechazada terminantemente por nuestra Cancillería.

El artículo segundo contempla la situación de los militares "cuando estén en expedición militar, en guarnición, en cuartel fuera de la República, prisioneros entre los enemigos" y les concede el privilegio de utilizar la forma prevista en el artículo primero de la misma Ley, según el cual los testamentos pueden "recibirse o por dos oficiales que tengan por lo menos el grado de capitán, o por uno con asistencia de dos testigos, o por el capellán del ejército con los mismos testigos, o por el médico con dichos testigos, si el testador está enfermo o herido"; aun cuando el testamento así otorgado "será nulo tres meses después que se haya restituído el testador a un paraje donde tenga la libertad de valerse de las formas ordinarias". Se trata, en este caso, de una derogatoria de la *lex loci celebrationis*, perfectamente explicable ante la situación concreta y en el deseo de facilitar el otorgamiento de los actos de última voluntad.

En relación a las hipótesis corrientes y normales, el artículo 17 permite a los venezolanos que se encuentren en un país extranjero "hacer sus disposiciones testamentarias en los términos y con las formalidades acostumbradas en el lugar donde lo otorgare": se limita, por tanto, a repetir el principio general que atribuye competencia a la ley del lugar de celebración para regir las formalidades de los actos jurídicos.

Nada dispone el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso respecto de los testamentos otorgados por extranjeros fuera de la República: no cabe duda de que podían cumplir con los preceptos imperantes en el lugar del otorgamiento. Aparte de las razones de analogía con la hipótesis de los venezolanos que testan en el extranjero, la solución se desprende claramente del artículo 13 de la misma Ley. En efecto, conforme a este precepto no podrán seguirse las reglas especiales para los testamentos hechos sobre el mar "aun cuando lo haya sido en el curso del viaje, y si al tiempo en que se hizo había tocado el buque en tierra extranjera, donde hubiese un oficial público o cónsul de la República, en cuyo caso no será válido, si no se otorgó según las formas prescritas en Venezuela, o según las que se usaban en los países en donde hubiese hecho el testamento" (100). En esta última hipótesis era nece-

(100) Al respecto debe advertirse que la Ley de 30 de abril de 1847, "estableciendo consulados y agencias comerciales de la República en plazas extranjeras", vigente en la época, no autorizaba a los cónsules venezolanos para recibir actos de última voluntad.

sario, además, cumplir las exigencias previstas en el artículo 15: "Los testamentos comprendidos en los artículos anteriores de la presente Ley, deberán ser firmados por los testadores y por aquellos ante quienes se otorgaron. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar se expresará esta declaración y la causa que le impide hacerlo".

El artículo 20 de la misma Ley Sexta impone una condición complementaria para todos los testamentos otorgados fuera de la República, por venezolanos o por extranjeros: "no podrán llevarse a ejecución en cuanto a los bienes situados en Venezuela, sino después de haber sido registrados en la oficina pública del domicilio del testador, si es que conservó alguno, y si no en la del último domicilio que se sepa tuvo en la República; y en caso de que el testamento contenga disposiciones sobre inmuebles, sitios en ella, deberá además registrarse en la oficina del paraje donde estén dichos inmuebles sin que se puedan exigir por eso derechos dobles" (101).

Contempla también el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso el caso del testamento otorgado en Venezuela por extranjeros: el artículo 18 les permite, facultativamente, utilizar las formalidades prescritas por la ley venezolana o por la ley de su patria, si testan "en favor de otros extranjeros, de bienes que poseen en su patria, o de bienes muebles, alhajas, dinero y mercaderías que tienen consigo, o en el territorio del Estado"; pero "si sólo testaren de bienes inmuebles, que tuvieran en el territorio del Estado, quedarán sujetos a las leyes de la República", a tenor del artículo 19.

Resulta evidente que la hipótesis no prevista por el Proyecto, a saber, los testamentos otorgados por venezolanos en el territorio de la República, debe resolverse en el sentido de atribuir competencia imperativa a la ley venezolana.

Finalmente establece en esta materia el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso, en el artículo tercero de la Ley Séptima del mismo Título XI, Libro Primero, la sanción de nulidad en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos para la validez formal de los testamentos (102).

(101) El precepto no prevé la hipótesis de testamento sobre bienes muebles cuando el testador, venezolano o extranjero, no tenga ni haya tenido domicilio en Venezuela.

(102) Lógico hubiera sido someter a la ley competente para regular la validez formal del testamento, venezolana o extranjera según los casos, las consecuencias derivadas de la infracción de sus prescripciones.

## 33

El Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso se refiere de manera especial a las donaciones entre vivos en la Ley Cuarta, Título IX, Libro Tercero, para someterlas a un régimen especial de formalidades inexorables. Su artículo primero previno: "Todo documento de donación entre vivos se otorgará ante el Registrador del cantón del domicilio del donante so pena de nulidad; y lo mismo deberá observarse también tratándose de donación entre venezolanos y extranjeros".

## 34

Además de las normas relativas a la forma de los actos, el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso incluye algunos preceptos aislados para determinar la ley aplicable a supuestos de hecho conectados a varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes.

Mención especial merita el relativo a la capacidad matrimonial de los venezolanos fuera de la República: el artículo noveno de la Ley Sexta, Título Quinto del Libro Primero, luego de establecer el régimen aplicable a la forma del matrimonio celebrado en el extranjero, somete su eficacia en Venezuela a la circunstancia de que "el venezolano no ha faltado a lo dispuesto en la Ley Tercera", que contempla las "Cualidades y Condiciones necesarias para contraer matrimonio". Tal excepción al principio de la territorialidad se explica por el deseo de evitar el fraude a la ley: para que los venezolanos no puedan eludir los requisitos exigidos por su propio sistema jurídico mediante el simple desplazamiento en el extranjero del lugar de la celebración del matrimonio.

Contiene igualmente una excepción al principio de la territorialidad el artículo séptimo de la Ley Segunda, Título XIV del Libro Tercero, al prevenir en su segundo párrafo: "El mandante se presume siempre haber dado facultad de sustituir para la administración de los bienes situados fuera del territorio de la República". Es de fácil inteligencia que la efectividad de este precepto se encuentra condicionada por la posición que adopte la ley del lugar donde los bienes se encuentran situados.

Por último, cabe mencionar el artículo séptimo de la Ley Quinta, Título Segundo del Libro Tercero. Luego de establecer diversos criterios de interpretación de los contratos, dispone: "Lo que es ambiguo debe interpretarse por lo que sobre ello esté en uso en el país donde el contrato se haya celebrado". Al reiterarse de nuevo la competencia de la ley del lugar de la celebración se parte del principio de la voluntad presunta o hipotética de las partes, quienes en la generalidad de los casos asumen sus compromisos con referencia a las normas vigentes en el lugar donde los contrajeron.

## 35

Aparte de los anteriores preceptos expresos, el Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso parece inspirarse en el principio de la territorialidad de la Ley para resolver los problemas de Derecho internacional privado en un sentido restringido: la legislación venezolana rige las personas, bienes y actos celebrados dentro del territorio de la República, siendo inaplicable a las personas, bienes y actos realizados en el extranjero, siempre que una norma expresa no disponga lo contrario.

En realidad, tal fundamento no se encuentra afirmado por ningún artículo del Proyecto (103). Sin embargo, la conclusión se apoya en el propio alegato del doctor Viso de pretender ajustar los preceptos a las necesidades nacionales; y habida cuenta de los planteamientos dominantes en nuestro país para la época de redacción del Proyecto, tendientes a justificar la aplicación de las leyes extranjeras por motivos de cortesía internacional.

## 36

En efecto, la doctrina de la territorialidad de la Ley inspira el Proyecto reformativo de la Constitución presentado a la

(103) GUZMAN HIJO, art. cit. en op. cit., pág. VII, señala cómo el Proyecto de Viso se aparta del modelo francés en el Título Preliminar, que dedica "A las personas", y no a "La publicación, efectos y aplicación de las leyes en general"; debiendo recordarse que fue en este Título donde el Codificador francés incluyó el famoso artículo 3º, centro de gravedad de su sistema de Derecho internacional privado.

Cámara del Senado, por el señor BLAS BRUZUAL el 20 de enero de 1852, cuyo artículo 48 se encontraba concebido en los términos siguientes: "Los extranjeros transeúntes o residentes en Venezuela estarán sujetos a las mismas leyes civiles y criminales que los venezolanos, y gozarán en sus personas y propiedades de las mismas seguridades que éstos; sin que por esta disposición queden invalidadas ni alteradas aquellas excepciones que gocen según los Tratados Públicos".

Suscrito también por RUFINO GONZALEZ, dicho Proyecto apareció publicado en el diario "*El Republicano*", nr. 303, correspondiente al 28 de enero de 1852, y de acuerdo con los señalamientos de sus redactores el artículo antes transcrito tan sólo modificaba los preceptos de la Carta Fundamental de 1830 por el hecho de haber incluido a los extranjeros transeúntes (104).

Aun cuando el Proyecto no fue sometido a consideración de la Cámara, es de utilidad para entender los criterios admitidos en la época en Derecho internacional privado, ya que las razones del rechazo fueron de simple técnica constitucional: al constituir una radical reforma de los textos vigentes su conocimiento competía a un Constituyente y no a un Congreso ordinario (105).

(104) Así se desprende de una nota aclaratoria, aparecida en la mencionada publicación, según la cual: "Lo que vá en bastardilla es lo que de la Constitución de 1830 se conserva sin alteración"; y en el artículo 48 solamente no estaban en bastardilla las palabras "*transeúntes o*". En verdad, el correspondiente precepto de la Constitución de 1830 decía tan sólo: "Art. 218. Todos los extranjeros de cualquiera Nación serán admitidos en Venezuela. Así como están sujetos a las mismas Leyes del Estado que los otros ciudadanos, también gozarán en sus personas y propiedades de la misma seguridad que éstos; sin que por esta disposición queden invalidadas ni alteradas aquellas excepciones de que disfrutaban, según los tratados vigentes". El artículo 113 de la Carta Fundamental de 1857 dispuso en términos similares: "Todo extranjero de cualquiera Nación será admitido en Venezuela. Así como estará sujeto a las mismas leyes del Estado que los venezolanos, también gozará en su persona y propiedades de las mismas garantías que éstos". La Constitución de 1858 previno en su artículo 29: "Los extranjeros en Venezuela gozan de los mismos derechos individuales y garantías que los venezolanos y están sujetos, como ellos, a las leyes y autoridades de la República". Obsérvese, sin embargo, que la Constitución de 1864 decía: "Art. 10. Los venezolanos en el territorio de cualquier Estado, tendrán en él los mismos deberes y derechos que los domiciliados. Art. 11. La lei determinará los derechos que corresponden a la condición de extranjero". Tales preceptos parecen también orientados en el sentido de consagrar el principio de la territorialidad de la Ley en esta materia.

(105) En este sentido se pronunció la Comisión del Interior del Senado en su informe de 8 de marzo de 1852 ("*Senado. Asuntos Pendientes. 1851*", Tomo 248, págs. 188-192: Biblioteca del Congreso Nacional).

El principio de la territorialidad de la Ley sirvió también de pauta fundamental en las actuaciones de la Cancillería venezolana; y constituye la directriz básica que inspiró el Tratado suscrito el 24 de diciembre de 1852, por el Secretario de Relaciones Exteriores, JOAQUIN HERRERA, y el Representante de España, RAMON LOZANO, con la finalidad de "autorizar en sus respectivos países, en cuanto lo permitan las leyes de cada Estado, el cumplimiento de las sentencias en materia civil ordinaria o comercial expedidas por los tribunales del otro Estado; estipulando, además las condiciones, trámites y circunstancias con que serán válidos y causarán los efectos que procedan en justicia todos los contratos y demás actos públicos notariados en cada una de las dos Naciones".

Su artículo tercero señaló las condiciones necesarias para que pudieran ser declarados ejecutables las sentencias o acuerdos de los Tribunales; las cuales se aplicaban también a "los actos de jurisdicción voluntaria, pruebas documentales, testimoniales, las que procedan de juramento, de presunción legal y de libros de comercio (comprobada legalmente su autenticidad)", a tenor de lo dispuesto en el artículo séptimo.

El artículo octavo estableció los requisitos "para que sean válidos y causen ejecutoria ante los Tribunales venezolanos y españoles los efectos que proceden en justicia todos los contratos y demás actos públicos notariados en cada uno de los dos países; y entre ellos se exigía: "...2º Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes del país en que celebraron el contrato; 3º Que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país respectivo donde se hayan verificado los actos o contratos".

Por tanto, claramente fue convenido el efecto territorial de la Ley: principio expresamente reconocido en el artículo noveno, al prevenirse un sistema de legalización, para comprobar "la autenticidad de estos instrumentos públicos y la condición de que en su esencia y forma están redactados conforme a la ley o estatuto personal, real y formal del Estado en que se haya verificado el acto o contrato..." (106).

(106) Con fecha cinco de febrero de 1853, se dio cuenta en la Cámara del Senado del Tratado en referencia, y se ordenó pasar a la Comisión especial de

Durante el siglo pasado, la Cancillería venezolana se vio precisada a enfrentarse a numerosos reclamos propuestos por Representantes Diplomáticos acreditados en el País, quienes pretendían se diera predominio a la nacionalidad extranjera derivada de la filiación sobre la venezolana adquirida por el nacimiento en el Territorio de la República. Y para defender el predominio de la nacionalidad venezolana, nuestro Despacho de Relaciones Exteriores acudió al principio de la territorialidad absoluta de la Ley, con el atenuante de la cortesía internacional para justificar la aplicación de las leyes extranjeras, según lo enseñaron los maestros holandeses del siglo XVII.

Expresa declaratoria en este orden de ideas fue hecha con motivo del reclamo propuesto en favor del ciudadano DAVID CURIEL, nacido en Venezuela de padres holandeses: "Según las reglas del Derecho internacional privado, —explicó el Canciller, JACINTO GUTIERREZ, en la Memoria que rindiera al Congreso el 20 de enero de 1857— cuando se presentan conflictos entre las leyes de diferentes Estados, se resuelven por estos principios: las leyes de todo Estado tienen fuerza dentro de sus límites y obligan a todos los súbditos: todos los individuos residentes dentro de sus límites se consideran súbditos, sea su residencia permanente o temporal. Por consiguiente, si hay oposición entre las leyes de Venezuela y las de Holanda, aquí tienen que prevalecer aquellas, sobre todo mientras no cese la residencia en el país de las personas interesadas" (107).

Relaciones Exteriores. El 2 de abril de 1853 ésta informó favorablemente, a cuyo efecto hizo saber que había consultado los principios imperantes en el Derecho español sobre la materia; y los cuales coincidían con los del Convenio en examen, con los del Tratado celebrado por España con Cerdeña el 30 de julio de 1851, y con los del Decreto español de 22 de octubre de 1851. En esa misma fecha, dos de abril de 1853, se aprobó diferir la discusión del Tratado mientras se imprimía con el dictamen de la Comisión especial de Relaciones Exteriores del Senado. El 7 de febrero de 1855 fue rechazada la propuesta de diferir indefinidamente su consideración; y se negó el informe de la Comisión, suscrito por los Senadores Romero y Díaz, quedando de esta manera improbadamente el convenio suscrito. ("Senado. Proyectos Objetados. Rechazados. Asuntos Determinados. Resultos. Pendientes. 1855", Tomo 302, págs. 205-217: Biblioteca del Congreso Nacional).

(107) MMRE, 1857. *Exposición Preliminar*, pág. 28. El mismo punto de vista fue mantenido uniformemente por la Cancillería a lo largo del siglo pasado para enfrentarse a los continuos reclamos presentados por Agentes Diplomáticos extranjeros: MMRE, 1863, Documento 8, pág. 50; MMRE, 1864, Documentos, págs. 9-13; MMRE, 1866, Documentos, págs. 3-4; MMRE, 1873, págs.

Con vista de los anteriores datos resulta bastante lógico concluir en la exigencia impuesta por las necesidades sociales venezolanas de la época del principio de la territorialidad de la Ley, con el atenuante de la *comitas gentium* para justificar la aplicación de Legislaciones extranjeras: doctrina, por lo demás, generalmente aceptada en el mundo civilizado para mediados del siglo XIX; y que, por tanto, el doctor Julián Viso, al responder a esas exigencias patrias, la convirtió en línea directriz del sistema de Derecho internacional privado que contemplara su Proyecto de Código civil.

## 39

El Proyecto de Código civil del doctor Julián Viso no tuvo éxito: ni siquiera fue considerado por el Congreso de 1854, al decir del doctor PEDRO GUZMAN HIJO, "porque habiéndolo presentado y recomendado a las Cámaras el Secretario del Interior y Justicia Don Simón Planas, lo que significa que el alto funcionario estaba de acuerdo con el Proyecto, sobrevino inesperadamente,

45-46; MMRE, 1874, Documentos, pág. 9; LA, 1882, Volumen II, pág. 196; LA, 1897, pág. 454. Solamente de manera excepcional el Poder Ejecutivo se apartó de este criterio: así ocurrió en la Resolución del 24 de septiembre de 1860, que dio preferencia a la nacionalidad francesa por filiación sobre la venezolana adquirida por nacimiento en el territorio, con motivo del reclamo presentado en favor del joven Alejandro D'Empaire. Para justificar esta desviación de los principios anteriores, la Secretaría de Relaciones Exteriores se vio precisada a acudir a fundamentos distintos de la *comitas gentium* para explicar el Derecho internacional privado y dijo al Congreso en la Memoria presentada en 1861: "De más de que es sabido que, si bien las reglas estrictas autorizan para limitar el efecto de las leyes al territorio de cada país, su aplicación se ha extendido por consideración de utilidad pública, y muchas veces aún por cierta especie de necesidad. Así lo exigen el bien público y los intereses generales de las naciones, siendo a todas ventajosa aquella extensión; porque los súbditos de cada una tienen varias relaciones con los de otras, e interés en negocios celebrados y bienes existentes fuera de su patria. La misma conveniencia se halla en respetar las leyes extranjeras que miran el estado civil y capacidad personal de los ciudadanos, como el matrimonio y deberes que produce, legitimidad de los hijos, incapacidades de los menores, mayoría, emancipación, etc. Por eso se ha establecido que las leyes personales siguen la persona en donde quiera que se halla; que su fuerza y sus efectos se extienden a todos los territorios; que no se aplican sino a los naturales, y no ejercen ningún efecto en los extranjeros que se hallan momentáneamente en el territorio. Muy graves inconvenientes resultarían de que las leyes de cada uno de los países por donde pasara el individuo, aplicándose a él, alterasen su condición respecto a la cual nadie sabría entonces a qué atenerse..." (MMRE, 1861, *Exposición Preliminar*, págs. 21-22: El análisis de este Decreto y la explicación completa hecha por la Cancillería al Congreso Nacional se encuentra en PARRA ARANGUREN, op. cit., Tomo I, págs. 97-107).

te, promovida por el mismo señor Planas, la interesante cuestión de la inmediata y total libertad de los esclavos como un hábil recurso "para desviar el curso de los sucesos políticos, atraer hacia el Gobierno el concurso de la opinión, limpiar a Venezuela de una mancha que la afeaba, y hacer práctica la igualdad legal como una compensación de las crueles desigualdades de la naturaleza", según opina el historiador Francisco González Guinán" (108).

LORENZO HERRERA MENDOZA, comenta al respecto: "Julián Viso, en su tiempo, no fue seguido ni comprendido; a la larga se prescindió de leerlo, y, finalmente, a sus producciones se las sepultó... (109) ...Las generaciones actuales no conocen los trabajos de Julián Viso, y los que fueron sus contemporáneos o sus inmediatos sucesores no pudieron seguirlo, ni comprender su sinceridad y noble anticipación..." (110).

Sin embargo, pueden considerarse indiscutibles las frases de FERNANDO CHUMACEIRO CHIARELLI: "si bien es cierto que en cuanto a vigencia el Proyecto de Viso carece de importancia, no lo es menos que él constituye el primer esfuerzo por codificar nuestro derecho común, y el día que se encuentre definitivamente estructurada la cultura jurídica de nuestro pueblo y haya de hacerse el estudio histórico del Derecho venezolano, habrá necesariamente que partir del Proyecto de Viso, como eslabón importante en la evolución de los ordenamientos jurídicos" (111).

## 40

A pesar del fracaso del Proyecto de Código civil preparado por el doctor Julián Viso continuaron los esfuerzos para lograr la codificación nacional.

La Cámara del Senado con fecha 2 de mayo de 1855, aprobó un Proyecto de Decreto creando una Comisión legislativa per-

(108) GUZMAN HIJO, art. cit. en op. cit., pág. IX.

(109) HERRERA MENDOZA, Lorenzo. "¿Puede el venezolano cambiar de nacionalidad?" en "Estudios sobre Derecho internacional privado y Temas Conexos", Caracas, 1960, pág. 440.

(110) HERRERA MENDOZA, Lorenzo. "La Disolución del Matrimonio por la Muerte presunta del Ausente", en op. cit., pág. 331.

(111) CHUMACEIRO CHIARELLI, Fernando. "Bello y Viso, Codificadores", Maracaibo, 1959, pág. 29.

manente del Congreso, inspirado en los siguientes Considerandos: "1º Que existen en observación en la República multitud de leyes sobre diferentes ramos de la administración, cuya reforma es de absoluta necesidad para la marcha y progreso del país. 2º Que la revisión y reforma de dichas leyes requieren el tiempo y detenimiento que no son compatibles con las diferentes atenciones que pesan sobre el Congreso en el término limitado de sus sesiones. 3º Que por esta razón se hace de necesidad escoger un medio eficaz para facilitar al Cuerpo legislativo la reforma de aquellas leyes con la prontitud i acierto que demanda su importancia" (112).

Sin embargo, el Proyecto fue rechazado por la Cámara de Representantes, fracasando así esta nueva tentativa para dotar a la República de un cuerpo de leyes propias (113).

## 41

En el año de 1857, varias firmas mercantiles de Caracas y La Guaira se dirigieron al Poder Ejecutivo reiterándole "la bien sentida necesidad de las leyes patrias especiales, en que se llenen los vacíos y se corrijan las imperfecciones de que adolece la legislación vigente en materia de comercio" (114). Con vista de tal requerimiento, por resolución del 29 de diciembre de 1857, fue creada una Comisión que "redactase un proyecto de Código mercantil en consonancia con las actuales condiciones de la importantísima industria comercial" (115). Para componerla se designó al Presidente de la Corte Suprema, Licenciado José Isidoro Rojas, quien la presidiría; y a los ciudadanos Guillermo Espino, Casiano Santana y Manuel Muñoz y Castro, "personas competentes por sus conocimientos" (116).

Al informar al Congreso Nacional en la Memoria que rindiera el Secretario del Interior y Justicia, MODESTO URBANEJA,

(112) "Senado. Proyectos Objetados. Rechazados. Asuntos Determinados. Resueltos. Pendientes. 1855". pág. 80, Tomo 302 de la Biblioteca del Congreso Nacional.

(113) Así lo comunicó al Senado por Oficio del 9 de mayo de 1855.

(114) MMRI, 1858, *Código de Comercio*, pág. 8.

(115) MMRI, 1858, *Código de Comercio*, pág. 8.

(116) MMRI, 1858, *Código de Comercio*, pág. 8. La Resolución aparece publicada en la misma Memoria, Documento N° 2, pág. 35.

el 1º de febrero de 1858 de esta actuación del Ejecutivo, agregó: "Oportunamente os será presentado aquél proyecto; y es de esperarse que la presente Legislatura se ocupe activamente de él, y que sancionándolo, adquiera la gloria de haber realizado una obra tan fecunda en beneficios para el país; beneficios materiales desde luego, pero que también han de serlo no muy tarde de un orden más elevado, por la influencia que sobre la moral pública ejerce siempre la arreglada marcha del comercio" (117).

## 42

En la Memoria rendida el 15 de abril de 1860, el Secretario del Interior y Justicia, MANUEL M. QUINTERO, reiteró al Congreso cómo la Administración de Justicia "nunca ha podido ascender en Venezuela a la altura que su misión requiere". Atribuye tal estado de cosas "a la falta de una legislación propia, obligados hasta ahora a hacer uso de los principios de una legislación vetusta y formada por añejas costumbres y por organizaciones políticas enteramente distintas de la nuestra"; en virtud de lo cual "hemos pretendido una cosa punto menos que imposible al someter a los pueblos a las condiciones de épocas que pasaron" (118).

Con vista de tal situación y para superarla, el Secretario del Interior y Justicia dijo al Congreso: "Me atrevo, pues, a proponer a la H.H. Cámara la redacción de Códigos de legislación, aprovechando los trabajos que existen en el país, o bien la adopción de alguno de los modernos de otras naciones, con las modificaciones necesarias... (119). La necesidad de Códigos Nacionales está indicada por la razón de la experiencia, pues no se trata solamente de la Administración de Justicia en su aplicación parcial al Gobierno del país; se trata de elevarla a la altura de una Nación civilizada, procurando que la República pueda ofrecer su contingente al establecimiento del *De-recho Americano*, para que éste tenga en la política general de los pueblos, aquende el Atlántico la importancia que necesitan

(117) MMRI, 1858, *Código de Comercio*, pág. 8.

(118) MMRI, 1860, *Administración de Justicia*, pág. 31.



para asegurar una independencia efectiva respecto a los Estados Europeos" (120).

## 43

Ante la inactividad del Congreso y "deseando el Poder Ejecutivo contribuir, en cuanto se lo permitan sus facultades, a la mejora de la Administración de Justicia", por Resolución del 22 de noviembre de 1860 designó a los ciudadanos Dr. José Reyes y al Licenciado Lucio Siso para que examinaran las leyes orgánicas de procedimiento judicial "contrayéndose especialmente a las de recusación, interdictos, cesión de bienes en lo relativo al procedimiento y disposiciones comunes" (121).

Sin embargo, los esfuerzos del Poder Ejecutivo fracasaron: ni esta comisión ni la creada en 1857 presentaron proyecto alguno (122).

## 44

Nuevamente en la Memoria presentada el 20 de enero de 1861, el Secretario del Interior y Justicia, doctor J. J. PAUL recordó al Congreso de la República: "En medio de la sangrienta revolución porque está pasando la República, cuando las pasiones desencadenadas no tienen freno que las dirija ni lazo que las sujete, la justicia es sin duda el ramo más importante de la Administración Pública" (123).

"Mas para que pueda llenar dignamente su benéfica misión, —continúa el Ministro— se hace ya indispensable la creación de Códigos nacionales que pongan en armonía las leyes

(119) MMRI, 1860, *Administración de Justicia*, pág. 32. Agrega al respecto: "en especial es de recomendarse la expedición del de procedimientos judiciales, y del orgánico de tribunales y juzgados".

(120) MMRI, 1860, *Administración de Justicia*, pág. 31. Igualmente se lee con referencia a la Corte Suprema de Justicia: "al hablar de ella, a pesar de eso, no he llevado otro objeto, que el abogar por la efectividad de los beneficios sociales, que en vano nos garantizarán nuestras instituciones políticas, si la legislación civil y las leyes adjetivas en especial, por atrasadas y deficientes, no la favorecen, sino que la estorban o la hacen irrealizable" (págs. 31-32).

(121) MMRI, 1861, *Documentos*, pág. 51

(122) ZULOAGA, art. cit. pág. 459.

(123) MMRI, 1861, *Administración de Justicia*, pág. 16.

con las costumbres del país. La legislación española que nos rige, emanada de un Gobierno monárquico y promulgada en épocas de civilización más atrasada que la nuestra, no está al nivel de los adelantos modernos ni basta ya para realizar los altos fines a que la sociedad aspira... En una palabra, es preciso removerlo todo para dar al país una legislación propia, que lo coloque a la altura de los pueblos civilizados (124); Me atrevo, pues, a recomendaros la creación de Códigos nacionales, aprovechando para ello los trabajos que existen en el país o los modernos de otras naciones, con las modificaciones necesarias, reservándome el tratar la materia con más detención, al presentar dichos proyectos" (125).

## 45

Aun cuando los requerimientos del Poder Ejecutivo no habían llegado a culminar en resultados positivos, continuaba una permanente actividad para el logro de la codificación nacional. Así lo comprueba el Decreto del 21 de mayo de 1861, por medio del cual el Congreso de la República acordó la remuneración de seiscientos pesos sencillos, pagaderos en forma individual, a los doctores Juan José Mendoza, Luis Sanojo y Julián Viso, por haber consagrado "sus servicios con laboriosidad y buen éxito desde el 12 de noviembre próximo pasado hasta mediados de marzo, a formular varios Proyectos de Ley sobre materias importantes". Recompensa acordada "como una prueba del aprecio que merecen sus trabajos, y como un estímulo para que sigan ocupándose de la formación de Proyectos de Leyes sobre las materias más importantes de nuestra Legislación" (126).

(124) MMRI, 1861, *Administración de Justicia*, págs. 16-17 Agrega al respecto: "En materias civiles, necesita reformas sustanciales. En lo criminal, muchos de los delitos que crea y de las penas que establece no están de acuerdo con los principios de la ciencia. En lo relativo al comercio, las Ordenanzas de Bilbao son insuficientes para dar seguridad y vuelo a las transacciones mercantiles... Las leyes adjetivas necesitan también alteraciones, aunque no de tanta importancia como las que dejo indicadas. Pero en esta materia me propongo presentaros la opinión de algunos ilustrados jurisconsultos a quienes el Poder Ejecutivo comisionó en 22 de noviembre próximo pasado para examinar las leyes de procedimiento judicial, y redactar algunos proyectos reformativos".

(125) MMRI, 1861, *Administración de Justicia*, pág. 17.

(126) RDLDV, Tomo IV, nr. 1.240, pág. 4.

Encontrándose el País en plena Guerra civil, el General José Antonio Páez asumió la Dictadura el 29 de agosto de 1861: "una Junta de Comerciantes de Caracas, tomó la iniciativa de hacer redactar un Código de comercio para someterlo a la aprobación del Gobierno"; éste acogió la idea y nombró la misma comisión que habían elegido los comerciantes, compuesta de los señores, doctor José Reyes, Isaac J. Pardo, Fernando Antonio Díaz y Modesto Urbaneja <sup>(127)</sup>. Y por resolución de la misma fecha, *primero de octubre de 1861*, se designó a los doctores Julián Viso y Elías Acosta, para que elaboraran un proyecto de Código civil y otro de Código penal.

El Proyecto de Código civil fue sometido a consideración del Consejo de Estado <sup>(128)</sup>, que nombró a los Licenciados José Santiago Rodríguez y Francisco Conde para que rindieran el correspondiente informe.

En la sesión del Consejo de Estado del 10 de marzo de 1862 se leyó el informe de la Comisión y sus miembros advirtieron haber podido revisar solamente la primera mitad del primer Libro, a pesar de que para facilitar la labor "se ha ido haciendo en unión del Sr. Dr. Julián Viso, autor del Proyecto, que ha tenido la bondad de atender a la exigencia que se le hizo".

<sup>(127)</sup> ZULOAGA, art. cit., págs. 459-460, quien agrega: "La Comisión redactora del Código de comercio, presentó su proyecto, que no fue otro que el mismo de 1844, de los señores Aranda, Díaz y Romero, revisado. El Gobierno lo aprobó y por Decreto de 29 de agosto de 1862, lo mandó a ejecutar". Al respecto debe advertirse que en 1862 fueron dictados dos Códigos de comercio: uno en 15 de febrero, que empezó a regir el cinco de julio y el cual fue comentado por el Doctor Luis SANOJO en su obra "*Código de Comercio explicado y comentado*", Caracas, Imprenta al Vapor por Eliodoro López, 1862; y otro de fecha 29 de agosto de 1862. El primero aparece publicado en el "*Registro Oficial*", nr. 21 correspondiente al primero de marzo de 1862 y en el nr. 22; no se encuentra incluido ni en la "Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela", ordenada publicar por el General Guzmán Blanco, ni en la de "Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela", impresa por Decreto del General López Contreras. (Héctor GRISANTI LUCIANI, "*Nuestro Primer Código de Comercio*", artículo aparecido en el Diario "El Universal" de esta ciudad, el 27 de julio de 1965).

<sup>(128)</sup> El Consejo de Estado fue creado por Decreto de 1º de enero de 1862, y entre sus atribuciones se encontraba la de "preparar los proyectos de decretos que hayan de expedirse, ya sea tomando la iniciativa, o a propuesta de mi Secretario General" (RDLDV, Tomo IV, nr. 1.304, pág. 106). Quedó compuesto por el Secretario General, Pedro José Rojas; el Jefe del Estado Mayor General, General Benito Figueredo; el Arzobispo de Caracas, Dr. Silvestre Guevara y Lira; los Generales José Félix Blanco y Domingo Hernández; el Doctor Esteban Tellería y los Licenciados José Santiago Rodríguez y Francisco Conde (GIL FORTOUL, op. cit. Tomo III, Caracas, 1930, pág. 186).

Dijeron también los Licenciados Rodríguez y Conde en esa oportunidad:

"Es indudable la conveniencia de que la República tenga un Código civil propio; y que son los momentos actuales los más oportunos para expedirse con más facilidad, de donde se deduce cuán útil sería que la revisión del Proyecto presentado se hiciese a la mayor brevedad. Aunque de la parte examinada se infiere todo el mérito de él, por contener varias innovaciones de la legislación actual, que los infraescritos han estimado útiles, esa misma estimación requiere un maduro y detenido examen que, para la celeridad que se desea, sólo pueden hacer personas muy competentes que se dediquen única y exclusivamente a la revisión del Proyecto. Para sancionarse el Código de Chile, que es el que puede servir de modelo a las Repúblicas Sur-Americanas, fue sometido primeramente el Proyecto a la revisión de una Comisión especial; y luego a la consideración del Consejo de Gobierno. Los infraescritos creen que ese proceder podría aceptarse en parte, como el medio de obtener mejor y más pronto resultado para la sanción del Código civil venezolano, nombrándose dos personas competentes como auxiliares a la Comisión del Consejo para la revisión del Código; y así proponen que se recomiende a S.E. el Jefe Supremo de la República..." <sup>(129)</sup>.

Con vista de tal requerimiento fueron designados el 19 de marzo de 1862, los ciudadanos Pedro Núñez de Cáceres y Juan Martínez, a quienes se asignó la suma de quinientos pesos al propio tiempo que se les fijó un lapso de cuarenta días para cumplir su cometido <sup>(130)</sup>.

El Proyecto "obtuvo el caluroso aplauso de la Comisión nombrada para revisarlo" <sup>(131)</sup> y en la parte final de su Informe expusieron sus integrantes:

<sup>(129)</sup> "*Secretaría del Interior y Justicia. 1862*", pág. 290 y su vuelta del Tomo DCCVII, del Archivo General de la Nación. El Informe se encuentra publicado en esta misma Revista.

<sup>(130)</sup> "*Secretaría del Interior y Justicia. 1862*", pág. 291 del Tomo DCCVII del Archivo General de la Nación. En el oficio que les fuera enviado, comunicándoles el nombramiento, de *20 de marzo de 1862*, se lee: "El Gobierno desea dar al país una legislación propia, de acuerdo con los adelantos de la ciencia i en conformidad con las costumbres i necesidades de la República; i por eso se interesa en el pronto examen del Proyecto sometido a consideración del Consejo".

<sup>(131)</sup> ZULOAGA, art. cit., págs. 459-460; MACHADO, art. cit., pág. 20.

“La Comisión al terminar este informe no puede menos de manifestar que no le habría sido posible dar evasión a sus trabajos en el plazo que le fue asignado, sin la eficaz cooperación del doctor Julián Viso, redactor del Proyecto, quien, dominando la materia por sus estudios extensos y detenidos de legislación comparada, ha facilitado el examen de las diversas y complicadas materias que abraza el presente Código. La Comisión estima recomendables, sobre todo encarecimiento, la laboriosidad del señor Viso y el servicio que él ha prestado a la República” (132).

El General José Antonio Páez, en uso de facultades dictatoriales, por Decreto del 28 de octubre de 1862 promulgó el primer Código civil de nuestra vida independiente, con vigencia a partir de primero de enero de 1863 de acuerdo con su artículo final: sin embargo, Resolución posterior aplazó el inicio de su vigencia para el 1 de abril de 1863 (133).

## 47

La consideración del Decreto internacional privado venezolano durante el período histórico en estudio, que alcanza hasta el primer Código civil, impone en última instancia hacer referencia a los Tratados suscritos por nuestro País con Naciones amigas, aun cuando es de advertir que ninguno de ellos tuvo como objeto exclusivo y principal determinar la ley aplicable a un supuesto de hecho conectado con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes.

Sin embargo, y entendida esta ciencia en un sentido amplio, cabe significar que muchos de estos Convenios incluyeron normas tendientes a regular la condición de los extranjeros para reconocerles expresamente diversos derechos: libertad de trán-

(132) El Informe, de fecha 24 de abril de 1862, aparece suscrito por Francisco CONDE, Pedro NUÑEZ DE CACERES y Juan MARTINEZ, y se encuentra publicado en esta misma Revista (Véase en “Código Civil de 1862”, Edición Oficial, Caracas, Imprenta de “El Independiente”, 1862).

(133) Véase sobre este Cuerpo legal, el artículo de Héctor GRISANTI LUCIANI, “Bello y nuestro primer Código Civil”, aparecido en el diario “El Universal”, de esta ciudad, en su edición del 20 de octubre de 1965.

sito, residencia y comercio (134); capacidad para disponer y recibir bienes muebles con tiempo para liquidar los inmuebles (135); capacidad para disponer y recibir bienes inmuebles (136); libertad para acudir ante los Tribunales de Justicia (137); y libertad religiosa (138). De igual manera se concedió facultad a los Cónsules para representar a sus nacionales en caso de muerte sin haber otorgado testamento ni designado albacea (139).

## 48

No obstante, y a pesar de que tales Convenios sólo pretendieron regular la condición de los extranjeros, es preciso reconocer que los ambiguos términos utilizados en algunos de ellos para redactar estas cláusulas sobre capacidad de goce permitieron alegar una inteligencia distinta. Así parece haber ocurrido con el ordinal segundo del artículo 13 del Tratado de Paz y Reconocimiento celebrado con España, suscrito el 30 de marzo de 1845, concebido en los siguientes términos: “Los Venezolanos en España y los Españoles en Venezuela, podrán poseer libremente toda clase de bienes muebles o inmuebles, tener establecimientos de cualquier especie, ejercer todo género de industrias y comercio por mayor y menor, considerándose

(134) En los Convenios celebrados con: Estados Unidos, del 20 de enero de 1836, art. 3º; Ciudades Anseáticas, del 27 de mayo de 1837, art. 3º; Dinamarca, del 26 de marzo de 1838, art. 2º; Nueva Granada, del 23 de julio de 1842, art. 5º; Francia, del 25 de marzo de 1843, arts. 2º y 3º; España, del 30 de marzo de 1845, art. 13, ordinal 2º; Bélgica, del 8 de febrero de 1858, art. 3º; Estados Unidos del 27 de agosto de 1860, art. 3º; Italia, del 19 de junio de 1861, art. 3º; y Dinamarca, del 19 de diciembre de 1862, art. 2º.

(135) En los Tratados con: Estados Unidos de la América del Norte, 1836, art. 12; Ciudades Anseáticas, 1837, art. 4º; Dinamarca, 1838, art. 8º; Francia, 1843, art. 6º; España, 1845, art. 13 ord. 2º; Bélgica, 1858, art. 7º; Estados Unidos, 1860, art. 5º; Italia, 1861, art. 2º; Dinamarca, 1862, art. 6º.

(136) En los Tratados con: Francia, 1843, art. 6º; y España, 1845, art. 13, ordinal 2º.

(137) En los Convenios celebrados en: Estados Unidos, 1836, art. 13; Ciudades Anseáticas, 1837, art. 3º; Dinamarca, 1838, art. 3º; Bélgica, 1858, art. 4º; Estados Unidos, 1860, art. 3º; Dinamarca, 1862, art. 3º.

(138) En los suscritos con: Estados Unidos, 1836, art. 14; Ciudades Anseáticas, 1837, art. 3º; Dinamarca, 1838, art. 3º; Bélgica, 1858, art. 6º; Estados Unidos, 1860, art. 3º; Dinamarca, 1862, art. 4º.

(139) En los Convenios celebrados con: Francia, 1843, art. 23; España, 1845, art. 18; Francia, 1856, art. 8º; Italia, 1861, art. 21; Dinamarca, 1862, art. 20.

en cada país como súbditos nacionales los que así se establezcan, y como tales, sujetos a las leyes comunes del país donde posean, residan o ejerzan su industria o comercio; extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos, suceder por testamento y ab intestato, todo en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que los naturales" (140).

Con motivo de reclamos formulados por súbditos españoles contra el Gobierno Venezolano, derivados de presuntos daños sufridos con motivo de nuestras contiendas civiles, el Secretario de Relaciones Exteriores, Pedro de las Casas, con base en el mencionado ordinal, además de otros argumentos, alegó al Encargado de Negocios de España, Eduardo Romea, en comunicación del 30 de julio de 1860:

"Aquí están los Españoles que posean bienes de cualquier clase en Venezuela, tengan establecimientos, ejerzan industria o comercio, terminantemente igualados con los venezolanos y sujetos como ellos, a las leyes de la República, en los mismos términos y bajo las mismas condiciones. Y no podría ser de otra manera; si toda Nación tiene derecho para abrir o cerrar su territorio a los extranjeros, le es dado también permitir su entrada con las limitaciones que juzgue convenientes. La que señala la Constitución de Venezuela es la obediencia y sometimiento a sus leyes, de que ningún extranjero está exento. Así es, que, lejos de servir de apoyo el Tratado a la reclamación del Sr. Romea, sin violarlo, no puede España pedir, ni Venezuela conceder, un privilegio destructivo de la igualdad en él establecida, y de pernicioso ejemplo para en adelante. Los Españoles estantes en Venezuela tienen todos unos mismos derechos; no importa que su residencia en ella haya sido larga o breve: si la fecha de su venida al país produjese alguna diferencia en ese respecto, no se sabe de dónde podría ella derivarse; o si viene del tiempo en que se hizo el Tratado, se seguiría que los llegados después de 1845 carecen de los derechos adquiridos por los residentes aquí para entonces" (141).

No resulta claro si la Cancillería venezolana con este alegato pretendió afirmar que los españoles contemplados por el ordi-

(140) La aprobación legislativa es de 20 de mayo de 1845; fue ratificado por el Poder Ejecutivo el 27 de mayo de 1845 y el canje de ratificaciones tuvo lugar en Madrid el 22 de junio de 1846.

(141) MMRE, 1861, *Documentos*, págs. 136 y sigs.

nal en cuestión se encontraban sometidos a las leyes civiles venezolanas respecto a su estado y capacidad. Sin embargo, y aun cuando tal inteligencia parece exceder la intención de los signatarios, es preciso admitir que la eventual duda deriva de la ambigüedad de la frase: "considerándose en cada país como súbditos nacionales los que así se establezcan, y como tales, sujetos a las leyes comunes del país donde posean, residan o ejerzan su industria o comercio".

## 49

Por otra parte, al atribuir facultad a los funcionarios respectivos para presenciar y autorizar determinados actos, fue regulado también, de manera indirecta, el problema de la Ley aplicable, en dos artículos de la Convención Consular celebrada entre Venezuela y Francia, suscrita en Caracas el 24 de octubre de 1856 (142).

En efecto, el artículo sexto facultó a los Cónsules Generales, Cónsules y Vicecónsules "para recibir en sus Cancillerías, c a bordo de los buques las declaraciones u otros actos que quieran otorgar los capitanes, tripulaciones, pasajeros, negociantes y ciudadanos de su Nación, aún su testamento o disposiciones de última voluntad, o cualesquiera otros actos que se autoricen por Notario". Nada se previno acerca de la Ley aplicable al otorgamiento de tales actos, pero resulta evidente que las formalidades a cumplirse eran las establecidas por la Legislación del Estado a que pertenecía el funcionario, de conformidad con el principio *auctor regit actum*, coincidente, por lo demás, con la ley de la nacionalidad del otorgante (143).

También fue convenido que los mencionados funcionarios pudieran expedir copias debidamente legalizadas y selladas; y que tanto los originales como las copias "harán fe en justicia ante los Tribunales, Jueces o Autoridades de Venezuela y de Francia... y tendrán respectivamente la misma fuerza y valor que si se hubiesen otorgado ante los Notarios, Escribanos y otros

(142) La aprobación legislativa fue el 30 de abril de 1857; habiendo sido ratificado por el Ejecutivo el 28 de mayo de 1857 el Canje de ratificaciones tuvo lugar el 23 de mayo de 1857. Fue denunciado el 15 de noviembre de 1870.

(143) Por cuanto la Ley de 30 de abril de 1847 no concedía tan amplias facultades a nuestros Cónsules y Agentes Comerciales en el extranjero, queda por examinar si podían derivarse tales atribuciones del Tratado en análisis.

Empleados públicos competentes del País, aun cuando dichos actos tuvieran por objeto conferir hipoteca”.

Sin embargo, el segundo párrafo del mismo artículo impuso una restricción “cuando estos actos se refieran a bienes raíces situados en dicho país”; hipótesis en la cual “será llamado a concurrir en aquellas y a firmarlos con el Canciller o Agente, so pena de nulidad, un Notario, Escribano, u otro Agente Ministerial competente del lugar”. Quedó también abierta la interrogante respecto de la ley aplicable a las formas de estos actos, pero no cabe duda acerca de la vigencia fundamental del principio *auctor regit actum*, con la exigencia complementaria de concurrir un funcionario del País de ubicación de los bienes.

En este último caso se dispuso, además, que “para aparejar ejecución en el País, deberán estar sometidos a todas las formalidades de registro o transcripción a que están sujetos los actos de la misma Naturaleza otorgados ante los Notarios u otros Agentes ministeriales locales”. Predominio este de la *lex rei sitae* en un todo acorde con los principios imperantes en la materia.

De igual manera se previno en el artículo séptimo: “Los Cónsules Generales, Cónsules y Vicecónsules respectivos quedan también autorizados por la presente Convención, para recibir en sus Cancillerías cualesquier actos convencionales, entre uno o más de sus nacionales, y otros individuos del país en que residan, y aún cualesquier actos que conciernan a ciudadanos de este último país solamente; pero con tal que estos actos digan relación a bienes situados, o a negocios que deban tratarse en el territorio de la Nación a que pertenezca el Cónsul o Agente ante el cual se otorgan”.

## 50

En forma expresa se tomó posición frente al problema de la Ley aplicable a los actos otorgados ante Cónsules Generales, Cónsules y Vicecónsules en el artículo 20 del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado en Madrid, entre Venezuela e Italia el 19 de junio de 1861<sup>(144)</sup>.

En primer lugar fueron reguladas, en términos similares a los del Convenio con Francia, las facultades de los funcio-

<sup>(144)</sup> La ratificación ejecutiva es de 6 de agosto de 1862; y el Canje de Ratificaciones tuvo lugar en París el 20 de septiembre de 1862.

narios correspondientes; y se dispuso: “Los Cónsules Generales, Cónsules y Vicecónsules respectivos tendrán el derecho de recibir en sus Cancillerías, en el domicilio de las partes y a bordo de los buques de su país las declaraciones y otros actos que los capitanes, tripulantes, pasajeros, negociantes o ciudadanos de su Nación quieran hacer, incluso los testamentos o últimas voluntades, y todos los demás actos notariados, sin exceptuar los que tengan por objeto establecer hipotecas; en cuyo caso se aplicarán las disposiciones existentes sobre esta materia en los dos países. Los Cónsules Generales, Cónsules y Vicecónsules respectivos tendrán además el derecho de recibir en sus Cancillerías todos los actos convencionales entre uno o más de sus compatriotas y otras personas del país en que residan, así como todos los actos convencionales referentes exclusivamente a los ciudadanos del país de su residencia, con tal que estos actos se refieran a bienes situados o negocios que deban tratarse en el territorio de la nación a que pertenezca el Cónsul o el Agente ante el cual se celebran”.

De igual manera se convino en autorizar a dichos funcionarios para expedir testimonios o certificados de tales actos, debidamente legalizados y sellados; y que estos documentos “harán fe en juicio y fuera de él... y tendrán la misma fuerza y valor que si se hubiesen otorgado ante Notarios u otros oficiales públicos del uno y del otro país...”.

Sin embargo, expresamente se exigió “que estos actos se hayan extendido en la forma recibida por las leyes del Estado a que pertenezcan los Cónsules y Vicecónsules, y hayan sido después sometidos al sello, registro y todas las demás formalidades que rijan en el país en que el acto debe ponerse en ejecución”. Fue consagrado de esta manera el principio *auctor regit actum* para regular la forma de tales actos, y se reiteró la vigencia de la ley del lugar de la ejecución en lo que respecta a las formalidades necesarias para hacerlos efectivos.

Por último, los Cónsules y Vicecónsules quedaron autorizados para “traducir y legalizar todos los documentos, actos y firmas emanadas de las autoridades y funcionarios de su país”; y se dispuso: “estas traducciones y legalizaciones tendrán en el país de su residencia la misma fuerza y valor que si se hubiesen hecho por los funcionarios y autoridades locales”.

Caracas: Navidad de 1965.

## EL PROCESO CIVIL

Aristides Rengel Romberg  
Catedrático de Derecho Procesal Civil  
de la Universidad Católica Andrés Bello

### S U M A R I O

1.—Proceso y Procedimiento. 2.—Las formas procesales. 3.—Estructura del proceso. 4.—Oralidad y escritura. 5.—Concentración y fraccionamiento. 6.—Mediación e intermediación. 7.—Principio dispositivo e inquisitorio. 8.—El principio de impulso del proceso por las partes. 9.—El principio de que las partes están a derecho. 10.—Los principios de igualdad, publicidad y responsabilidad. 11.—Naturaleza jurídica del proceso. 12.—El proceso como contrato. 13.—El proceso como cuasicontrato. 14.—El proceso como relación jurídica. 15.—El proceso como situación jurídica. 16.—El proceso como entidad jurídica compleja. 17.—El proceso como institución. 18.—El proceso como conducta. 19.—La función del proceso.

### 1.—PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Las palabras “Proceso” y “Procedimiento” se usan frecuentemente como sinónimas, tanto en la práctica judicial como en la doctrina jurídica. Sin embargo, ellas no denotan conceptos intercambiables. Ha sido mérito de la doctrina procesal moderna destacar la distinción entre ambos conceptos.

“Procedimiento” deriva del verbo *proceder*, y éste del latín jurídico *procedo,-ere*, en el sentido de “proceder a una acción judicial”, y literalmente “avanzar” o “progresar”.

“Proceso” deriva del latín *processus*, con el significado de “avance”, “progreso” (1).

Este significado, de algo que avanza o progresa, que se encuentra en la etimología de ambas palabras, ha permitido considerarlas como sinónimas y ha impedido por largo tiempo

(1) Cfr. COUTURE, Vocabulario Jurídico. Montevideo. 1960. Voz Procedimiento y voz Proceso.

una delimitación conceptual de ellas. La asimilación de ambos vocablos aparecía explicable sobre todo en el campo judicial, en el cual se observa de inmediato una secuencia de actividades desarrolladas por los sujetos que intervienen y coordinadas entre sí a la manera de un drama teatral que va desarrollándose y progresando hacia su fin.

Mientras la mirada de los juristas se detuvo en la mera apariencia exterior del fenómeno judicial y destacó solamente aquel aspecto que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, no hubo necesidad de distinguir los vocablos, y se llamó procedimiento al proceso judicial.

Pero cuando comenzó a investigarse la naturaleza jurídica del proceso, y a considerarse los nexos y ligámenes que en él se dan entre los sujetos que intervienen, se comenzó a ver clara la otra parte de la noción, y la distinción se hizo necesaria.

Hoy ya se admite generalmente la distinción entre “proceso” y “procedimiento”, y se afirma que si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso (2).

El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal. En el curso de un mismo proceso —nos dice CALAMANDREI—, puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento. El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio (3).

Algunos autores consideran que “procedimiento” y “proceso” están en una relación de continente a contenido. El procedimiento es el conjunto de reglas que regulan el juego del proceso, mientras que el proceso es el conjunto de actos procesales tendientes a la sentencia definitiva (4).

FENCH, citado por CARLI, se vale de un símil muy original para diferenciar ambas nociones: “el procedimiento es el conjunto de instalaciones fijas del ferrocarril, las vías por ejemplo; el proceso es el convoy, el tren en marcha sobre esas vías, que llega o le llevan a un detsino”.

Para COUTURE, el procedimiento es el método o estilo pro-

(2) Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa, México. 1947. Pág. 110.

(3) Cfr. CALAMANDREI, Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice. 2ª Ed. Padova. 1943, I, Pág. 156 y sigt. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, ob. cit. Pág. 111.

(4) Cfr. CARLI, Carlo. Derecho Procesal. Buenos Aires. 1962, Pág. 200.

pios para la actuación ante los tribunales, ya sean del orden civil, penal, de menores, de hacienda, etc.; y el proceso el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada <sup>(5)</sup>.

## 2. LAS FORMAS PROCESALES

Las variadas actividades que deben realizarse en el proceso para que éste avance hacia su meta normal que es la sentencia, están sometidas a ciertos requisitos relativos al modo de expresión, al lugar y al tiempo en que deben cumplirse. El complejo de estos requisitos, es decir, los modos en los cuales deben realizarse los actos que componen el proceso, se denominan *formas procesales* <sup>(6)</sup>.

La importancia de las formas en el proceso es tal, que muchas veces la inobservancia de ellas produce la pérdida del derecho. De allí las frecuentes críticas que en todos los sistemas procesales históricos y contemporáneos se dirigen contra las formas procesales.

Tomando el término de comparación usado por un gran filósofo, CHIOVENDA nos dice que no habría mayor razón para quejarse de las formas que la que tendría una paloma para quejarse del aire que disminuye la velocidad de su vuelo, sin darse cuenta de que precisamente es aquel aire el que le permite volar <sup>(7)</sup>.

Las formas tienen, sí, sus inconvenientes inevitables, pero son necesarias. Quienes consideran solamente las consecuencias perjudiciales que las formas pueden producir en el proceso, son partidarios de la *libertad* de las formas procesales, y aquellos que miran preferentemente los beneficios que producen las formas a los litigantes, proclaman su necesidad y son partidarios de la *legalidad* de las formas procesales.

Tales son las dos posiciones antagónicas que plantean toda la problemática de las formas: la *libertad de las formas*, es decir, la posibilidad de realizar los actos del proceso sin someterse a un complejo de requisitos predeterminados en la ley, y dejar al litigante la libre determinación de realizarlos en el modo, lugar y tiempo que considere más apropiado a la defensa de su derecho; y la *legalidad de las formas*, es decir, la necesidad de realizar los actos siguiendo las reglas previamente establecidas en la ley, que fijan las condiciones de lugar, tiempo y modo de expresión de los actos, sin observar las cuales, la actividad realizada no es atendible por el Juez y no se alcanza el efecto perseguido por la parte.

En favor de la necesidad y por consiguiente, de la legalidad de las formas procesales, se invoca la exigencia de *certeza* que debe rodear al proceso para que la función jurisdiccional pueda cumplir su cometido.

La exigencia de la certeza del derecho se ha sentido siempre como indispensable para la convivencia social ordenada.

El proceso no escapa a esa misma exigencia de certeza.

La lealtad del contradictorio; la igualdad de las partes, y la simplicidad del proceso, no podrían alcanzarse si los litigantes no supiesen, anticipadamente, cuáles actividades deben realizar para alcanzar la justicia que piden; cómo y cuándo han de realizarlas y en qué condiciones aquéllas son atendibles por el Juez. El Código de procedimiento, ese instrumento legal que compendia todo el complejo de formalidades que deben cumplirse para obtener justicia, constituye pues, el manual del litigante, especie de *metodología* —como le llama CALAMANDREI— fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia <sup>(8)</sup>.

En todos los sistemas procesales conocidos, predomina la legalidad de las formas procesales; la libertad sólo se admite supletoriamente, cuando la ley no establece expresamente determinada forma para la realización de los actos del proceso.

El nuevo Código de Procedimiento Civil italiano consagra este principio expresamente en su Art. 121 al expresar: "Los

<sup>(5)</sup> Cfr. COUTURE. Vocabulario cit., págs. 491-492.

<sup>(6)</sup> Cfr. ZANZUCCHI, Marco Tullio, Diritto Processuale Civile. Milano. 1947. Vol. I, pág. 388. CALAMANDREI, Istituzioni cit. I, pág. 158.

<sup>(7)</sup> Cfr. CHIOVENDA. Las formas en la defensa judicial del derecho en Ensayos de Derecho Procesal Civil. Trad. esp. de SENTIS MELENDO. Buenos Aires. Vol II, pág. 126.

<sup>(8)</sup> Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. pág. 159. Un estudio acabado y de gran aliento sobre la necesidad de certeza del derecho se encuentra en el libro de LOPEZ DE ONATE: La Certeza del Derecho. Trad. esp. de SENTIS MELENDO. Buenos Aires, con prólogo de COUTURE.

actos del proceso para los cuales la ley no exige formas determinadas, pueden ser cumplidos en la forma más idónea a la obtención de su fin".

La exposición de motivos del Código, explica, que la claridad y la lealtad de los debates peligrarían si las partes y sus defensores no estuvieran en condiciones de conocer de antemano y con seguridad, cuál será el trámite del proceso que comienza; y sería igualmente peligroso dejar librado a la voluntad del Juez, la supresión de cualquier forma de procedimiento, aún de aquellas que se han considerado en todos los tiempos como garantía esencial e ineludible de cualquier juicio <sup>(9)</sup>.

En el Código de Procedimiento Civil venezolano, no encontramos una disposición tan precisa como la del Código italiano, más el principio puede considerarse implícito en el sistema general regulado en el Código, y en un sentido amplio, podría encontrarse una consagración, aunque imperfecta, de la legalidad de las formas procesales en la disposición del Art. 4º según el cual: "En la aplicación de las leyes de fondo, los tribunales se atenderán, con preferencia, a las disposiciones del Código Civil, sin perjuicio de lo que él establece en su Artículo 14; y en las de procedimiento se atenderán a las del presente Código, siempre que el Civil no establezca formas necesarias".

Sería deseable que en futura reforma procesal, se estableciese claramente el principio de la legalidad de las formas, disponiéndose que los actos se realicen en la forma prevista en el Código y en las leyes especiales y que cuando la ley no señale una forma determinada para la realización de algún acto, pueden ser admitidas todas aquellas que tiendan a lograr los fines del mismo.

El *desideratum* de un buen sistema de formas procesales consiste, en esencia, en la consagración de formas que no ahoguen la dinámica del proceso; que aún establecidas con rigidez por la ley para la tramitación del proceso, sean formas simples y útiles, en armonía con los tiempos que se viven y con la necesaria celeridad y dinámica del juicio; y en desechar, de tiempo en tiempo, aquellas que perdieron su justificación por responder a necesidades de otras épocas ya superadas, las cua-

<sup>(9)</sup> Cfr. Código de Procedimiento Civil italiano. Exposición de Motivos. Trad. Esp. de Francisco De CILLIS y Julio DASEN. Buenos Aires. 1944. Nos. 15 y 16.

les, de perpetuarse y cristalizarse en un sistema procesal cualquiera, hacen perder al ciudadano común la confianza en la justicia y la adhesión a las instituciones jurídicas.

### 3. ESTRUCTURA DEL PROCESO

El estudio de la estructura del proceso consiste en determinar cómo es el proceso, cómo está hecho el proceso. La moderna dogmática procesal, cuyo representante máximo es CARNELUTTI, divide la estructura del proceso en dos partes: la *estática* y la *dinámica*, según se observe al proceso detenido en el tiempo, para estudiar su *composición*, o bien se lo observe en movimiento, para tratar de su *desenvolvimiento*. La primera parte estudia el proceso como *situación*, y trata del complejo de situaciones en que el proceso se descompone. La segunda, estudia el proceso como *hecho*, y trata del conjunto de hechos que lo forman <sup>(10)</sup>.

Sin embargo, nos vamos a referir a un solo aspecto de la estructura del proceso: aquella que está determinada en gran parte por las formas procesales que predominan en un sistema dado y por los principios fundamentales que imprimen determinados caracteres al sistema, permitiendo diferenciarlo de los demás.

Una de las adquisiciones más valiosas que la teoría del proceso civil debe a la ciencia alemana, son ciertas diferenciaciones dogmáticas, muchas veces muy sutiles, que han logrado, mediante un proceso de generalización creciente, aislar ciertos rasgos de las estructuras procesales que se presentan con constancia y uniformidad en determinados sistemas, para convertirlos en "principios rectores" del procedimiento y diferenciar así por su estructura un sistema de otro, como ocurre hoy con los principios de la "oralidad" y "escritura"; la "mediación" o "inmediación"; "concentración" o "fraccionamiento", y otros semejantes, que sirven para distinguir por su estructura un proceso de otro <sup>(11)</sup>.

<sup>(10)</sup> Cfr. CARNELUTTI, Metodología del Derecho. Trad. esp. de OSORIO. México, 1940. N° 19. ID. Instituciones del nuevo proceso civil italiano. Trad. esp. de GUASP. Barcelona. 1942, pág. 109.

<sup>(11)</sup> Cfr. CALAMANDREI, Istituzioni, cit. págs. 163-167. Cfr. MILLAR. Robert Wyness. Los principios formativos del procedimiento civil. Trad. esp. de GROSSMAN, Catalina. Buenos Aires. 1945, pág. 43 y sigtes. Una magistral



Por tanto, el estudio de la estructura del proceso, referida al proceso civil venezolano, se limitará aquí al estudio de las formas y principios fundamentales que le dan carácter a nuestro sistema procesal y que sirven perfectamente a la finalidad de su diferenciación de otros sistemas.

#### 4. ORALIDAD Y ESCRITURA

Un sistema procesal es *oral*, cuando el material de la causa, a saber: las alegaciones, las pruebas y las conclusiones, son objeto de la consideración judicial solamente si se presentan de palabra; y es *escrito*, cuando la escritura es la forma ordinaria de las actuaciones <sup>(12)</sup>.

No se debe confundir el principio de la *escritura* con el de *protocolización*. Este se da aún en los procesos orales, cuando existe el requisito de que las alegaciones y pruebas orales se reduzcan a escrito, con el fin de conservar un memorial del procedimiento. El principio de escritura es la culminación de una evolución surgida del principio de protocolización.

MILLAR nos dice que el proceso civil romano había desarrollado una demanda por escrito (*libellus conventionis*), quedando todas las demás actuaciones orales, pero que al parecer, el hecho de la protocolización final condujo a la práctica de presentar también las otras actuaciones desde un principio por escrito. Así mismo, el proceso romano-canónico, que al principio requirió sólo para la demanda la forma escrita, evolucionó por razones de simplicidad y de rapidez hacia la escritura en virtud de estar adherido al principio de protocolización <sup>(13)</sup>.

El proceso civil venezolano es un proceso escrito, porque la escritura domina casi absolutamente en la forma de los actos, tanto de las partes como del Juez.

La "oralidad", como principio rector de los procesos de tipo oral no debe entenderse en su acepción simplista de mera

exposición de estos principios, referida al proceso civil latinoamericano puede verse en COUTURE. Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano. en Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. 1948, Tomo I, pág. 308 y sigtes.

<sup>(12)</sup> Cfr. MILLAR, ob. cit. pág. 143. Cfr. CHIOVENDA, Principios, Trad. esp. Vol II, pág. 127.

<sup>(13)</sup> Cfr. MILLAR, ob. cit. pág. 145.

expresión hablada de los actos procesales, pues en esa forma seríamos llevados a equívocos insuperables que nos ocultarían las ventajas reales de un proceso de tipo oral. En realidad la estructura oral de un proceso depende también de la vigencia de otros dos principios fundamentales: la *concentración* y la *inmediación* procesales, los cuales forman los tres términos de un trinomio único, o como lo expresa CARNELUTTI: "la fórmula del concepto" chiovendano de la oralidad <sup>(14)</sup>.

#### 5. CONCENTRACION Y FRACCIONAMIENTO

En un proceso domina el principio de la *concentración procesal* cuando el examen de la causa se realiza en un período único, que se desarrolla en una audiencia o en pocas audiencias próximas, de tal modo que los actos procesales se aproximan en el espacio y en el tiempo y se suceden ininterrumpidamente.

En cambio domina el principio de *fraccionamiento* cuando entre un acto procesal y otro o entre grupos de ellos, pueden pasar largos intervalos de tiempo, de modo que el proceso aparezca discontinuo <sup>(15)</sup>.

Cuando el fraccionamiento está establecido en la ley, se dice que impera el *principio de orden consecutivo legal* y cuando rige además la regla de que cada acto particular debe realizarse dentro del término que le corresponde o no puede ejecutarse ya en absoluto, se dice que impera el principio de *preclusión*, según el cual la parte que deje de actuar en el tiempo prescrito, queda impedida o precluida de hacerlo después.

La combinación de estos principios en un sistema procesal determinado, caracterizan un tipo de proceso antitético del proceso concentrado, y se dice entonces que rige el "*principio de orden consecutivo legal con fases de preclusión*" <sup>(16)</sup>.

<sup>(14)</sup> El proceso oral más perfecto conocido es el proceso austriaco. Los datos de las estadísticas judiciales austriacas indican que el 45% de las causas ordinarias ante los Tribunales, se deciden en *un mes*; el 35% en *tres meses*; el 15% en *seis meses*, y de las que superan los seis meses, solamente el 1% excede de *un año*. Cfr. CHIOVENDA, Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento, elaborado por la comisión de post-guerra, en Ensayos, cit. Vol. II, pág. 245.

<sup>(15)</sup> Cfr. CALAMANDREI, Istituzioni, Vol. I, pág. 165.

<sup>(16)</sup> Cfr. MILLAR, Ob. cit., pág. 95 y sigtes.

Un sistema procesal determinado está regido pues por este principio, cuando establece la división vertical de la causa en frases, en cada una de las cuales corresponde adoptar determinadas medidas, de tal modo que si no se cumplen dentro del término que les corresponde, no pueden ya volverse a realizar.

Esta es sustancialmente, la estructura del proceso medioeval, como la concebía el Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII, quien dividía las frases de los pleitos en nueve tiempos <sup>(17)</sup>.

El proceso civil venezolano está regido por este principio de orden consecutivo legal con fases de preclusión. Un esquema de las frases o tiempos que lo integran, puede sintetizarse así: 1º una fase inicial para la contestación de la demanda, que debe tener lugar en el lapso perentorio de diez días hábiles después de citado el demandado o el último de ellos si fueron varios (Art. 244). Este lapso legal sólo puede reducirse por el Juez en materia mercantil, en los casos que requieren celeridad, en los cuales podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aún de una hora para otra (Art. 1.099 Cód. Com.). 2º Una fase para la oposición de las excepciones dilatorias (Art. 247) que da lugar a un trámite incidental sobre la materia de la excepción, quedando así diferida para después de concluida esta incidencia, la contestación al mérito de la demanda. Esta incidencia sobre las excepciones dilatorias está a su vez dividida en fases y lapsos legales consecutivos, tales como el de la contestación de la excepción (Art. 249); el de pruebas (Art. 251), el de relación y el de informes y finalmente, el de la sentencia interlocutoria y su fase de apelación (Art. 254). 3º Una nueva fase para la proposición de las excepciones de inadmisibilidad, cuyo trámite es también previo, e impide entrar en la consideración del mérito de la causa. 4º La fase propiamente de la contestación al fondo de la demanda, que tiene lugar si el demandado no ha opuesto a la demanda excepciones dilatorias o de inadmisibilidad, o cuando opuestas en su oportunidad, hubiesen sido declaradas sin lugar por sentencia interlocutoria firme (Art. 262). 5º La fase probatoria, que se abre el mismo día y por el mismo hecho de haberse contestado el mérito de la demanda (Art. 278), fase

(17) Cfr. UREÑA Y BONILLA, Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del Siglo XIII. Madrid, 1924, págs. 379 y sigtes.

que comprende un lapso de diez audiencias para promover las pruebas (Art. 289) y otro de veinte audiencias para evacuar las pruebas promovidas y admitidas (Art. 294), pudiendo además las partes formular oposición a la admisión de las pruebas promovidas, antes de que hubiesen sido admitidas por el Juez (Arts. 291-292), y también apelar libremente de toda negativa de prueba (Art. 295). 6º Vencida la fase probatoria, tiene lugar la fase de relación de la causa (Art. 404) que debe realizar el Juez leyendo en audiencia pública las correspondientes actas del expediente de la causa. 7º Concluida la relación, sigue la fase de los informes (Art. 405), y concluidos los informes, comienza el lapso para pronunciar la sentencia (Art. 161).

Como se vé, los nueve tiempos de los juicios, a que se refería Jacobo de las Leyes en el Siglo XIII, se han multiplicado en nuestro proceso, y se produce así un fraccionamiento y una dispersión tal de los actos en el tiempo, que el proceso se convierte en un instrumento lento y costoso, al estilo del proceso romano-canónico que imperaba en la época medioeval.

Se comprende fácilmente la diferencia que existe entre este sistema y el sistema oral, en el cual es en el debate oral, que comienza con la llamada de la causa a la audiencia pública, donde las partes y los abogados exponen de viva voz las demandas y excepciones, desarrollan las razones de hecho y de derecho que les asisten, indican las pruebas de que desean servirse y las realizan de inmediato y en definitiva se dicta la sentencia por el Juez, concentrándose así todas las actividades de la causa en esa audiencia, que es el centro del debate, o en varias audiencias muy próximas, si aquélla no fuere suficiente para agotar la causa <sup>(18)</sup>.

## 6. MEDIACION E INMEDIACION

El principio de *inmediación* —nos dice MILLAR— caracteriza un proceso en el que el Tribunal actúa en contacto directo con las partes y con los testigos, mientras que el de *mediación* rige

(18) Un examen de la oralidad como fue concebida en los diversos proyectos de reforma que precedieron al nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, puede verse en nuestro estudio: "La reforma procesal italiana de 1942", ya citado. Y consideraciones más amplias sobre el proceso venezolano, en nuestro estudio "La justicia civil venezolana", citado.

en juicios en que este contacto tiene lugar a través de un agente intermediario.

El principio de inmediación —asienta CHIOVENDA— quiere que el Juez que deba pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales debe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc., a base de la inmediata impresión recibida de ellos, y no a base de la relación ajena.

Por el contrario, cuando el criterio o la opinión del Tribunal se forma bajo el influjo de comunicaciones preparadas por un tercero, entonces el procedimiento puede decirse de mediación y no de inmediación.

La intermediación procesal supone además que el Juez de la causa debe estar desde el principio de la tramitación hasta el fin, constituido por la misma persona física, de modo que sea estrecha la relación que exista entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones él debe valorar <sup>(19)</sup>.

La intermediación viene a reforzar y a hacer prácticamente actuable la oralidad, aunque no es verdad, como sostienen algunos, que la intermediación sea exclusivamente propia de los procesos orales.

La intermediación es susceptible de ser combinada tanto con el principio de escritura como con el de oralidad. En verdad el principio de intermediación predomina en cuanto al Tribunal y no en cuanto a la forma del juicio. Siempre que el Juez derive su saber de los hechos de la causa por percepción directa de los mismos, aunque éstos le sean presentados por escrito por las partes, rige el principio de intermediación y no su contrario.

Sin embargo, generalmente la intermediación va conectada con la oralidad y la mediación con la escritura.

El proceso civil venezolano, siendo un proceso escrito, con

<sup>19)</sup> Cfr. MILLAR, Ob. cit., pág. 169 y sigte. CHIOVENDA, Ensayos cit., Vol. II, pág. 254. CALAMANDREI, ob. cit. Vol. I, pág. 164. Una amplia y especial consideración del principio de intermediación y de su relación con la escritura y la oralidad, hace EISNER, Isidoro, en su libro recomendable por muchos conceptos titulado "La intermediación en el proceso". Depalma. Buenos Aires. 1963.

documentación o protocolización de las actuaciones en el expediente, realiza plenamente el principio de inmediación, cuando los jueces no hacen uso de la facultad de "comisionar" a otra autoridad judicial para la práctica de los actos de sustanciación del juicio. Pero como el abuso de la *comisión* es la regla general en la práctica del foro, debemos concluir, que de hecho, el proceso civil venezolano deviene un proceso regido por la mediación.

No son necesarias mayores explicaciones para comprender la importancia de realizar plenamente en el juicio la intermediación procesal, por las beneficiosas consecuencias que produce en cuanto a la calidad y a la bondad de las sentencias y a la buena marcha de la administración de justicia.

Se comprende ahora, después de analizar los principios mencionados, la íntima conexión que existe entre los de *oralidad*, *concentración* e *inmediación*, al punto de llegar a ser cada uno fundamento y condición necesaria del otro, para caracterizar un tipo de proceso civil: el proceso oral, antitético del proceso escrito, fraccionado y mediatizado.

El proceso oral, es pues, un proceso concentrado, en el cual las actividades importantes del mismo se realizan de viva voz, entre presentes, en una audiencia o debate en el cual el Juez entra en estrecho contacto con las partes y con los medios de prueba que han de formar su convicción para decidir.

## 7. PRINCIPIO DISPOSITIVO E INQUISITORIO

Se dice que en un proceso rige el "*principio dispositivo*" o de "*presentación por las partes*", cuando corresponde exclusivamente a éstas determinar el alcance y contenido de la disputa judicial y queda el Tribunal limitado a la sola consideración de lo que los litigantes han planteado ante él. La vigencia de este principio encuentra su justificación en que el objeto de la controversia es siempre una relación jurídico-privada, en la cual no está interesado el Estado, y por tanto, debe quedar librada al poder de disposición de los particulares la materia o el interés cuya tutela procuran en el proceso.

Este principio dispositivo, ha dicho en Italia el Ministro GRANDI de Justicia, no es otra cosa en substancia que el reflejo en el campo procesal de la autonomía privada dentro de los

límites señalados por la ley, que encuentra su afirmación más enérgica en la figura del derecho subjetivo; hasta tanto la legislación sustancial reconozca dicha autonomía, el principio dispositivo debe mantenerse en el proceso civil, por razón de coherencia, como expresión imprescindible del poder conferido a los particulares para disponer de su esfera jurídica <sup>(20)</sup>.

En cambio, rige el principio *inquisitorio*, cuando el Juez, aún teniendo ante sí a dos partes, esté desvinculado, para la investigación de la verdad, de la iniciativa y de los acuerdos de las mismas.

Aparece este principio, en todos aquellos casos en que las partes no tienen la libre disponibilidad de la relación jurídico-privada que es objeto del juicio, como son aquellos en que se debate acerca del estado y capacidad de las personas (matrimonio, interdicción, inhabilitación), en los cuales se quiere garantizar que la actividad administrativa —como observa CALAMANDREI— necesaria para modificar ciertas relaciones de derecho privado, que es socialmente útil mantener sin variación mientras falten los presupuestos de modificabilidad o de anulabilidad rigurosamente previstos por la ley, no pueda ser prestada por el Estado sino en virtud de pronunciamiento jurisdiccional que declare la existencia de tales presupuestos <sup>(21)</sup>.

El proceso civil ordinario venezolano está regido por el principio dispositivo, del cual son manifestaciones expresas las máximas "*Nemo iudex sine actore*"; "*Ne procedat iudex ex officio*"; "*Ne eat iudex ultra petita partium*"; según las cuales, en materia civil el Juez no puede proceder sino a instancia de parte, salvo el caso de que la ley lo autorice para obrar de oficio, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia judicial aunque no la soliciten las partes (Art. 11 C.P.C.); debiendo los jueces atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados (Art. 12 C.P.C.); debiendo la sentencia contener decisión expresa,

<sup>(20)</sup> Cfr. Código de Procedimiento Civil italiano. Exposición de Motivos cit. N° 13.

<sup>(21)</sup> Para toda esta cuestión véase el magistral estudio de CALAMANDREI, Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio, en Estudios sobre el proceso civil. Trad. de SENTIS MELENDO. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945, pág. 227 y sigtes., especialmente N° 11.

positiva y precisa, con arreglo a las acciones deducidas y a las excepciones opuestas, condenando o absolviendo en todo o en parte, nombrando a la persona condenada o absoluta y la cosa sobre que recae la condenación o absolución, sin que en ningún caso se pueda absolver la instancia (Art. 161 C.P.C.).

## 8. EL PRINCIPIO DE IMPULSO DEL PROCESO POR LAS PARTES

Si bien el principio dispositivo rige en nuestro proceso civil en cuanto a las funciones de las partes y del juez relativas al contenido de la causa, y se justifica por las razones que han sido expuestas más arriba, no puede en cambio justificarse el de impulso del proceso por las partes, que rige en cuanto a la marcha y dirección del mismo.

Según este principio, incumbe también a los litigantes cuidar del adelanto del proceso, mediante el cumplimiento de los actos procesales pertinentes, correspondiendo al Juez efectuar solamente aquellos que soliciten las partes.

El magistrado judicial ha llegado a convertirse en nuestro sistema, por la exageración de este principio, en un personaje inerte, de brazos cruzados, simple espectador de la lucha de las partes, sin que pueda intervenir si no es solicitado por éstas.

En este campo, no se ha valorado en absoluto el interés público del Estado en la realización del orden jurídico y en el desarrollo del proceso, y se ha olvidado que el proceso es el instrumento puesto a disposición de los particulares para la protección de sus derechos subjetivos y al mismo tiempo el medio de que dispone el Estado para realizar su interés público en la observancia de la ley <sup>(22)</sup>. Y si para algunos el interés del Estado se agota en la apertura de la vía judicial, en el debido juzgamiento de la materia litigiosa y la garantía de la ejecución <sup>(23)</sup>, en cambio para otros, y sobre todo para las concepciones más recientes, se hace notar que en el proceso civil el Juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia de manera

<sup>(22)</sup> Cfr. CHIOVENDA, Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Napoli. 1933, Vol. I, pág. 32.

<sup>(23)</sup> Cfr. WACH, Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana. Trad. de KROTOSCHIN. EJEJA. Buenos Aires. 1958, pág. 60.

activa, rápida y eficaz; y se sostiene que aún si la controversia atañe a relaciones de derecho privado, que las partes hubieran podido disponer libremente, prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyo destino pueda dejarse librado al interés individual de los litigantes.

También en los juicios sobre cuestiones de derecho privado —nos dice GRANDI— entra en juego, al requerirse la intervención del Juez, ese interés eminentemente público en la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares invoquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma, y tampoco que abrumen a los Tribunales con sus fintas dilatorias que el Juez ha de presenciar inerte hasta tanto así lo quieran los litigantes. Aún si la relación debatida es de puro derecho privado, el Juez ha de estar proveído de los poderes de orden y disciplina indispensables para que el proceso no se paralice y no se desvíe: debe ser su director y su propulsor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el "*thema decidendum*", pero corresponde al Juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada (24).

Así pues, paralelamente al interés privado de los litigantes, tutelado por el principio dispositivo, encontramos también en el proceso el interés oficial en la ordenada administración de justicia, en el cual debe fundarse el fortalecimiento de los poderes del Juez para la dirección del proceso civil, mediante el *impulso de oficio*.

La doctrina y la jurisprudencia venezolanas han venido sosteniendo desde antiguo el criterio más restringido y más rígido en cuanto al poder del Juez en el proceso civil, y generalmente, sin plantear la distinción entre las facultades del Juez relativas al *contenido* de la causa y aquellas otras que se refieren a la *marcha o dirección* del proceso, niegan al Juez toda iniciativa oficiosa para asegurar la prosecución del proceso hacia su meta final, por considerar estos poderes incluidos en la máxima dispositiva (25).

(24) Cfr. Código de Procedimiento Civil italiano. Exposición de Motivos cit. N° 12.

(25) Cfr. FEO, Ramón F. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil venezolano. Ed. Biblioamericana. Argentina-Venezuela. 1953, Tomo I, pág. 45. Cfr. BORJAS, Arminio. Comentarios al Código de Procedimiento Civil ve-

## 9. EL PRINCIPIO EN QUE "LAS PARTES ESTAN A DERECHO"

Rige también en el proceso civil venezolano, el principio de que "*las partes están a derecho*", el cual, si bien no es originario de nuestra cultura jurídica, pues ya se encontraba en el derecho canónico y en la práctica de la Rota Romana, puede decirse que actualmente es característico de nuestro proceso y no se encuentra en los demás de su misma índole en América Latina (26).

Según este principio, "hecha la citación para la litis-contestación, no habrá necesidad de practicarla de nuevo para ningún otro acto del juicio, ni la que se mande verificar suspenderá el procedimiento, a menos que resulte lo contrario de alguna disposición especial de la ley" (Art. 134 C.P.C.).

Se coloca así a los litigantes en la situación procesal de poder tener conocimiento legal de todos los actos del proceso, sin necesidad de notificaciones ni traslados de las actuaciones a las partes, creándose de este modo una suerte de carga que grava a cada litigante y le lleva por imperativo de su propio interés a estar vigilante para poder controlar los actos que realice la contraparte o el Juez y ejercitar en tiempo oportuno las objeciones, recursos e impugnaciones que fueren procedentes en beneficio de su situación en el proceso.

Coadyuvan a la eficaz realización de este principio en el proceso civil venezolano, ciertas disposiciones que aseguran la publicidad de todos los actos procesales tanto entre las partes como en relación a los terceros o extraños al litigio (Arts. 19, 209 y 219 C.P.C.); la que impone al Secretario del Tribunal la obligación de dar informes a las partes sobre todo cuanto haya ocurrido en el asunto, cuando éstas así lo soliciten, o facilitarles el expediente para que se impongan de cualquier solicitud hecha o providencia dictada (Art. 212 C.P.C.); la que ordena a los tribunales fijar a las puertas del despacho una tablilla donde se haga saber al público las horas destinadas a

(26) Cfr. LORETO, Luis. "El principio de que "las partes están a derecho", en el proceso civil venezolano en Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti. Padova 1950. Vol II, pág. 341 y sig.; reproducido en Estudios de Derecho Procesal Civil. Caracas. 1956, pág. 23 y sigtes.

las audiencias y a la Secretaría y la obligación de llevar un libro Diario del Tribunal donde se anote día a día las actuaciones ocurridas en cada asunto (Art. 208 C.P.C.).

Por todo ello, este principio de que "las partes están a derecho", no es atentatorio a los derechos de la partes —dice LORETO— porque sólo a éstas puede imputarse el perjuicio que pueda sobrevenirles por ignorar una solicitud o diligencia de la contraparte, o por dejar de asistir a un acto en cuya práctica tenga interés para hacer valer algún alegato, o por desconocer que el Tribunal ha dictado un auto interlocutorio o pronunciado sentencia definitiva (27).

## PUBLICIDAD Y RESPONSABILIDAD

### 10. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD,

Estos principios no son de menor importancia en el proceso civil venezolano que los señalados hasta ahora.

a. El de *igualdad* de las partes en el proceso quiere asegurar que los Tribunales mantengan a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades; y en los privativos de cada una, que las mantengan respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.

Se trata indudablemente de la *igualdad jurídica* de las partes, y no de la *igualdad económica* o *social* de las mismas, pues de éstas, la primera, la trata de alcanzar el Código con la institución de la "declaración de pobreza" o "asistencia a reserva" que estudiaremos en particular a su tiempo, y la segunda, está asegurada por la Constitución, que no permite discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social; no admite otro tratamiento oficial sino el de "ciudadano" y "usted" y no reconoce títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias, estando todos los habitantes de la República, tanto venezolanos como extranjeros, sometidos a cumplir y obedecer la Constitución, las leyes y los decretos, reso-

(27) Cfr. LORETO, ob. cit., pág. 0.

luciones y órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del Poder Público (28).

b. El de *publicidad* asegura el desenvolvimiento del proceso en tal forma que cualquier persona, bien sea parte o extraño a la causa pueda imponerse de las actuaciones que se realicen o existan en los Tribunales, estableciéndose las audiencias públicas, salvo que por causa de decencia se ordenare proceder a puertas cerradas, y pudiendo cualquier persona tomar los datos y copias simples que requiera, de autos existentes en el Tribunal, sin previo decreto o autorización del Juez.

La justicia se encuentra sometida así, al directo control y examen tanto de las partes como del público en general, no existiendo la posibilidad, vigente en otros tiempos, de una justicia secreta o de gabinete, extraña a la concepción democrática de nuestro tiempo, única capaz de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos (29).

c. Finalmente, el principio de *responsabilidad* no es otra cosa que la proyección necesaria en el campo del proceso civil del precepto constitucional según el cual el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley. De allí que los funcionarios del orden judicial sean también responsables, conforme al Código de Procedimiento Civil, al Código Penal y a las leyes orgánicas, de las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones, pudiendo además las partes o sus causahabientes intentar el recurso de queja para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces en materia civil, conforme al Título XVII del Libro Tercero del Código de Procedimiento (30).

d. Resumiendo los diversos caracteres formales del proceso civil venezolano, que le dan su estructura peculiar, se puede decir: que el proceso civil venezolano es un proceso escrito, fraccionado en multitud de fases o etapas preclusivas, cuya secuencia asegura la ley; en el cual una vez citado el demandado para la contestación, ya no tienen necesidad de ser citadas de nuevo las partes para ningún otro acto del proceso, debiendo el Juez atenerse, exclusivamente, a lo alegado y prop-

(28) Cfr. Art. 21 C.P.C. Arts. 52 y 61 Const. Nac.

(29) Cfr. Arts. 19, 209 y 219 C.P.C.

(30) Cfr. Const. Nac. Art. 121. C.P.C., Arts. 26, 27, 707 y sigtes.

bado por las partes, a quienes corresponde también, exclusivamente, cuidar del adelanto y desarrollo del proceso, sin que el Juez pueda proceder sino a instancia de las mismas, pero estando obligado a mantener la igualdad de las partes y la publicidad de la causa, siendo el Juez responsable de las faltas, delitos y violaciones de la ley que cometa en el ejercicio de sus funciones.

## 11. NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO

Hemos visto, al tratar de la estructura del proceso, cómo es el proceso. Ahora, al estudiar su naturaleza jurídica se trata de saber *qué es el proceso*.

Diversas teorías existen en el campo doctrinal para explicar la naturaleza jurídica del proceso. Las más importantes son: la que concibe al proceso como un *contrato*; la que lo considera como un *cuasi-contrato*; la teoría que lo caracteriza como una *relación jurídica*; la que considera que el proceso no es una relación jurídica sino una *situación jurídica*; la que lo considera como una *entidad jurídica compleja*; y la que sostiene que el proceso es una *institución*.

En esencia, el problema consiste, como dice COUTURE, en determinar si este fenómeno forma parte de alguna de las figuras conocidas del derecho, o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial, y en este último caso, decidir qué es el proceso como fenómeno particular <sup>(31)</sup>.

Trataremos de resumir las diversas teorías, para presentar el estado actual de esta cuestión.

## 12. EL PROCESO COMO CONTRATO

La doctrina del proceso como contrato se debe a los civilistas franceses de los siglos XVIII y XIX. Para formularla, tomaron inspiración en ciertos conceptos tomados del derecho romano que habían sobrevivido a su aplicación práctica. El más importante de éstos era el concepto de *litis-contestatio*, como se concebía en la época clásica y en el período formulario.

<sup>(31)</sup> Cfr. COUTURE, Fundamentos cit. Pág. 124.

La *litis-contestatio* en el derecho romano, era un *contrato* celebrado por las partes para someter la decisión de su conflicto a un Juez privado, en los primeros tiempos, y para obtener la fórmula en el derecho posterior. Mediante este contrato, las partes quedaban sometidas al Juez y obligadas a resolver la cuestión litigiosa en el proceso que se iniciaba con él, y producía el efecto consuntivo de una novación del derecho material discutido, el cual no podía ya más hacerse valer fuera de aquel determinado proceso, en el cual se consumía.

La evolución del concepto del Estado, la extensión del *Imperium* y el nuevo concepto de la jurisdicción que llevaron al Estado a asumir la función pública de administrar justicia mediante los jueces, hicieron inútil después el contrato de *litis-contestatio* de las primeras épocas, pero JUSTINIANO mantuvo la expresión para indicar el momento del proceso en el cual el demandado respondía, contestaba a la pretensión del demandante.

Sin embargo la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX siguió considerando que el juicio suponía la existencia de una convención entre partes, en la cual ambos litigantes se hallaban de acuerdo en aceptar la decisión de su conflicto por el Juez <sup>(32)</sup>.

La idea del proceso como contrato, nos dice COUTURE, cabalgaba sobre dos grandes disposiciones de espíritu del siglo XVIII: la primera, consecuencia del neoclasicismo, que consistía en referir los fenómenos modernos a los de la antigüedad; la segunda, la de examinar los fenómenos jurídicos y sociales bajo la especie del contrato. Fueron concebidos así como contrato las más diversas instituciones, como el matrimonio, la letra de cambio, la asociación y hasta la convivencia social.

Entre el pensamiento de Pothier —dice COUTURE— que fundamenta la cosa juzgada en el contrato privado, y el pensamiento de Rousseau que fundamenta la convivencia humana en el contrato social, existe una diferencia de escala pero no

<sup>(32)</sup> Para una noción clara de la *litis-contestatio* en el proceso romano. Cfr. GUGINO, Giuseppe, Trattato Storico della Procedura Civile Romana. Palermo. 1873, pág. 200. CARRELLI, Odoardo, La genesi del procedimento formulario. Milano. Giuffrè. 1946. MAZZCANE, Elio, La *litis contestatio* nel processo civile canonico. Ed. Eugenio Jovene. Napoli. 1954. BETTI, Emilio, Istituzioni di Diritto Romano. Padova. 1947. Vol. I, págs. 256, 259, 278.

de esencia. El pensamiento de Pothier es microscópico, el pensamiento de Rousseau es macroscópico <sup>(83)</sup>.

La crítica a esta doctrina contractualista del proceso es muy simple.

En el proceso moderno, no existe el contrato de *litis-contestatio* del derecho romano, ni puede encontrarse en la contestación de la demanda semejanza alguna con aquel viejo contrato judicial.

Aunque el demandado no quiera contestar la demanda, y no comparezca a dicho acto, el proceso sigue su curso, en ausencia del demandado (proceso contumacial-confesión ficta). El demandado tiene solamente la "carga" de comparecer para evitar los efectos dañosos que su ausencia le produciría en el proceso. Es un imperativo de su propio interés el que lo impulsa a comparecer, mas no una *obligación procesal*, ni mucho menos la necesidad de una convención con la otra parte. Los ciudadanos, en el derecho moderno, y el demandado en el proceso están *sujetos* al derecho y a los efectos del proceso o de la acción iniciada, aún en contra de su voluntad. Sería pues, como dice COUTURE, subvertir la naturaleza de las cosas, ver en el proceso, que es una situación coactiva, a la cual están *sujetas* las partes, un acuerdo de voluntades o un contrato.

Sin embargo, no puede desconocerse, que la concepción contractualista del proceso, fue el primer intento de sistematización que hubo en esta ciencia, pero que hoy no tiene sino un valor meramente histórico <sup>(84)</sup>.

### 13. EL PROCESO COMO CUASICONTRATO

Ante la debilidad de esta concepción, se dijo después, que si el proceso no es un contrato, porque en la *litis* contestación el consentimiento de las partes no es enteramente libre, ni tampoco un delito ni un cuasidelito, puesto que el litigante no hace más que usar de su derecho, lejos de violar los del otro, el proceso es entonces un *cuasicontrato*, que es la otra fuente de las obligaciones que existe.

<sup>(83)</sup> COUTURE. Fundamentos, pág. 128. *Idem*, Introducción al estudio del proceso civil, pág. 48.

<sup>(84)</sup> COUTURE, Fundamentos cit., págs. 127 a 129.

En la base de esta concepción seguía privando la idea de que la *litis*-contestación es un acto bilateral en su forma y originador de una obligación también bilateral en sí misma, pero que no presentando los caracteres del contrato, ni del delito ni del cuasidelito, se presenta en cambio con los caracteres del cuasicontrato.

Esta ha sido la teoría acogida tradicionalmente entre nosotros tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Nuestro comentarista BORJAS, al tratar de la contestación de la demanda nos dice que el juicio se constituye por virtud de la contestación, la cual crea entre las partes una situación jurídica especial, ligándolas por un vínculo voluntariamente contraído, que no les permite cambiar ni modificar, sin su mutuo acuerdo, los extremos de la controversia ni al actor retirar su demanda y desistir del procedimiento sin anuencia del demandado. Esta situación, que no es contractual, pero que sí tiene por fundamento un hecho lícito y voluntario, es lo que se denomina el *cuasicontrato de la litis* o el *cuasicontrato judicial* <sup>(85)</sup>.

A la concepción del proceso como cuasicontrato se llega pues, por eliminación. Analizadas las fuentes de las obligaciones y encontrando que el proceso no es un contrato ni delito, ni cuasidelito, se acepta al menos imperfecta, el cuasicontrato.

Sin embargo, como dice COUTURE, se ha omitido considerar que las fuentes de las obligaciones no son solamente cuatro sino cinco. La doctrina no ha tenido en cuenta la ley, y es ésta justamente, la que crea las supuestas obligaciones que la doctrina estaba buscando.

El proceso es una relación jurídica específica, regida por la ley <sup>(86)</sup>.

### 14. EL PROCESO COMO RELACION JURIDICA

La teoría del proceso como relación jurídica nació en Alemania. Fue expuesta por OSKAR VON BULOW en 1868 en su libro "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales".

<sup>(85)</sup> Cfr. BORJAS, Arminio. Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano. Ed. Biblioamericana. Tomo III. Pág. 49.

<sup>(86)</sup> Cfr. COUTURE. Fundamentos, cit., pág. 181.



Nunca se ha dudado —dice BULOW— que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al Tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocas, es decir, una *relación jurídica*.

Esta simple e importantísima realidad para el derecho científico, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida.

Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado, sin embargo —dice BULOW— a éstas no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos; desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública* <sup>(37)</sup>.

La relación jurídica procesal —agrega BULOW— se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión y va desarrollándose mediante una serie de actos, de modo que está en un constante movimiento y transformación.

Esta doctrina de BULOW, cuyos lineamientos fundamentales acabamos de exponer, fue recibida en Italia por CHIOVENDA, fundador de la escuela sistemática de derecho procesal, quien la hizo el centro de su sistema y de su doctrina sobre el proceso, desarrollando su noción hasta sus últimas consecuencias, examinando su naturaleza, su contenido, los sujetos de rela-

<sup>(37)</sup> Cfr. VON BULOW, Oskar. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad. Castellana de ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Ángel. EJEA. Buenos Aires. 1964. Págs. 1 y 2.

ción, la constitución de la misma, y el desarrollo, trámites y fin de la relación <sup>(38)</sup>.

a. En cuanto a su *naturaleza*, CHIOVENDA nos dice que la relación jurídica procesal es una relación *autónoma* y *compleja*, que pertenece al derecho *público*. Es autónoma porque tiene vida y condiciones propias, independientes y diferentes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las partes. Una cosa es la acción y otra la relación procesal. Aquélla corresponde a la parte que tiene razón; ésta es fuente de derechos y obligaciones para todas las partes. Es compleja, por cuanto no comprende un solo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos como sucede con muchas relaciones, aún de derecho civil (la sociedad); pero todos estos derechos coordinados a un fin común, que recoge en unidad todos los actos procesales. Y pertenece al derecho público porque se deriva de normas que regulan una actividad pública.

b. En cuanto a su *contenido*, nos dice CHIOVENDA, que el deber fundamental que constituye como el esqueleto de toda relación procesal, es el deber del Juez de proveer las demandas de las partes. Al Juez corresponde el deber de hacer todo lo necesario en el caso concreto para proveer (oír las partes, asumir las pruebas, etc.). Este deber forma parte del oficio del Juez, corresponde al Juez con relación al Estado y está garantizado por la responsabilidad penal y civil del Juez que se niega a proveer, aún bajo pretexto de silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley.

c. En cuanto a los *sujetos* de la relación procesal, dice que tiene al menos tres: el órgano jurisdiccional (Juez) y las partes (actor y demandado). Pero podemos encontrar más personas del lado del actor o del lado del demandado (litis-consorcio activo o pasivo). o de ambos lados (litis-consorcio mixto). Otras veces un interesado puede intervenir en una relación procesal ya existente originalmente entre dos sujetos y pedir por su cuenta, en favor propio, la actuación de la ley (intervención voluntaria, tercería); o puede ser llamado el tercero por una de las partes para que intervenga en la relación (intervención forzada, cita de saneamiento o garantía), etc.

<sup>(38)</sup> Cfr. CHIOVENDA. Principios de Derecho Procesal Civil. Trad. de CASAIS Y SANTALO. Madrid. Tomo I, págs. 123 y sigtes.

d. En cuanto a su *constitución*, la relación procesal se constituye con la *demanda*, en el momento en que es comunicada a la otra parte, puesto que no se puede estatuir en juicio si no es oída o al menos citada la parte contra quien se ha propuesto la demanda. Pero para que pueda constituirse la obligación del Juez de proveer las demandas, se requiere, además de una demanda perfecta y regularmente notificada al demandado, que es el acto constitutivo de la relación, algunas condiciones que se llaman *presupuestos procesales*, tales como la *competencia* del órgano jurisdiccional, la *capacidad procesal* de las partes, y en algunos casos, el poder de pedir en nombre propio la actuación de una voluntad de ley que garantice un bien a otros (sustitución procesal), a falta de los cuales la relación no tiene validez formal y se hace nulo todo el proceso.

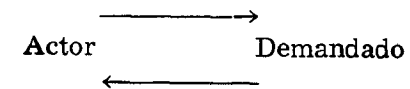
e. Y finalmente, la relación procesal es una relación en *movimiento*, en acción. Mientras las partes y el Juez se ocupan de la relación sustancial que es objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actividad. La relación se desarrolla pues, mediante la serie de actos de las partes y del Juez que son necesarios para llegar al pronunciamiento de la sentencia. Pero la relación puede *transformarse* bien objetivamente (cambio del objeto de la controversia), bien *subjetivamente* (cambio de las partes o del Juez); y puede *interrumpirse* (muerte de una de las partes) o *paralizarse*.

Por último, la relación puede extinguirse: bien por vía *normal* (sentencia), bien por medio de equivalentes (transacción, conciliación, desistimiento de la acción, convenio en la demanda).

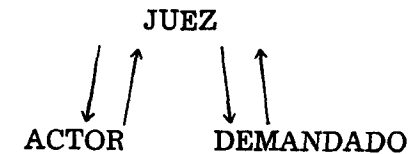
Esta teoría del proceso como relación jurídica, puede considerarse dominante en el campo procesal, no obstante las críticas que desde varios ángulos se formulan a esta teoría y las posiciones y doctrinas que han aparecido con posterioridad, especialmente la teoría del proceso como situación jurídica. Sin embargo, en lo que no existe acuerdo unánime entre los sostenedores de esta teoría, es en la forma de concebir la relación misma.

Así, mientras algún autor (KOHLEK) considera que la relación es solamente entre el actor y el demandado, de modo que

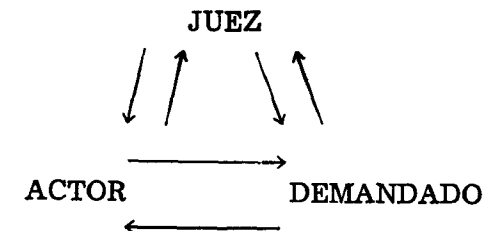
puede representarse como dos líneas paralelas que corren del actor al demandado y del demandado al actor:



Por otra parte se sostiene que tales vínculos no pueden expresarse con líneas paralelas sino en forma de ángulo, de modo que se comprenda también en la relación al Juez que es un sujeto necesario de ella y hacia el cual se dirigen las partes sin entrar en directa comunicación o vinculación las partes entre sí (HELLWIG):



Y finalmente una tercera posición considera que la relación procesal es triangular. No se trata solamente de vinculación de las partes al Juez y del Juez a las partes, sin nexo o ligamen de las partes entre sí. Y se sostiene que existen vínculos entre las partes, que vienen a cerrar el triángulo (WACHCHIOVENDA).



Estos gráficos nos demuestran —dice COUTURE— que el hecho de que el proceso sea una relación jurídica, no obsta a que, en su unidad, se halle compuesto de un conjunto de relaciones jurídicas menores que ligan no solamente a las partes con

el órgano de la jurisdicción, sino también a las partes entre sí, pudiendo considerarse correcta esta última proposición <sup>(39)</sup>.

## 15. EL PROCESO COMO SITUACION JURIDICA

La teoría que concibe al proceso como una situación jurídica se debe a JAMES GOLDSCHMIDT, quien dedicó a su exposición un famoso libro publicado en Berlín en 1925, titulado *El proceso como situación jurídica*, cuyo pensamiento fundamental se condensa luego en 1936 en una obra en castellano publicada en España por la Editorial Labor, S.A., titulada *Teoría General del Proceso*.

GOLDSCHMIDT comienza la construcción de su teoría, con una crítica de la doctrina de la relación jurídica procesal y sostiene que este concepto no tiene ninguna trascendencia ni con respecto a sus presupuestos, ni con respecto a su contenido.

Los llamados presupuestos de la relación jurídica procesal o "presupuestos procesales", entre los cuales contempla BULOW a la competencia del Juez y a la capacidad procesal de las partes, no son tales presupuestos del proceso, dice GOLDSCHMIDT, sino más bien presupuestos de una decisión sobre el fondo. La falta de estos requisitos no obsta a la constitución del proceso, sino a una decisión sobre el mérito o fondo de la causa.

Es verdad que según la Ley de Enjuiciamiento Civil española, y también según las leyes de procedimiento latinoamericanas derivadas de aquélla, la inexistencia de estos "presupuestos" son objeto de excepciones dilatorias (Art. 248 C.P.C. venezolano) y que estas excepciones suspenden el curso de la demanda, cuando el demandado las propone en el término legal; sin embargo, transcurrido el término sin que el demandado haya propuesto la excepción, la cuestión puede resolverse todavía como cuestión previa al fondo, porque la falta de los presupuestos procesales impide una decisión sobre el fondo, pero no impide que la relación surja aunque sea a los limitados efectos de declararse la inexistencia de aquellos requisitos <sup>(40)</sup>.

Tampoco en cuanto a su contenido tiene trascendencia el

<sup>(39)</sup> COUTURE. Fundamentos cit., pág. 135.

<sup>(40)</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, Teoría General del Proceso, págs. 18-19.

concepto de relación jurídica procesal. Es verdad que incumbe al Juez la obligación de conocer la demanda, pero para fundar esta obligación —dice GOLDSCHMIDT— no se precisa una relación procesal. Tal obligación se basa en el Derecho público, que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el Juez, cuyo cargo, a su vez, le impone al mismo tiempo, obligaciones frente al Estado y al ciudadano. No se puede decir que estas obligaciones no tengan correlatividad con ningún derecho subjetivo. Al contrario, en el Estado de derecho esa correlación existe; pero la infracción de estas obligaciones, la lesión de esos derechos, particularmente la denegación de justicia, es de mera índole pública criminal o civil, pero no procesal, y los medios para hacerla valer caen fuera del trámite regular de los recursos <sup>(41)</sup>.

Finalmente, tampoco incumbe a las partes obligaciones procesales. Es verdad —dice GOLDSCHMIDT— que en el Derecho romano, y hasta las postrimerías de la Edad Media, el demandado tenía obligación de cooperar a la *litis-contestatio*, y dar inicio voluntariamente a las fases del proceso que hace posible una sentencia sobre el fondo. Pero en el proceso moderno no existe ya una obligación del demandado de someterse a la jurisdicción estatal, sino un estado de sujeción a la misma. Por eso la no comparecencia del demandado no implica otra consecuencia que la continuación del pleito sin su presencia (juicio en rebeldía, proceso contumacial, confesión ficta). La "obligación" del demandado de cooperar a la *litis-contestatio* ha sido sustituida por la "carga" de comparecer y contestar a la demanda, la cual se impone al demandado en su propio interés. Mucho menos incumben obligaciones al demandante, sino solamente cargas, especialmente la de afirmar hechos en la demanda, la de aportar pruebas, etc. Estas cargas son imperativos del propio interés, de las cuales la parte tiene que desembarazarse si quiere obtener una ventaja procesal o prevenir un perjuicio en su situación procesal <sup>(42)</sup>.

Partiendo de esta crítica, GOLDSCHMIDT elabora su teoría de que el proceso no es una relación jurídica sino una situación jurídica, esto es: *"El estado de una persona desde el punto de*

<sup>(41)</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 19-20.

<sup>(42)</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 20-21-22.

*vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas*".

Para explicar su teoría, GOLDSCHMIDT advierte, que el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. En tiempo de paz el derecho es estático y constituye algo así como un reinado intocable: esta situación del derecho político se proyecta en forma idéntica al orden del derecho privado. Pero estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expectativas. De la misma manera, también en el proceso, el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas, ya que no otra cosa constituye ese estado de incertidumbre que sigue a la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir que, como en la guerra, se reconozcan derechos que no existen.

Esta metáfora tan expresiva, le permite a GOLDSCHMIDT distinguir después una doble naturaleza de las normas jurídicas: por un lado, las normas jurídicas representan imperativos a los ciudadanos, y por otro son medidas para el juicio del Juez. La primera cualidad conviene a las normas jurídicas, en cuanto se refiere a su función extrajudicial (consideración estática o material del derecho). De la segunda cualidad ha de partir la consideración dinámica o procesal.

Ahora bien, cuando el derecho se considera como medio del arbitrio judicial, como medida para el juicio del Juez, todos los nexos jurídicos han de consistir en una relación con la sentencia judicial esperada, es decir, que estriban en la expectativa de la conducta del Juez, del partido que tomará y, en último término, de la sentencia que dicte.

De aquí deduce GOLDSCHMIDT los verdaderos nexos procesales de las partes, que hace consistir no ya en derechos y obligaciones en el sentido tradicional, sino en *expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas procesales*, que son las categorías jurídicas creadas por GOLDSCHMIDT para la construcción de su teoría del proceso como situación jurídica.

Así pues, los nexos jurídicos de los individuos que se constituyen correlativamente en el proceso, son: *expectativas* de

una sentencia favorable o *perspectivas* de una sentencia desfavorable. La expectativa de una sentencia favorable depende regularmente de un acto procesal anterior de la parte interesada, que se vé coronado con el éxito. Al contrario, la *perspectiva* de una sentencia desfavorable depende siempre de la omisión de un acto procesal de la parte interesada. La parte que se encuentra en situación de proporcionarse mediante la realización de un acto una ventaja procesal, y en definitiva una sentencia favorable, tiene una *posibilidad* u *ocasión procesal*. Por el contrario, cuando la parte tiene que ejecutar un acto para prevenir un perjuicio procesal, y en definitiva una sentencia desfavorable, le incumbe una *carga* procesal.

La *expectativa* de una ventaja procesal y en último término de una sentencia favorable, la *dispensa de una carga procesal* y la *posibilidad* de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen pues, para GOLDSCHMIDT, los *derechos* en el sentido procesal de la palabra; y por otro lado, la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio procesal, y en último término, una sentencia desfavorable, representa una *carga procesal*, que corresponde al concepto material del deber o de la obligación.

Estas categorías procesales no caen bajo el concepto de la relación jurídica en el sentido tradicional, es decir, no son ni sometimientos bajo imperativos ni poderes sobre tales; ellas representan más bien, situaciones jurídicas, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas<sup>(43)</sup>.

Esta doctrina del proceso como situación jurídica ha sido criticada desde diversos ángulos, sobre todo por los sostenedores de la doctrina de la relación jurídica procesal.

Se ha dicho que la impresión más viva que se tiene leyendo el libro de GOLDSCHMIDT es la de que el autor mira el proceso no como debería ser según el derecho procesal, sino como el proceso, independientemente y fuera del derecho, se reduce a ser en la realidad práctica, a consecuencia de las imperfecciones del Juez que no sabe o no quiere decidir según el derecho, y de la mayor o menor destreza con que las partes consiguen aprovechar las circunstancias y utilizar en su prove-

(43) Para todo este desarrollo véase la citada obra de GOLDSCHMIDT, especialmente el Capítulo IV, págs. 43-63.

cho los institutos judiciales que por definición deberían servir solamente a la justicia <sup>(44)</sup>.

Sin embargo, el mismo CALAMANDREI, en un estudio posterior admite que si bien las leyes procesales son dictadas en el interés público de la justicia, no se puede desconocer que en el proceso las partes persiguen fines más limitados y egoístas, algunas veces contrapuestos a aquél fin superior, y que el proceso tiene una estructura dialéctica, admirablemente presentada por GOLDSCHMIDT en su obra fundamental, en virtud de la cual toda iniciativa tomada por una de las partes abre a la contraparte la posibilidad de cumplir otra iniciativa destinada a rebatir la anterior, en tal forma que cuando en el proceso mi adversario realiza un acto, yo me encuentro, por efecto de su acto, en una situación diversa de aquella en que me encontraba antes de él: no puedo ignorarlo, porque si no reacciono en algún modo, mi inercia me podrá perjudicar, pero si quiero reaccionar, puedo hacerlo de varias maneras, porque tengo la elección entre varias posibilidades que aquel acto me abre.

Y si bien CALAMANDREI sostiene que esta dialéctica del proceso no destruye la exactitud de la teoría de la relación jurídica procesal en cuanto se refiere al núcleo central de ella que es el deber del Juez de proveer y el correspondiente derecho de las partes de obtener que el Juez provea, admite finalmente que el contenido concreto de esta obligación del Juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la concurrente actividad de las partes, según la variable puntuación de su juego <sup>(45)</sup>.

Más recientemente, el mismo CALAMANDREI, confiesa, que al releer hoy, a la distancia de más de veinte años la nota que escribió sobre el libro de GOLDSCHMIDT a poco de aparecer, no se sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que expresó entonces sobre la teoría de la situación jurídica, y declara más bien que GOLDSCHMIDT ha conseguido construir una teoría que, aún siendo rigurosamente jurídica, es, sin embargo, más que cualquier otra, adherente a la realidad viva del proceso de tipo dispositivo, en el cual la aleatoriedad del resultado final, dependiente del juego dialéctico de la actividad de las

<sup>(44)</sup> CALAMANDREI. Il processo come situazione giuridica. Rivista di Diritto Processuale Civile. 1927, I., pág. 219.

<sup>(45)</sup> CALAMANDREI. Il processo come giuoco. Rivista di Diritto Processuale. 1950, I, págs. 23 y sigtes.

partes, no debe considerarse como una degeneración patológica y excepcional que pueda ser descuidada en una reconstrucción de los institutos procesales *secundum ius*, sino que es una expresión esencial y característica del principio dispositivo, según el cual el Juez debe juzgar "*secundum allegata et probata*" <sup>(46)</sup>.

Otros autores han tratado de conciliar la doctrina de la situación jurídica con aquella de la relación procesal, y han sostenido que la teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica procesal.

En Argentina, HUGO ALSINA resume esta posición en los términos siguientes: "Podría decirse que el concepto de relación jurídica considera el proceso en su aspecto estático, como el conjunto de facultades y deberes que vinculan a las partes con el propósito común de obtener una sentencia que decida la litis; el de situación jurídica considera el proceso en su aspecto dinámico, referido a las distintas posiciones que, como consecuencia de su conducta, las partes ocupan recíprocamente en la relación procesal y que mejoran o empeoran en la esperanza de una sentencia favorable, según que cumplan o dejen de cumplir con las cargas procesales que constituyen alternativamente sus deberes y facultades <sup>(47)</sup>."

## 16. EL PROCESO COMO ENTIDAD JURIDICA COMPLEJA

La teoría del proceso como entidad jurídica compleja, se debe a GAETANO FOSCHINI, quien al formularla realizó también un esfuerzo de conciliación de las doctrinas de la relación jurídica procesal y de la situación jurídica.

FOSCHINI parte de la observación evidente de que la más inmediata visión que el proceso ofrece de sí mismo es la de una pluralidad de elementos (actos varios, situaciones variadas, relaciones diversas) y contemporáneamente de una uni-

<sup>(46)</sup> CALAMANDREI. Un maestro de liberalismo procesal. Revista de Derecho Procesal (Estudios en memoria de James Goldschmidt). Buenos Aires. 1951. Vol. I, págs. 159 y sigtes.

<sup>(47)</sup> ALSINA. La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires. 1952. I, págs. 1-12.

dad, en cuanto todos estos elementos están entre sí estrechamente coordinados. En este combinarse de la pluralidad con la unidad, en que reside la misma posibilidad de concebir el proceso como una *entidad jurídica* se centra el problema de su naturaleza.

La combinación de la pluralidad con la unidad indica ante todo —dice FOSCHINI— que el proceso es una entidad jurídica compleja <sup>(48)</sup>.

Situación jurídica, acto jurídico y relación jurídica, no son para este autor, tres diversas entidades, sino tres distintas perspectivas de la misma realidad jurídica observada respectivamente o en su aspecto estático (el ser), o en su aspecto dinámico (el devenir) o en su aspecto normativo (deber ser), y consecuentemente el proceso, según sea la perspectiva desde la cual es observado, aparece constituido o por un complejo de situaciones jurídicas, o por un complejo de actos jurídicos o por un complejo de relaciones jurídicas.

Es necesario —dice FOSCHINI— reducir estos elementos a un concepto unitario que los comprenda a todos, a fin de obtener una visión exacta acerca de la naturaleza jurídica del proceso.

Entre situación jurídica y acto jurídico, no existe otra diferencia sino la que se da entre el *ser* y el *devenir* y por tanto una diferencia de punto de vista, que en un caso es *estático* y en el otro *dinámico*. Acto y situación son dos perspectivas de la misma realidad jurídica vista en su dinámica y en su estática, pero siempre en su aspecto *concreto*.

Pero la realidad jurídica puede ser considerada también de modo *abstracto* (normativo), y en tal caso ella se presenta como “relación jurídica”. La relación jurídica está constituida por la visión normativa de la realidad, esto es, por la consideración de la realidad en función de las normas que la califican. La relación jurídica no es otra cosa que la misma situación jurídica en su *deber ser*. Situación jurídica, acto jurídico y relación jurídica representan pues la misma realidad jurídica bajo los tres diversos aspectos del *ser*, del *devenir* y del *deber ser*.

El proceso es por consiguiente, una entidad jurídica compleja, porque: a) desde un punto de vista (abstracto) norma-

(48) FOSCHINI. *Natura giuridica del processo*. Rivista di Diritto Processuale. 1948. I, pág. 110.

tivo es una relación jurídica compleja; b) desde un punto de vista (concreto) estático es una situación jurídica compleja; y c) desde un punto de vista (también concreto pero) dinámico es un acto jurídico complejo <sup>(49)</sup>.

A esta posición sostenida por FOSCHINI, se ha observado, que la consideración de un instituto jurídico como fenómeno complejo constituye, normalmente, el punto de partida de cualquier examen de carácter doctrinal. Que todos los fenómenos jurídicos son más o menos complejos. Que la calificación de un instituto como entidad compleja no es, virtualmente, una calificación. Que el proceso es sin duda complejo, pero que con esta proposición sólo se fija un punto de partida. Que la inquietud científica consiste precisamente en proceder por sucesivas descomposiciones y reconstrucciones, a aislar elementos y coordinarlos de nuevo para volcarlos luego en la gran unidad de la ciencia <sup>(50)</sup>.

## 17. EL PROCESO COMO INSTITUCION

La doctrina que concibe al proceso como una institución se debe fundamentalmente a JAIME GUASP, quien la desenvuelve en sus “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” española.

Sostiene GUASP que el proceso no debe concebirse como una relación ni como una situación, sino como *una institución jurídica*. Entiende este autor por institución, un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad <sup>(51)</sup>.

La institución se compone pues, de dos elementos: la idea objetiva, situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades, que se adhieren a dicha idea para lograr su realización.

(49) Un desarrollo más amplio de estos conceptos hizo luego FOSCHINI en su estudio “La complessione del processo” en la misma Rivista di Diritto Processuale. 1949.I, pág. 15 y sigtes.

(50) Cfr. COUTURE. *Fundamentos*, 3ª ed. pág. 140.

(51) Cfr. GUASP. *Ob. cit.*, Vol. I, pág. 22.

Como consecuencias fundamentales de la naturaleza institucional del proceso, GUASP formula las siguientes:

a. El proceso es una realidad jurídica de tendencia permanente; pueden nacer y extinguirse continuamente procesos concretos, pero la idea de una actuación estatal de pretensiones fundadas sigue siempre en pie.

b. El proceso tiene carácter objetivo; su realidad se determina, no por la actitud de las voluntades a las que se debe la actividad que lo integra, sino por la significación de la idea objetiva, superior a dichas voluntades.

c. El proceso no sitúa a los sujetos que en él intervienen en un plano de igualdad o coordinación, sino en un plano de desigualdad o subordinación; la idea jerárquica es también sustancial con el concepto de proceso.

d. El proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos procesales, sino dentro de límites reducidos que no pueden, en modo alguno, extenderse a la alteración de la idea fundamental del mismo.

e. El proceso es adaptable a la realidad de cada momento, sin que la consideración del respeto a situaciones subjetivas anteriores tenga la misma fuerza que en una relación de tipo contractual.

Esta concepción del proceso como institución, contó durante un período de tiempo con la adhesión entusiasta de COUTURE, quien dedicó a ella un cuidadoso estudio<sup>(52)</sup>; mas en la tercera edición (póstuma) de su obra *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, aparecida en 1958, COUTURE confiesa, con humildad científica que le honra, que su pensamiento en este punto, ha debido plegarse en retirada, por lo menos hasta el día en que la concepción institucional del derecho proyecte sus ideas hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica<sup>(53)</sup>.

En efecto, la palabra institución se emplea en multitud de acepciones y estas imprecisiones del léxico —dice COUTURE— son incompatibles con el rigor de pensamiento con que debe trabajar el jurista. El vocablo *institución* —nos dice COUTURE— tiene una primera acepción común y directa, equivalente a

(52) Cfr. COUTURE. El proceso como institución. Studi in onore di Enrico Redenti. Milano. Giuffrè. 1951. Vol. I, pág. 351 y sigtes. Idem. *Fundamentos*, 2ª ed. 1951, y también: Introducción al estudio del proceso civil. Depalma. Buenos Aires. 1949. Pág. 81 y sigtes.

(53) Cfr. COUTURE. *Fundamentos*, 3ª ed., pág. 145.

instituto, creación, organización; son instituciones, en este sentido, la familia, la empresa, el Estado. En esta acepción primaria y elemental se puede decir que el proceso es una institución, pero a partir de ese instante comienzan los equívocos, porque la concepción institucional del derecho, se apoya en una serie de supuestos más sociológicos que jurídicos. A través de ellos lo que se desea es acentuar el predominio de los valores que interesan a la comunidad sobre los que interesan al individuo, y de ello surge que la concepción puede ser utilizada desde las ideologías políticas de extrema izquierda hasta las de extrema derecha, para la justificación de sus postulados; desde la concepción católica o protestante, hasta la agnóstica o atea. El vocablo institución —concluye COUTURE— sólo puede ser utilizado en su acepción común y genérica, pero esto no excluye la concepción del proceso como relación jurídica.

## 18. EL PROCESO COMO CONDUCTA

Ha transcurrido ya casi un siglo desde que en 1868 BULOW inició la construcción científica del Derecho Procesal Civil con la teoría de la relación jurídica procesal.

Durante todo este largo período hemos asistido a una constante proliferación de teorías y posiciones que tratan de explicar la esencia del proceso civil, sin que hasta hoy se haya logrado un acuerdo entre los procesalistas. Sigue siendo valdada la observación de ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, al señalar que del proceso sabemos donde está pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.).

Sin embargo, un nuevo aliento en la investigación científica del proceso civil nos llega de la filosofía jurídica contemporánea, especialmente en su extensión egológica, desarrollada por COSSIO y su escuela jusfilosófica en Argentina, que al replantear toda la problemática de la delimitación ontológica del proceso judicial, lo considera como *el conjunto de conductas que intervienen organizadamente en la creación de una norma por el Juez*.

La noción del proceso, así considerado, es correlativa de la noción de la jurisdicción. El proceso adquiere relevancia en la ciencia jurídica, sólo en cuanto se forma con motivo de requerirse y prestarse la función jurisdiccional del Estado. Si

la jurisdicción es la función estatal destinada a crear los condicionamientos lógico-imputativos concretos necesarios para captar la significación jurídica de la conducta de los particulares, el proceso civil no es más que la vía de creación de aquellos condicionamientos, vale decir, el conjunto de conductas que intervienen organizadamente en la creación de una norma por el Juez.

Examinemos el alcance de esta definición:

a. En ella se destaca primeramente que el proceso es un *conjunto de conductas*. En el proceso no interviene una conducta sola, sino tantas cuantos son los sujetos procesales. El proceso no lo hace solamente el Juez, o el demandante o el demandado, aisladamente considerados, sino que el proceso lo hacen principalmente estos tres sujetos. Otras conductas pueden intervenir también eventualmente en el proceso (testigos, peritos, intérpretes, asesores, fiscales, etc.) y el conjunto de todas estas conductas constituyen el proceso.

Tradicionalmente el proceso es considerado en su solo aspecto normativo (relación jurídica, situación jurídica) porque se identifica Derecho y Norma, lo jurídico con lo normativo.

La consideración del fenómeno jurídico procesal como conjunto de conductas, es un capítulo de la problemática más general que plantea la consideración del Derecho como conducta (54).

Cuando se aspira a hacer del Derecho una ciencia, no puede seguirse conceptuando el Derecho como Norma, porque gnoseológicamente se hace imposible la Ciencia Jurídica, a menos que ésta se resuelva en pura lógica.

El jurista —se afirma— no puede conocer la norma con validez universal. Una norma vigente hoy, se deroga mañana. Una norma vigente aquí, regula un mismo fenómeno jurídico en diferente forma que una norma vigente allá. El conocimiento que el jurista tiene de la norma, puede ser cierto, pero no puede decirse que ofrezca validez universal. La única versión de validez universal que puede darse de la norma, se hace posible considerando ésta en su aspecto formal, como entidad

intelectual, como juicio. Pero esta versión formal, normativa, si nos proporciona la universalidad del conocimiento jurídico, nos resuelve la Ciencia Jurídica en pura y formal lógica.

Por ello, el objeto de la Ciencia Jurídica debe situarse en la *conducta humana*, y a su vez, el objeto de la Ciencia Jurídica procesal, en las conductas que intervienen en el proceso civil.

Dentro de esta concepción, las normas no son más que unas categorías lógicas de las cuales se sirve el jurista para conocer jurídicamente las conductas. En otras palabras, las normas son el medio de conocimiento de las conductas.

Un sencillo ejemplo muestra la verdad de este aserto: un marido y su mujer celebran un contrato de compra-venta sobre un bien propiedad del marido. Deseamos saber la posibilidad o imposibilidad jurídica de celebrar este contrato. Acudimos al Código Civil, y encontramos la norma del Artículo 1.481 que lo prohíbe. Analicemos lo ocurrido: hemos querido conocer (objeto) la relevancia jurídica de las conductas que intervienen en el contrato; hemos recurrido (medio) a la norma, y hemos podido saber (conocimiento) que tal contrato no está permitido.

Otro ejemplo: En un proceso civil, el Juez es recusado por una de las partes y no obstante, el Juez ordena seguir el curso de la causa. Deseamos conocer la relevancia jurídica de esta conducta del Juez. Acudimos al Código de Procedimiento Civil y encontramos la norma del Artículo 118 que prohíbe la continuación de la causa. Analicemos lo ocurrido: hemos querido conocer (objeto) la relevancia jurídica procesal de la conducta del Juez; hemos recurrido (medio) a la norma, y hemos podido saber (conocimiento) que tal conducta no está permitida.

b. Las conductas que intervienen en el proceso civil, lo hacen *organizadamente* y no en forma anárquica ni discrecional. Hemos visto que el proceso no escapa a la exigencia de certeza que es esencial al derecho. Esta exigencia de certeza requiere la organización de las conductas que intervienen en el proceso. La organización se logra solamente si las conductas individuales de los varios sujetos procesales se realizan bajo ciertas formas de expresión y en ciertas condiciones de lugar y de tiempo, que permitan a cada sujeto conocer con seguridad la conducta realizada por los demás, de tal modo

(54) Cfr. COSSIO. La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad. Buenos Aires, 1944. IDEM. El derecho en el derecho judicial. 2ª ed. Buenos Aires, 1959. Cfr. IBÁÑEZ DE ALDECOA. Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del derecho procesal. Buenos Aires, 1954.



que cada conducta de los sujetos procesales esté justificada por la precedente, y a su vez dé ocasión a la que le sigue.

Para valorar si las conductas se cumplen organizadamente en cuanto a su forma de expresión, al lugar y al tiempo de realizarse, hemos de acudir a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil que crean tales condicionamientos formales.

Así, por ejemplo: en un proceso pendiente, el Juez pronuncia su fallo definitivo, y al octavo día la parte perjudicada introduce apelación contra la sentencia. Deseamos conocer (objeto) la relevancia jurídica de la conducta de la parte. Acudimos (medio) al Código de Procedimiento Civil y encontramos el Artículo 177 que fija en cinco días el término para apelar. Así sabemos (conocimiento) que la conducta de la parte es irrelevante por no estar realizada conforme a los condicionamientos temporales en que ha debido realizarse.

c. Las conductas intervienen organizadamente en la *creación de una norma por el Juez*. Para captar la significación jurídica de las conductas, es necesario acudir a los condicionamientos lógico-imputativos (normas) que sirven para valorar las conductas. Estos condicionamientos son creados mediante la intervención de ciertas conductas y mediante un procedimiento, en forma organizada. En la estructura del Estado moderno, la creación de tales presupuestos lógico-imputativos se realiza en diversos planos, siguiendo una cierta gradación jerárquica que especializa cada vez más el acto de creación. Esta gradación ha sido concebida en forma piramidal, de modo que partiendo de una primera categoría normativa (Constitución) que contiene los conocimientos lógico-imputativos superiores, se va descendiendo en la actividad creativa hacia planos inferiores cada vez más concretos. Así, las conductas que crean los condicionamientos *legales* que sirven para valorar otras conductas, encuentran su presupuesto lógico-imputativo en la Constitución; las conductas que crean los condicionamientos lógico-imputativos *contractuales* para valorar determinada conducta concreta de los contratantes, encuentran sus presupuestos lógico-imputativos en la Ley, y del mismo modo, las conductas del Juez y de las partes, que intervienen en la creación de los condicionamientos lógico-imputativos que sirven para valorar las conductas de las partes en conflicto y que constituyen el objeto de la jurisdicción, encuentran sus presu-

puestos en la Ley (material y procesal). Por tanto, el proceso, que es la vía para la creación de tales condicionamientos, es por ello mismo la vía de creación de una norma, la más concreta y específica que puede darse en el proceso creativo de los condicionamientos legales.

## 19. LA FUNCION DEL PROCESO

El estudio de la función del proceso trata de aclarar para qué sirve el proceso, esto es, responder a la interrogación acerca de la finalidad del proceso. Si el estudio de la *estructura* nos muestra cómo es el proceso, y el de su *naturaleza* nos enseña qué es el proceso, el de la *función* nos aclara para qué sirve, o sea cuál es su fin.

Esta cuestión de la finalidad del proceso, se plantea por algunos autores más bien a propósito de la finalidad de la jurisdicción, o sea a propósito de la finalidad que se propone el Estado, cuando, con carácter de Juez, ejerce la función jurisdiccional. Se observa que el proceso como tal no tiene un fin. Que cuando se habla de un fin, queremos referirnos siempre a un sujeto volente que se lo propone; y como en el proceso son varios los sujetos que intervienen (el Estado, representado por el Juez, y las partes: actor y demandado) es natural que cada uno de ellos se proponga un fin diferente, y por tanto, no hay un fin del proceso sino fines de los sujetos procesales<sup>(55)</sup>.

Haciendo abstracción de la conveniencia de uno u otro encuadre sistemático de esta cuestión, vamos a tratar del fin del proceso, pensando no en un proceso concreto, con existencia en el espacio y en el tiempo, ni en los fines concretos que los sujetos procesales pueden perseguir en él, sino en el proceso civil como institución jurídica permanente, con existencia en toda sociedad jurídicamente organizada.

Tradicionalmente, dos posiciones antagónicas se dividen el campo doctrinal en relación al fin del proceso: la posición *objetiva*, que sostiene que la finalidad del proceso es la *actuación del derecho objetivo*, y la posición *subjetiva*, que enseña

(55) Cfr. CALAMANDREI. *Istituzioni*, cit. Vol. I, pág. 64. Cfr. ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. Trad. Esp. de OVEJERO. México, pág. 42.

por el contrario, que la finalidad del proceso debe situarse en *la defensa de los derechos subjetivos*.

La teoría *objetiva* la resume CHIOVENDA sosteniendo que en el proceso se desarrolla una función pública: *la actuación de la ley*, o sea, del derecho en sentido objetivo. A lo cual no se opone el hecho de que el proceso civil se inicia sólo a instancia de parte interesada y no de oficio, porque una cosa es la *naturaleza* de una función y otra el interés en su desarrollo *en el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular, pero esto no priva que lo que él pide sea la actuación de la ley; del mismo modo que —haciendo una comparación vulgar— si yo adquiero una cosa en el comercio, satisfago mi interés, pero el acto del comerciante, en sí mismo, no se encamina a este fin, sino a los fines generales de su comercio <sup>(56)</sup>.

La teoría *subjetiva* la sostiene en Italia SATTA, quien afirma que la jurisdicción tutela el interés privado que nace de la lesión del derecho, mediante la producción de una modificación jurídica que se llama sanción. El proceso es el modo de realización de esta sanción, la serie de las modificaciones necesarias a la realización misma <sup>(57)</sup>.

Contra la teoría subjetiva que coloca en primer plano la defensa del derecho subjetivo, se ha observado recientemente, que ella confunde en parte el fin de la demanda con el fin del proceso como institución; el fin de la demanda —se observa— determina el objeto de un proceso singularmente considerado, no el fin del proceso como institución; la declaración de certeza y la realización de los derechos subjetivos y de las pretensiones, es una consecuencia de la garantía del derecho objetivo, a la cual tiende la institución procesal; en este sentido, se puede considerar como fin del proceso en un caso concreto, la

(56) Cfr. CHIOVENDA. Principios... Trad. Esp. cit. Vol I, págs. 97-98. Esta posición es compartida en Italia por la escuela chiovendana en general, que la tomó de la escuela alemana, en la cual es sostenida por WACH, BULOW, KISCH y otros.

(57) Cfr. SATTA. Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo, en Rivista di Diritto Processuale Civile, 1937. I, págs. 32-49. Esta posición es compartida en Italia por SIMONCELLI, CAMMEO y ROCCO, Alfredo. En favor de la orientación objetiva, publicista, y en contra de SATTA, véase a CRISTOFOLINI. A proposito di indirizzi nella scienza del processo. Rivista cit. 1937, I, pág. 105 y sigtes.

garantía del derecho objetivo mediante la defensa del derecho subjetivo, que se funda en aquél <sup>(58)</sup>.

Como se vé, en esencia, la divergencia surgida entre los mantenedores de la teoría objetiva y de la subjetiva sobre los fines del proceso, radica en una divergencia de enfoque y de apreciación unilateral de los diversos intereses que entran en juego en el proceso. Aquellos que parten en su consideración de la apreciación del interés privado y por tanto, de una consideración *privatista*, acorde con la concepción del Estado liberal, consideran como fin del proceso, la defensa del derecho subjetivo de los particulares. En cambio, los que se hacen cargo del interés público que entra en juego en el proceso, y preconizan la concepción *publicística* de la jurisdicción, consideran como fin del proceso la actuación de la ley, la actuación del derecho objetivo.

Cualquiera que sea la concepción publicística que se sostenga sobre los fines del proceso, bien como actuación del derecho objetivo, o ya como creación de una norma jurídica por el Juez, es obvio, que el interés individual y el público en el proceso, no deben considerarse como dos fuerzas en oposición, sino más bien como dos aspiraciones aliadas y convergentes, cada una de las cuales, lejos de buscar beneficios con daño para la otra, considera la satisfacción de la otra como condición de la satisfacción propia. De este modo —observa CALAMANDREI— el particular al buscar la satisfacción de su interés individual, colabora en la satisfacción del interés público del Estado, mientras el Juez al realizar el interés público del Estado, defiende al mismo tiempo el derecho subjetivo del particular <sup>(59)</sup>.

El ligamen que asegura la colaboración de intereses públicos y privados en el proceso, está dado, según la más reciente interpretación, por la existencia de un interés o necesidad de tutela jurídica en el particular, que funciona como presupuesto general para la prestación de la tutela jurídica. En efecto, el Estado ejercita su potestad de decisión solamente cuando el solicitante tiene *interés* suficiente, esto es, una necesidad de

(58) Cfr. SCHONKE. Il bisogno di tutela giuridica, en Rivista di Diritto Processuale. 1948. I, pág. 132.

(59) CALAMANDREI. Istituzioni, Vol I, págs. 109-110.

ser tutelado. La necesidad de tutela jurídica, funciona pues, en el proceso, como un presupuesto general de la tutela misma, y en su eficacia práctica, este presupuesto coincide con los presupuestos procesales ordinarios, toda vez que su falta hace inadmisibile la demanda y no le da entrada al juicio <sup>(60)</sup>.

## LEGISLACION COMENTADA

<sup>(60)</sup> Cfr. SCHONKE. Il bisogno di tutela giuridica, cit. Cfr. COUTURE. Fundamentos, 3<sup>a</sup> ed., pág. 145. Cfr. Código de Procedimiento Civil venezolano: Arts. 14, 257, 261.

## ANOTACIONES A LA LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS

**Otho Perret Gentil**

Catedrático de Derecho Mercantil II en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

El 15 de junio de 1948, por disposición del Ministerio de Fomento, fue creada una Comisión encargada de redactar un "Anteproyecto de Ley de Seguros", para proceder a la reforma de la Ley de Inspección y Vigilancia de las Empresas de Seguros, la cual con sus modificaciones de 1936 y 1938 había estado en vigencia sin variaciones substanciales desde su promulgación el 15 de julio de 1935.

Aunque después de 1948 fueron elaborados varios anteproyectos, la necesidad de efectuar una reforma general de la Ley se tornó imperiosa con ocasión de los numerosos siniestros ocurridos a partir de 1959 en el llamado negocio de "avales", con enormes pérdidas para los aseguradores locales y para algunos reaseguradores internacionales, como consecuencia de las cuales varias empresas aseguradoras hubieron de cesar en sus actividades, algunas por haber reasegurado insuficiente o imprudentemente los riesgos, otras en algunos casos, por operaciones fraudulentas.

Se hizo patente la necesidad de un control, de una fiscalización y de una vigilancia más eficaces por parte de las autoridades venezolanas y de allí que se aceleraran los trabajos de las comisiones redactoras del proyecto de ley y que, en definitiva se promulgara la nueva Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, cuyo artículo final dispone que "entrará en vigencia el día 1º de julio de 1965", a pesar de que fue publicada posteriormente, el 9 de julio de 1965.

Así como la primera Ley de Inspección y Vigilancia de las Empresas de Seguros de 1935 se debió a la necesidad de normalizar la vida irregular de una empresa que nació para dedicarse al seguro de vida popular, denominada "La Prudencia", de efímera duración, la nueva Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros fue impulsada en su fase final, para convertirse de proyecto en Ley, por irregularidades ciertas veces dolosas observadas en algunas de las muchas empresas de seguros que proliferaron en el país, en la década posterior al año 1950.

Entre los diferentes sistemas de intervención del Estado en materia de seguros privados, la nueva ley conserva en esencia las modali-

dades de la anterior mediante una combinación de fiscalización, vigilancia y publicidad, pero al Superintendente de Seguros, a quien la ley derogada denominaba Fiscal General de Seguros, se le conceden facultades más amplias para cumplir sus funciones de fiscalización y vigilancia y le permite ejercer un moderado control que antes no tenía.

Por vez primera el legislador se ocupa directamente del reaseguro y somete asimismo a fiscalización a los intermediarios de seguro; sin embargo, se excede en la regulación de las actividades de las reaseguradoras establecidas en el país, quizás por no recordar que el contrato de reaseguro sólo puede concertarse entre dos aseguradores o entre un asegurador y un reasegurador y que si bien conviene tutelar los intereses del público asegurado mediante una adecuada protección a éste, resulta absurdo buscar excesiva protección para el asegurador frente a sus reaseguradores. La Ley prevé una serie de medidas fiscalizadoras, innecesarias, de las actividades de las empresas de reaseguro, sin beneficio aparente para los aseguradores directos pero creadoras de una carga más para el Estado al obligarlo a asumir funciones de fiscalización y vigilancia la mayoría de las veces inútiles. En efecto, los mejores fiscales del reasegurador establecido en el país son las propias empresas de seguro directo, las cuales deben considerarse suficientemente avisadas para escoger o desechar a sus reaseguradores, sean venezolanos o extranjeros. A aquéllos se les ha sometido al cumplimiento de normas a las cuales escapan necesariamente todos los reaseguradores extranjeros, con quienes se contrata —y por imperativos de orden técnico se continuará contratando— la mayor parte del reaseguro sobre riesgos venezolanos.

Dentro de las disposiciones generales de la Ley conviene destacar, por su importancia, la que niega efectos en Venezuela a los seguros contratados en el exterior, a menos que la prima correspondiente hubiere ingresado real y efectivamente al patrimonio de la empresa en el país, en los siguientes casos:

- “1. Seguros de Personas, si para el momento de la celebración del contrato el asegurado se encontrare domiciliado en el país.
2. Seguros sobre bienes situados en el territorio nacional.
3. Seguros sobre naves, aeronaves y otros vehículos matriculados en Venezuela” (Art. 4º).

La disposición es sana y de tendencia favorablemente nacionalista, pero deja en desamparo al estipulante del seguro sobre riesgos de los enumerados en los tres ordinales señalados, si los contrata en el extranjero con empresa autorizada para operar en Venezuela, pero por hecho ajeno a su voluntad, a saber, por hecho del asegurador, éste no ingresa la prima “al patrimonio de la empresa en el país”; en tal caso, en efecto, el contrato “no producirá efectos en Venezuela”.

#### LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS

La ley derogada había creado una Fiscalía General de Seguros. Una Ley de Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos le cambió el

nombre al Fiscal General y lo denominó Superintendente de Seguros; a partir de entonces así se le llamó impropriamente hasta que la vigente Ley regularizó el nombre del cargo y de la Oficina.

A la Superintendencia de Seguros se le atribuye ahora expresamente la facultad de resolver como árbitro arbitrador las diferencias que se susciten entre las empresas, o de éstas con los intermediarios, o el asegurado o beneficiario, en su caso, cuando los interesados de común acuerdo lo soliciten (Art. 11).

#### EL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS

A imitación de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito que prevé la existencia de un Consejo Bancario Nacional, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros crea un Consejo Nacional de Seguros integrado por el Superintendente de Seguros y un representante de cada una de las empresas de seguros y de reaseguros regidas por la Ley. Sus atribuciones serán las de estudiar las condiciones económicas del país en relación con las actividades aseguradoras y comunicar los informes obtenidos con sus conclusiones y recomendaciones al Ejecutivo Nacional a través de la Superintendencia de Seguros; absolver las consultas que le haga el Ejecutivo Nacional; estudiar la práctica de las actividades aseguradoras y procurar su coordinación y mejoramiento y ejercer las demás funciones cónsonas con su naturaleza y las que especialmente le señalen las leyes y sus reglamentos (Art. 12 y siguientes).

Será necesario ampliar las funciones del Consejo Nacional de Seguros por medio del Reglamento de la Ley y dotarlo de los fondos necesarios para su desarrollo mediante las futuras Leyes de Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos.

#### AUTORIZACIONES PARA CONSTITUIR Y OPERAR EMPRESAS DE SEGUROS O DE REASEGUROS

Dentro de una serie de disposiciones más reglamentarias que propias de una ley, el nuevo ordenamiento prevé dos etapas para la concesión de la autorización requerida para dedicarse a la actividad de seguros o de reaseguros.

Así, se requiere una autorización previa para la constitución de la sociedad, necesariamente anónima y con tal fin, quien proyecte constituir una empresa de seguros o de reaseguros en Venezuela deberá solicitar autorización previa del Ministerio de Fomento y sólo después de obtenida esa autorización podría pedir la inscripción del documento constituyente en el Registro Mercantil (Art. 22).

Varias condiciones elementales debe llenar toda sociedad aspirante a realizar operaciones de seguros en Venezuela, a saber:

- a. Adoptar la forma de sociedad anónima.
- b. Que no menos del 51% del capital pertenezca a personas vene-

zolanos y cuando éstas sean jurídicas, no menos del 51% de su capital debe pertenecer a personas venezolanas naturales.

- c. Tener como objeto fundamental la realización de operaciones de seguros o de reaseguros.
- d. Tener una Junta Administrativa compuesta por no menos de 5 miembros no ligados entre sí por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, la mayoría de los cuales deberán ser venezolanos.
- e. Que las acciones sean nominativas.
- f. Tener un capital mínimo que la ley señala en consideración a los ramos de seguros a que se dedican, a cuyo objeto se establecen tres ramas fundamentales de seguros: los de **vida**, es decir, aquéllos basados en la duración de la vida humana; los **generales**, que más jurídica y técnicamente podrían haber sido llamados seguros de daños y los de **garantías financieras**, denominación esta última bastante **sui generis** y que sin duda será fuente de numerosas y variadas controversias sobre su significación y alcance.

En aclaración a la ley derogada, según la cual era discutible si una empresa de seguros podía ser propiedad de una sola persona, la vigente obliga a la constitución de una sociedad anónima con capital mínimo. De éste, por lo menos el 51% habrá de pertenecer a venezolanos. El establecimiento de dicho porcentaje, de fondo y tendencia laudablemente nacionalistas, fue combatido por muchas, variadas y válidas razones cuando fue discutido en las Cámaras Legislativas, muy especialmente por la consideración de que es relativamente sencillo eludir el cumplimiento de la norma legal y en cambio atemoriza al capital foráneo que tanto necesita el país. Si a algunas empresas aseguradoras de capital extranjero le fueran imputables determinadas actitudes censurables, la forma de enmendarlas consagrada en la Ley que comentamos no es la más adecuada y por el contrario, convertirá en aparentemente nacionales, venezolanas, a empresas que son y seguirán siendo extranjeras por su origen, por su capital y por su administración. Los porcentajes mínimos de capital venezolano exigidos no suponen ninguna ventaja para el país ni para la actividad aseguradora y, en cambio, se ahuyentó de Venezuela el ingreso de capitales foráneos, al menos temporalmente.

El señalamiento de capitales mínimos para las empresas aseguradoras tiene como principal objetivo garantizar su estabilidad en los primeros años de ejercicio, durante los cuales, por necesidades técnicas suelen producirse pérdidas que sólo podrán ser recuperadas en ejercicios futuros. No se prevé, en cambio la posibilidad de constituir la sociedad con un determinado superávit a fin de que sobre éste se carguen, sin afectar al capital, las necesarias pérdidas de los primeros ejercicios especialmente en el ramo de seguros basados en la duración de la vida humana.

A consecuencia de las pérdidas sufridas por el mercado asegurador venezolano en el citado negocio de "avales", se prohíbe a las empre-

sas de seguros de vida operar en "garantías financieras" y en el mismo orden de ideas, las empresas de reaseguro nacionales no podrán aceptar reaseguro de garantías financieras.

#### CAUCION INICIAL

Es algo confusa la ley en cuanto al monto de las garantías iniciales que deben constituir las empresas de seguros o de reaseguros para operar. El primer Reglamento Parcial dictado con fecha 15 de diciembre de 1965 aclara dichos montos, el 25% de los cuales debe estar constituido por valores emitidos o garantizados por la nación y el resto por moneda de curso legal, cédulas hipotecarias o valores industriales o comerciales, nacionales, a satisfacción de la Superintendencia de Seguros. Los montos de las referidas garantías fueron aumentados en comparación con los exigidos por la ley derogada:

Cuatrocientos mil bolívares (Bs. 400.000,00) si operan en Seguros de Vida.

Cuatrocientos mil bolívares (Bs. 400.000,00) si operan en Seguros Generales.

Quinientos mil bolívares (Bs. 500.000,00) si operan en Garantías Financieras.

Ochocientos mil bolívares (Bs. 800.000,00) si operan en Seguros de Vida y Seguros Generales, conjuntamente.

Novecientos mil bolívares (Bs. 900.000,00) si operan en Seguros Generales y Garantías Financieras, conjuntamente.

Quinientos mil bolívares (Bs. 500.000,00) si operan exclusivamente en Reaseguros (Art. 9º del Reglamento Parcial de 15 de diciembre de 1965).

#### LIMITACION AL ESTABLECIMIENTO DE NUEVAS EMPRESAS

Cuando la situación económica del país o cuando las condiciones del mercado lo hagan aconsejable, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá negar la inscripción de nuevas compañías de seguros (Art. 133).

#### FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS

Como en casi todas las legislaciones sobre intervención o control del Estado en el seguro privado, la nueva ley mantiene la necesidad de que las pólizas y sus documentos complementarios y las tarifas que usen las empresas de seguros deberán ser previamente aprobados por la Superintendencia de Seguros (Art. 38) y se deja así claramente establecido que ésta no tiene facultad para imponer determinados modelos o tarifas, sino para aprobar los que le sean sometidos con tal finalidad. Salvo, naturalmente, los casos de seguros obligatorios, como fue en Venezuela el de Responsabilidad Civil de Vehículos.

Llama la atención, por los numerosos problemas de derecho privado que suscitará, la parte final del artículo 39, según la cual no beneficiarán a las empresas que las hicieren, las modificaciones, enmiendas o tachaduras hechas sobre los modelos, pólizas, anexos o cláusulas que les hayan sido aprobados por la Superintendencia de Seguros, salvo especial autorización de ésta o de que se trate de riesgos que por circunstancias inherentes a éstos obligue a establecer condiciones especiales.

#### RESERVAS TECNICAS

Las reservas matemáticas, correspondientes a los seguros de vida, se calcularán de acuerdo con los planes técnicos que previamente habrán de ser sometidos a la Superintendencia de Seguros. Se reforma así la disposición imprecisa de la ley derogada según la cual el cálculo de tales reservas debía hacerse "de acuerdo con los principios técnicos generalmente admitidos".

En cuanto concierne a las reservas de riesgos en curso, propias de los seguros de daños o de ramos generales, como los denomina la Ley, se mantiene la exigencia de que "no será inferior al 40% de las primas netas correspondientes al último ejercicio anual" y si bien se aclara lo que debe entenderse por primas netas, elimina el término "recibidas" durante el año, contenido en la disposición derogada. No dudamos que esta omisión será motivo para que alguien, por aplicación de sistemas no acordes con las disposiciones del Código de Comercio venezolano sobre el contrato de seguros, aspire a exigir el cálculo de tales reservas sobre las primas emitidas al cobro, sin recordar que en Venezuela, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el asegurador no tiene medios eficaces para compeler al pago de las primas y por tanto, un recibo emitido al cobro no corresponde a un crédito semejante al del vendedor por el saldo del precio.

En cuanto concierne a las reservas de riesgos en curso de las empresas que operan en el ramo de garantías financieras, el porcentaje fue elevado a una cantidad no menor del 60% de las primas correspondientes al último ejercicio anual. A estas empresas se las obliga, además, a separar de sus beneficios líquidos un 20% para formar un fondo de "reserva de contingencias, diferentes a las demás reservas previstas por el Código de Comercio y esta Ley, hasta que este fondo alcance a una cantidad no inferior al monto del capital pagado" (Art. 48).

#### INVERSION DE LAS RESERVAS TECNICAS

Dos regímenes diferentes crea la Ley para la inversión de las reservas técnicas (reservas matemáticas y reservas de riesgos en curso), según se trate de empresas que operen en garantías financieras o en otros ramos.

Las empresas que operen en el ramo de "garantías financieras" deberán invertir sus reservas de riesgos en curso, así:

- a. No menos del 40% en depósitos bancarios a la vista.
- b. No menos del 10% ni más del 20% en valores emitidos o garantizados por la nación.
- c. No más del 50% en acciones u obligaciones emitidas por sociedades anónimas venezolanas de acreditada solvencia constituidas en Venezuela o que habiéndose constituido en el extranjero tengan en la República el objeto principal de sus negocios y la mayor parte de sus activos o en acreencias a cargo del Estado venezolano o de Institutos Autónomos, debiendo en todo caso ser aceptados por la Superintendencia de Seguros (Art. 51).

Exigente se muestra la Ley en el control y vigilancia de las empresas que se dediquen al ramo de "garantías financieras". Las pérdidas, liquidaciones y quiebras ocurridas en la década de 1950 lo justifica.

En lo concerniente a la inversión de las reservas matemáticas y de riesgos en curso de las empresas de seguros de vida y de ramos generales que no sean "garantías financieras" también la Ley, imprudentemente en nuestra opinión, ha señalado porcentajes rígidos respecto de los bienes en los cuales aquéllas deben ser invertidas.

De acuerdo con la nueva Ley las reservas matemáticas "en el caso de seguro de vida y las de riesgos en curso en el caso de seguros generales deberán estar representados en Venezuela así:

1. No menos de un treinta por ciento (30%) por valores emitidos o garantizados por la Nación, las Entidades Regionales o las Municipalidades.
2. No más de un veinte por ciento (20%) en cédulas hipotecarias inmobiliarias, en cédulas hipotecarias industriales o agrarias, en acciones u obligaciones emitidas por sociedades anónimas de acreditada solvencia constituidas en Venezuela o que habiéndose constituido en el extranjero tengan en la República el objeto principal de sus negocios o la mayor parte de sus activos.
3. No más del cincuenta por ciento (50%) en la siguiente forma:
  - a. Dinero efectivo en caja o depositado en bancos domiciliados en el país.
  - b. Préstamos garantizados con prenda sobre los bienes a que se refieren los numerales 1º y 2º de este artículo, siempre que estos préstamos no excedan del setenta por ciento (70%) del valor de cotización de dichos bienes.
  - c. Préstamos garantizados con hipoteca de primer grado sobre inmuebles urbanos situados en Venezuela, siempre que no se atribuya a las reservas una cantidad superior al sesenta por ciento (60%) del valor del inmueble.
  - d. No más del treinta por ciento (30%) del porcentaje establecido en este ordinal en predios urbanos edificados, situados en Venezuela, libres de hipoteca, enfiteusis y anti-

crisis, hasta el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de dichos predios, estimados sobre la base del justiprecio efectuado por peritos autorizados por la Superintendencia de Seguros".

Aun cuando se faculta al Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, para disminuir el porcentaje (30%) correspondiente a la inversión de valores emitidos o garantizados por la Nación, las Entidades Regionales o las Municipalidades, la disposición comentada es a todas luces desafortunada, tanto en su concepción como en los porcentajes establecidos.

Habría bastado con indicar, como lo hacía la ley derogada, los bienes en los cuales se debían invertir las reservas técnicas; pero al establecerse porcentajes rígidos se impide a los administradores de las sociedades de seguros ajustar las inversiones a las necesidades y fluctuaciones del mercado y así como es muy elevado el 30% para inversiones en valores del Estado, resulta sumamente bajo el porcentaje asignado a cédulas hipotecarias, acciones u obligaciones de sociedades anónimas e irrisorio el señalado para inversiones en predios urbanos edificados (no más del 15% de las reservas técnicas). El excesivo intervencionismo del Estado en una materia tan técnica como es el seguro resulta a veces peligroso y contraproducente. Cuando en reciente congreso de actuarios celebrado en Londres y Edimburgo a fines de 1964 se llega a la conclusión de que debe dejarse libertad para la inversión de las reservas matemáticas, aquí dictamos una Ley que limita arbitraria y empíricamente dichas inversiones. Es más, cuando se llega mundialmente a conclusiones en el sentido de que una de las mejores inversiones de las empresas de seguros, para combatir las continuas devaluaciones monetarias es la adquisición de construcciones urbanas, aquí las limitamos a apenas un 15% de las reservas técnicas.

Es lo cierto que ni razones de carácter fiscal ni requerimientos relacionados con la buena ordenación de la actividad aseguradora justifican la obligación de invertir en valores públicos un porcentaje tan elevado de las reservas técnicas como lo es el 30% impuesto por la Ley.

Novedosa, pero muy ambigua es la previsión en el sentido de que en las empresas de seguros no podrán computarse dentro de las reservas técnicas "las acciones u obligaciones de compañías en las cuales tengan interés determinante". Precisar en qué consiste ese "interés determinante" será imposible en la mayoría de los casos.

Muy conveniente, en cambio, es la obligación creada de anotar en un libro especial los bienes que representan las reservas matemáticas y de riesgos en curso.

Es asimismo interesante la disposición, inspirada en legislación de Estados Unidos de América, conforme a la cual "en las compañías de seguro constituidas en Venezuela, la suma del capital pagado, las reservas de capital y las utilidades no repartidas al 31 de diciembre de cada año, deberá representar no menos del diez por ciento (10%) de la suma de las reservas matemáticas y para riesgos en curso" (Art. 55).

## LAS RESERVAS TECNICAS EN EL REASEGURO ACEPTADO

En la constitución de las reservas técnicas es práctica general no admitir deducción alguna por concepto de reaseguro cedido, sea dentro del país, sea al extranjero. En las operaciones de reaseguro aceptado, dispone la nueva Ley, se constituirán las reservas técnicas en las mismas proporciones en que están obligadas las reaseguradas, pero se permite que las reaseguradoras incluyan en su balance dentro de la cobertura de reservas, los montos de las mismas que de acuerdo con los respectivos contratos de reaseguros permanezcan en poder de las reaseguradoras (Art. 57).

## PRIVILEGIO SOBRE LAS RESERVAS TECNICAS

Los asegurados gozan de privilegio sobre los bienes que representan las reservas técnicas, las cuales se destinarán, en primer término a satisfacer las reclamaciones de los tenedores de pólizas que no hayan sido pagados por otros medios (Art. 60).

## RESERVAS PARA SINIESTROS PENDIENTES DE PAGO

Aun cuando por elementales normas de prudencia y buena administración toda empresa aseguradora, al cerrar su ejercicio anual al 31 de diciembre, debe hacer un apartado para atender al pago de los siniestros cuyo monto exacto no ha sido determinado aún o que habiéndolo sido por cualquier circunstancia no hubiese sido pagado todavía, la nueva Ley ordena la constitución de una provisión para siniestros pendientes de pago al final de cada ejercicio anual. Medida prudente ha sido la de la Ley y por otra parte, queda aclarado que dicha reserva, establecida así en el derecho positivo, será deducible a los efectos del cálculo del Impuesto sobre la Renta (Art. 49).

## GARANTIAS SUPLEMENTARIAS DE LAS RESERVAS

No existen las "cauciones ajustables" que se prevén en algunos países como Bélgica, Luxemburgo y Portugal, con la finalidad de paliar una eventual insuficiencia de reservas o de activos. Sin embargo, en cierto modo y aunque con significado técnico jurídico distinto al de dichas "cauciones ajustables" cabe considerar que la garantía inicial no es computable a las reservas técnicas (véase Ernesto Caballero Sánchez, Comparación entre los Sistemas y Legislaciones de Control Europeos e Iberoamericanos, 1964).

## MEDIDAS PREVENTIVAS O EJECUTIVAS

Con el fin de evitar numerosos abusos de que fueron víctimas las empresas aseguradoras a causa de embargos preventivos decretados



y ejecutados en formas sorprendidas y violentas, se dispuso que cuando la autoridad judicial decreta alguna medida preventiva o ejecutiva sobre bienes de alguna empresa de seguros, oficiará a la Superintendencia de Seguros para que ésta determine los bienes sobre los cuales será practicada la medida (Art. 58).

#### DEL SEGURO DE GARANTIAS FINANCIERAS

Motivo de discusiones ha sido en nuestro foro si puede existir un seguro de fianza o si la fianza, por ser un contrato especificado y tipificado tanto por el Código Civil como por el Código de Comercio no puede ser objeto de un seguro. En este último sentido se han pronunciado los Tribunales de la República en varias oportunidades.

Creemos, al seguir la opinión de Vivante, que en virtud del contrato de seguros el asegurador profesional, mediante una prima, asume riesgos ajenos. Dentro de este concepto, admitidos como elementos característicos del contrato un asegurador profesional, una prima y un riesgo, no tenemos duda de que la fianza, como otras garantías, tales como el aval, pueden ser objeto del seguro. De la misma manera que una renta vitalicia puede ser un objeto de un seguro de vida, aun cuando la renta vitalicia también puede ser objeto de un contrato especificado y tipificado por nuestro Código Civil.

Este criterio, si bien no acogido con suficiente claridad por nuestro Legislador en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, es el único que puede justificar que se destine todo un capítulo a regular a las empresas que operan en el ramo de garantías financieras, capítulo en el cual se comienza por declarar que a los fines de esta Ley, "se entiende por operaciones del ramo de garantías financieras aquéllas por las cuales una empresa de seguros **afianza o avala** el cumplimiento de obligaciones de **pagar cantidades de dinero a plazo fijo**".

De difícil interpretación práctica, muy probablemente será objeto de dudas y ambigüedades la determinación, en cada caso, de la naturaleza jurídica de una garantía emitida por una empresa de seguros.

Con ninguna simpatía contempla la Ley el otorgamiento de fianzas y avales por parte de las Compañías de Seguros. La experiencia sufrida por el seguro venezolano debido a las grandes pérdidas ocurridas en el ramo, sólo comparables con los daños sufridos por el terremoto de San Francisco (1906) y más recientemente y en mayor cuantía por el huracán Betsy (1965) ha traído como consecuencia una reacción negativa contra el ahora llamado ramo de seguros de "Garantías Financieras" y de allí que la nueva Ley establezca una serie de trabas y de exigencias para el funcionamiento de las empresas que aspiren a dedicarse a esa actividad. A tal punto es exigente la Ley que termina por declarar a los administradores "solidariamente responsables" de todas las operaciones de fianzas y avales realizadas en contravención a lo dispuesto en ella (Art. 93).

#### DEL REASEGURO

Por primera vez, repetimos, se legisla en Venezuela sobre el reaseguro. No resultó muy feliz este primer paso, pero algo positivo queda.

Carente de sentido práctico en Venezuela, es por ejemplo el contenido de la primera de las disposiciones sobre la materia. Según ella el asegurador podrá reasegurar sólo "una parte" de los riesgos que haya asumido. Aparentemente muy sana y muy técnica es la prohibición de reasegurar la totalidad del riesgo; pero es evidente que en el país existen muy numerosos riesgos que por su naturaleza, por la poca cantidad de casos homogéneos, por ser de carácter catastrófico y por múltiples razones innecesarias de enumerar no conviene que el asegurador los retenga en Venezuela. Concebida la disposición en los términos transcritos, en esos casos de riesgos indeseables no quedará otro recurso al asegurador local que retener una proporción ridículamente suficiente para dar cumplimiento a la Ley (Art. 64).

Al Ministro de Fomento se le confiere facultades tutelares para impedir que aseguradoras locales contraten reaseguros "con determinadas sociedades" que podrían encontrarse en dificultades para cumplir sus compromisos o los hubiesen dejado de cumplir en alguna oportunidad; ahora bien, la norma que consagra esta protección en favor de las empresas nacionales es suficientemente amplia como para que, por cualesquiera otros motivos, pueda prohibirse "la contratación de reaseguros con determinadas sociedades" (Art. 67).

#### LA CONTABILIDAD

Se conserva la obligación de cortar las cuentas al 31 de diciembre de cada año y se elimina, por inútil, la publicación de balances trimestrales, pues sólo será preciso en adelante presentar a la Superintendencia de Seguros, dentro de los 90 primeros días del año, el Balance y el Estado de Ganancias y Pérdidas, así como un ejemplar de la memoria presentada a la asamblea de accionistas.

Al Reglamento se deja todo lo concerniente a los principios y procedimientos de contabilidad y normas para la valuación, amortización y depreciación de los rubros del activo (Arts. 61, 62 y 63).

#### CESION DE CARTERA Y FUSION DE EMPRESAS

Así como es necesario el control, la inspección y la supervisión de las empresas de seguros durante su funcionamiento, más importante es aún en los casos de ciertos hechos que si bien no son calificables de anormales, pueden poner en peligro los intereses de los asegurados.

En este orden de ideas, se somete a la autorización de la Superintendencia de Seguros toda cesión de cartera relativa a uno o más ramos así como cualquier fusión entre empresas de seguros.

Como el derecho positivo de la Ley sólo contempla el aspecto público sin interferir al derecho privado, nada se prevé sobre las relaciones entre las empresas de seguro y los asegurados, quienes ajenos a la cesión de carteras o fusión de empresas, conservan todas las acciones que el derecho común les concede para formular oposición o negarse a aceptar al nuevo deudor.

#### REVOCACION DE LA AUTORIZACION

Materia hasta ahora no regulada había sido la concerniente a la revocatoria de la autorización concedida para operar a una empresa de seguros. Por disposiciones expresas ello puede ocurrir cuando la empresa no inicie sus operaciones dentro de 90 días siguientes a la fecha en que hubiese sido autorizada, cuando por cualquier causa cesaren en sus operaciones y cuando infrinjan normas legales o desacate reiteradamente las disposiciones de la Superintendencia de Seguros. En todos estos casos el Ministerio de Fomento deberá dictar Resolución motivada (Arts. 78 y 111).

#### LIQUIDACION DE LAS EMPRESAS

Especialmente en cuanto concierne a los seguros de vida, interesa la intervención del Estado en la liquidación de las empresas aseguradoras al cesar éstas en sus operaciones, sea por revocación de la autorización, por disolución o por quiebra.

Con estos fines se encarga supervigilar la liquidación al Procurador General de la República conjuntamente con el Superintendente de Seguros, por sí o por medio de sus delegados; se confiere a este último funcionario la representación de los asegurados que no participan en el procedimiento respectivo y se ratifica el privilegio de los titulares de pólizas de seguros de vida sobre los bienes de la empresa, frente a cualquier acreedor quirografario, hasta el monto de los valores que constituyan la respectiva reserva matemática (Arts. 81, 82 y 83).

#### LOS INTERMEDIARIOS DE SEGUROS

Un capítulo especial y muy justificado han merecido los intermediarios de seguros que bajo el mote general de agentes eran considerados por la Ley derogada.

Por una inadvertencia inexplicable, en la reforma del Reglamento de la Ley de Inspección y Vigilancia de las Empresas de Seguros efectuada en 1948, se excluyó injustificadamente a las personas jurídicas entre las capaces para ser agentes de seguros. Casualmente comenzaba a nacer en esa época, en Venezuela, la figura del corredor de seguros y a formarse un sinnúmero de sociedades de corredores o

simplemente de agentes, que en forma irregular vinieron operando a causa de una disposición reglamentaria a todas luces equivocada.

Se corrige la situación de hecho al declararse que los intermediarios de seguros serán de tres clases:

1. Agentes que actúan directa y exclusivamente con una empresa de seguros o de corretaje.
2. Corredores que actúan directa y sin relación de exclusividad con una empresa de seguros; y
3. Sociedades de Corretaje (Art. 96).

La verdad es que hubiera bastado con una clasificación bipartita: **agentes y corredores.**

Por elementales razones de ética se ha establecido una serie de prohibiciones para la intermediación en el seguro y así, no se permite que actúen como agentes o corredores:

1. A los funcionarios o empleados públicos.
2. A los administradores, gerentes, comisarios y empleados de instituciones bancarias, de crédito, de seguros, de comisionistas y agentes aduanales, así como a las propias instituciones bancarias, de crédito, de comisionistas y de agentes de aduana.
3. A los inspectores de riesgos, ajustadores de siniestros y peritos evaluadores.
4. A quienes actúen como intermediarios de reaseguros.
5. A los no domiciliados en el país, salvo autorización expresa de la Superintendencia de Seguros en los casos que determine el Reglamento.
6. A quienes habiendo actuado como intermediarios de una empresa de seguros o de corretaje, no hubieran cumplido como tales sus obligaciones legales o contractuales (Art. 97).

Entre las prohibiciones señaladas merece destacarse la referente a los empleados de las compañías de seguros; de donde, por argumento a contrario puede concluirse que los intermediarios de seguros no pueden ser empleados de una empresa de seguros.

La intermediación queda sujeta a la autorización de la Superintendencia de Seguros y al efecto el Reglamento deberá establecer los requisitos y la capacidad mínimos que deberán llenar los agentes, los corredores y las sociedades de corretaje.

Para los corredores y las sociedades de corretaje se prevé el establecimiento de una caución real o personal que deberán constituir, vinculada al pago de las obligaciones derivadas del ejercicio de su profesión y de las penas pecuniarias. Al Reglamento se dejó la determinación del monto de la caución, el cual, aparentemente no podrá ser inferior al de la multa máxima que pueda imponerse a un intermediario.

Sometidos como quedan por la Ley todos los intermedios de seguros a la vigilancia de la Superintendencia de Seguros, se impone a aquéllos la necesidad de llevar determinados libros de contabilidad para asentar sus operaciones.

## OTROS AUXILIARES DE SEGUROS

Se ocupa incidentalmente la Ley de los peritos avaluadores y de los ajustadores de pérdidas (Art. 107). De ellos se exige que "deberán reunir las condiciones que determine el Reglamento de esta Ley".

Sólo los peritos autorizados por la Superintendencia de Seguros estarán capacitados para hacer el avalúo de los inmuebles en los cuales se hubiere invertido reservas técnicas.

De los ajustadores de pérdidas la Ley parece acordarse de ellos únicamente para permitir el uso de la palabra "seguro", complementada con su condición de ajustador, en su denominación y para imponerle sanciones de naturaleza penal (Art. 3º, 112 y 113).

## PROPAGANDA Y PUBLICIDAD

Como en la ley derogada, toda propaganda de seguros, antes de ser dada a la publicidad deberá tener la aprobación de la Superintendencia de Seguros (Art. 44).

## RECURSOS Y APELACIONES

Se prevén sendos recursos: de "ilegalidad" contra las decisiones del Ministro de Fomento, ante los tribunales de lo contencioso administrativo y en su defecto ante la Corte Suprema de Justicia; y de apelación de las decisiones del Superintendente de Seguros ante el Ministro de Fomento.

## LA LEY Y LAS AGRUPACIONES DE ASEGURADORES

En muchas partes del mundo existen agrupaciones de aseguradores, que en el país se agremian en la Cámara de Aseguradores de Venezuela.

Aun cuando existen múltiples y variadas relaciones entre el Ministerio de Fomento y la Superintendencia de Seguros con dicho máximo organismo gremial, éste pasa completamente inadvertido en la Ley.

## EL SEGURO Y LA CAPITALIZACION

Las instituciones de capitalización no estaban permitidas en Venezuela de acuerdo con la Ley de Bancos de 1942. Así lo había venido sosteniendo y decidiendo la entonces llamada Fiscalía General de Seguros del Ministerio de Fomento. Con ocasión de un cambio de funcionario ocurrido en dicha dependencia oficial una aseguradora obtuvo autorización del Ministerio para explotar el ramo de capitalización. Percatada inmediatamente de su error la Fiscalía General de Seguros

se abstuvo de conceder nuevas autorizaciones pero dejó establecido un monopolio. Otras capitalizadoras idearon entonces la constitución de sociedades cooperativas y obtuvieron, por error del Ministerio del Trabajo, autorización para funcionar como tales; este Ministerio, al darse cuenta de su error, se abstuvo igualmente de conceder nuevas autorizaciones. A partir de entonces reinó una anarquía total y se constituyeron varias empresas de capitalización sin autorización y sin vigilancia de dependencia oficial alguna. Por considerar que las operaciones de capitalización son más propias de los llamados Bancos de Capitalización, fueron reguladas por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito de 1961 y la nueva Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros concede el plazo de 1 año para que las compañías de seguros que para la fecha de su publicación operen en actividades de capitalización y ahorro suspendan dichas operaciones (Art. 130).

## LA LEY DEL CONTRATO DE SEGUROS

La reforma legislativa no quedará completa mientras no se actualicen las anacrónicas disposiciones de nuestro Código de Comercio sobre el Contrato de Seguros. Existe un anteproyecto elaborado por una Comisión del Ministerio de Justicia, de la cual formó parte el autor de las presentes anotaciones pero que aún no ha sido dado a la publicidad.

Caracas, enero de 1966.

**ANALISIS DE JURISPRUDENCIA**

## EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES NO NORMATIVAS, APROBATORIAS DE CONTRATOS

*Gonzalo Pérez Luciani*

Catedrático de Derecho Administrativo y  
de Derecho Mercantil de la Universidad  
Católica Andrés Bello.

I — 1. La decisión de 5 de mayo de 1937. — 2. Fundamentos de la sentencia.  
3. Doctrina jurídica preponderante. — 4. Derecho positivo y doctrina vene-  
zolana. — II — 5. La sentencia de 15 de marzo de 1962. — 6 Considera-  
ciones sobre el fallo. — A. Leyes sujetas al control jurisdiccional. B.  
"Actos de los cuerpos legislativos". — C. Dificultades referentes a la natu-  
raleza jurídica de las leyes aprobatorias de contratos. — D. El artículo  
126 de la Constitución. Aprobación o Autorización. — E. Acto complejo.  
F. Contratos de "interés nacional", servicios públicos y derogatoria de le-  
yes no normativas. — G. Conclusiones.

### 1

Un cuarto de siglo separa, en el tiempo, dos decisiones de nues-  
tro máximo Tribunal, la Corte Federal y de Casación, como  
se llamó hace un tiempo, y la Corte Suprema de Justicia, que  
es su denominación actual. Estas decisiones han sentado cri-  
terios radicalmente opuestos por lo que se refiere al control  
jurisdiccional de la ley, en particular, la que aprueba contra-  
tos celebrados por las autoridades ejecutivas.

En principio, nuestra opinión discrepa de las dos decisio-  
nes, por motivos diferentes, pero el tema es tan arduo y difícil  
en su análisis, que no aspiramos a dejar sentados principios  
absolutos, ni llegar a soluciones definitivas. A manera de en-  
sayo, se pretende en esta nota, hacer reflexiones sobre los ar-  
gumentos principales aducidos en los fallos y extraer de las  
mismas, algunas conclusiones provisionarias. Demasiado satisfe-  
chos nos sentiríamos si estos comentarios jurisprudenciales fue-

ran la base para discusiones futuras o para estudios más formales y completos.

La primera de las decisiones, dictada el 5 de mayo de 1937, decidió la acción intentada por el ciudadano Procurador General de la Nación en que solicitaba la declaratoria de nulidad, por inconstitucionalidad, de la Ley aprobatoria del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y la North Venezuelan Petroleum Company Limited.

Es necesario aclarar que las constituciones venezolanas deben incluirse dentro de la categoría de las "constituciones rígidas", de acuerdo a la distinción que hace BRYCE, por lo que respecta a la reforma constitucional <sup>(1)</sup>; pero en lo que se refiere a la consagración expresa del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes nacionales, ésta sólo aparece en la Constitución de 1893 <sup>(2)</sup>; y salvo la Constitución del año 1901, la solicitud de inconstitucionalidad es un recurso popular, sin estar sometida la acción a ningún término de caducidad o de prescripción.

## 2

Los fundamentos de la sentencia de 5 de mayo de 1937 <sup>(3)</sup>, son los siguientes: que el control de la constitucionalidad intrínseca de las leyes se fundamenta en la diferencia que existe entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, ya que estas últimas están supeditadas a las primeras por ser la Constitución una ley superior a todas las leyes. El control de constitucionalidad se contrae al control de las *normas jurídicas*, para someterlas a los preceptos de la Constitución; las normas jurídicas integradas en parte por las leyes constituyen un mandato general y abstracto que impone reglas de conducta para todos y para casos abstractamente determinados. Cuando el Poder Legislativo ejerce su función normativa elabora *leyes en sentido material*, esto es, *leyes que tienen todas las caracte-*

(1) BRYCE, J. "Constituciones flexibles y Constituciones rígidas", Madrid, 1952, p. 26.

(2) WOLFF, Ernesto. "Tratado de Derecho Constitucional Venezolano". Caracas, 1945, Vol. II, p. 170.

ANDUEZA, J. G. "Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano". Caracas, 1955. ps. 32 y s.

*terísticas de la ley propiamente dicha.* Pero distinto es el caso cuando el Poder Legislativo colabora con el Poder Ejecutivo ya que entonces realiza *actos administrativos*, aun cuando están revestidos de la forma de ley. Estas leyes que contienen actos administrativos son las llamadas *leyes formales*, ya que se refieren a casos particulares y su naturaleza consiste en ser providencias administrativas o actos de la administración pública en forma de ley.

(3) V. "Memoria de la Corte Federal y de Casación, 1938". Caracas, 1938, p. 221 y ss. Los argumentos fundamentales del fallo son los siguientes: *Primero*: "El recurso que consagra la atribución 9ª del artículo 123 de la Constitución Nacional vigente constituye el sindicato jurisdiccional de la constitucionalidad intrínseca de las leyes, que tiene por fundamento... el reconocimiento en el Pacto Fundamental de los derechos individuales en forma de garantías de derechos o sea preceptos constitucionales que aseguren a los individuos el goce de las prerrogativas inherentes a la persona humana. Aquella supremacía... involucra que la Constitución es una Ley superior a todas las leyes y no es la obra del Poder Legislativo ordinario sino que en cada parte es la obra del Poder Constituyente; por lo que el Poder Legislativo Ordinario no puede transgredir ninguna disposición de la Constitución. (Omissis) De modo, pues, que el sindicato jurisdiccional de la constitucionalidad intrínseca de las Leyes asegura la primacía de la Constitución y protege los derechos individuales contra el Poder Legislativo, al impedir sancionar ninguna ley que los viole o entorpezca". *Segundo*: Esta función del aludido sindicato jurisdiccional denota claramente cuáles son sus límites propios. Se contrae al control de las *normas jurídicas*, para someterlas a los preceptos de la Constitución e impedir toda transgresión por parte del Poder Legislativo, al dictar esas normas, de las garantías individuales consagradas en el mismo Pacto Fundamental. Las normas jurídicas integradas en parte por las leyes, implican un mandato general y abstracto, que impone reglas de conducta válidas para todos y para casos abstractamente determinados; por lo cual, el Poder Legislativo, en su función normativa, procede generalizando. Cuando ejerce esta función elabora *leyes en sentido material*, que tienen todas las características de la ley propiamente dicha; mientras que cuando colabora con el Poder Ejecutivo en la Administración Pública, ejecuta *actos administrativos* aun cuando ellos estén revestidos de la forma extrínseca de la Ley, y son estos actos los que la doctrina del derecho constitucional denomina *leyes formales*. Estas no tienen el contenido de la ley propiamente dicha, porque no establecen reglas de conducta para todos, no contienen un mandato general y abstracto, sino que se refieren a relaciones concretas, a casos particulares: son providencias administrativas o actos de administración pública en forma de ley. Tal lo que sucede en la llamada ley que aprueba un contrato o un convenio de interés nacional como es la Ley de 24 de mayo de 1927 que aprobó el convenio de 23 de febrero del mismo año otorgado entre el Ejecutivo Federal y la North Venezuelan Petroleum Company Limited, respecto de la cual pretende usar el ciudadano Procurador General de la Nación el recurso de inconstitucionalidad de las leyes. La *contraposición entre el comando jurídico y el comando administrativo está precisamente en el contenido del primero, que crea, cambia o extingue el derecho objetivo integrado por preceptos generales y abstractos*, y la índole del segundo que sólo tiene a reglamentar situaciones individuales y concretas, casos particulares. Si bien es verdad que se ha sostenido que basta el elemento extrínseco y formal de la promulgación (sic) de la ley que aprueba un contrato de interés general, porque ello denota que la importancia del orden político, económico o social de la materia hace necesaria la garantía que se deriva de *transformar el contrato en ley*, tal opinión se ha emitido como pertinente al

Para concluir con su fallo, la Corte señala que la diferencia entre el comando jurídico y el administrativo, está en que el segundo regula casos concretos, situaciones particulares y el primero, regula situaciones generales y abstractas; y que sólo la importancia económica, social o políticas de un acto hace necesario transformar el contrato en ley. Por cuanto el control de la constitucionalidad de las leyes ha sido establecido sólo por lo que se refiere a las leyes en *sentido material*, y no con relación a los actos de administración pública, aunque revistan la forma de ley, se declara inadmisibles e improcedentes la solicitud de nulidad del ciudadano Procurador General (4).

### 3

Con relación a lo sostenido por la sentencia, se hace necesario compararla con la doctrina predominante en su época, tanto extranjera, como nacional. En opinión nuestra, los conceptos

derecho público de un Estado donde el dominio del Reglamento emanado de la autoridad administrativa y el dominio de la ley emanado del Poder Legislativo se confunden, y no al derecho público de un Estado Constitucional en el cual el radio de la ley, el radio del acto reglamentario del Poder Ejecutivo, están distintamente señalados en el Pacto Fundamental". Tercero: "En consecuencia de ser la Ley de 24 de mayo de 1927, que aprobó el convenio de 23 de febrero del propio año, *no una ley material sino una ley formal o acto de administración pública en forma de ley*, no cabe emplear para pedir la declaratoria de su nulidad, el recurso de inconstitucionalidad de las leyes". (subrayado nuestro).

(4) Las disposiciones constitucionales a que se refiere el texto de la sentencia antes transcrita son fundamentalmente las siguientes:

Artículo 123: "Son atribuciones de la Corte Federal y de Casación: 9ª Declarar la nulidad de las leyes nacionales, de los Estados o Municipalidades, cuando colidan con la Constitución de la República. La nulidad se limitará al párrafo, artículo o artículos en que aparezca la colisión, salvo que éstos sean de tal importancia, por su conexión con los demás, que, a juicio de la Corte su nulidad acarrea la de toda la ley".

Artículo 74: "Los actos que sancionen las Cámaras Legislativas funcionando separadamente como cuerpos colegisladores se denominarán "Leyes" y los que sancionen reunidas en Congreso, o separadamente, para asuntos privativos de cada una se llamarán "Acuerdos". El artículo 77 de la misma Constitución al señalar las atribuciones de las Cámaras Legislativas como cuerpos legisladores, enumera 21 materias diferentes y concluye con la 22 así: 22. Legislar acerca de las demás materias enunciadas en el número 4º del artículo 15 y en general, acerca de todas las que sean de la competencia federal.

El artículo 100, en relación a las atribuciones del Presidente, señalaba: 11. Ejercer en Consejo de Ministros la facultad de reglamentar las leyes sin alterar su espíritu, propósito y razón, y de enmendar y reformar total o parcialmente los reglamentos de las mismas, debiendo en todo caso, publicar íntegramente el nuevo reglamento, con la respectiva derogatoria de la anterior".

contenidos en el fallo que antecede, están atrasados con relación a la mejor doctrina europea de esos momentos.

Los problemas de la generalidad de la ley y la distinción entre leyes formales y leyes materiales, suelen plantearse como constituyendo partes de una sola doctrina. En realidad la generalidad de la ley, como nota fundamental y característica de su definición, es anterior a la división o clasificación de las leyes en formales y materiales.

CARRE DE MALBERG, precisa ambas distinciones (5) y señala que la generalidad como condición esencial de la ley debe entenderse en el sentido de que la regla general es una decisión emitida *in abstracto*, no para un caso particular o actual, sino para todos los casos que puedan presentarse en el futuro; pero, además, la decisión está concebida y destinada a aplicarse a todos los individuos que se encuentren comprendidos en las previsiones del texto, no con referencia a personas o individuos determinados.

Esta nota de generalidad, esencial al concepto de ley, aunque muy remota históricamente, se atribuye a la doctrina de ROUSSEAU, a los hombres de la Revolución Francesa que la hicieron suya, y de manera principal a autores franceses. En Venezuela es probable que esta doctrina haya influido a través de obras como la de ESMEIN, DUGUIT, JEZE, PLANIOL, CAPITANT, etc., (6).

La distinción entre leyes materiales y leyes formales se remonta a la segunda mitad del siglo XIX y es de creación germánica. El sentido original de esta teoría es que toda prescripción o norma dirigida a los súbditos y que creara derechos u obligaciones, modificara los existentes o los extinguiera, debía ser votada por el Parlamento. Toda norma de esta naturaleza era *materia de ley* y para regir debía revestir la *forma de ley*. Cualquier otra materia, que no influyera sobre los súbditos, ni modificara sus derechos y obligaciones, no formaba parte de la *materia de ley*, pero si era votada por el Parlamento, constituía una ley formal (7).

(5) CARRE DE MALBERG. "Teoría General del Estado", México, 1948, p. 275 y ss.

(6) Cfr. HERNANDEZ RON. "Tratado Elemental de Derecho Administrativo", Caracas, 1943, Vol. I, p. 68.

(7) CARRE DE MALBERG, op. cit., p. 299. El autor se expresa así: "La ley material es toda prescripción susceptible de producir algún nuevo efecto jurídico con respecto a los súbditos. Toda prescripción de esta clase, o sea toda regla de derecho, constituye en efecto *materia de ley*, en el preciso sentido

Los argumentos para demostrar lo infundado de la distinción tanto desde el punto de vista dogmático, como desde el punto de vista práctico por su inutilidad, no pueden ser objeto de especial consideración en esta nota. Basta para ello referirnos a CARRE DE MALBERG y al más reciente autor italiano FODERARO (8). Este último afirma que más que apoyar la negativa de la distinción entre leyes formales y leyes materiales en argumentos particulares, parece más exacto, fundar la negación al precisar el concepto técnico jurídico de ley. El argumento de este autor parece irrefutable y está concebido en los siguientes términos: Una de dos, dice, o el concepto de ley viene dado de la forma que reviste el acto o de los órganos de los cuales emana (criterio formal y subjetivo) y entonces, cualquier norma o regla de derecho, en defecto de aquella forma, no puede calificarse como ley; o, por el contrario, el concepto viene dado por el contenido normativo (criterio objetivo y material) y entonces todo acto con tal contenido, aunque emane de cualquier autoridad, tiene que considerarse como verdadera ley, así como no podría calificarse de ley a cualquier otro acto desprovisto de aquel contenido. *Tertium non datur*. Tanto en el primer caso, como en el segundo una noción doble de la ley es inadmisibles (9).

Es de notar también la circunstancia curiosa que en el año de 1927 la "Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público" hizo objeto de sus estudios la teoría dualística de la ley y las conclusiones fueron contrarias a la distinción entre leyes formales y leyes materiales (10).

Conviene advertir que en la literatura jurídica los términos de *ley formal* y de *ley material* se han utilizado en sentido diverso del primitivo concepto de la dogmática germánica. Basta con citar un ejemplo que nos suministra la doctrina italiana: según ZANOBINI, *ley formal* es la que emana de los órganos le-

de que debe ser objeto de una ley formal, es decir, de una ley que habrá de someterse al voto de las Cámaras antes de poder ser decretada por el Rey. El campo de la legislación material, es pues, aquél que depende de la competencia del Parlamento. En sentido inverso, toda decisión, prescripción o reglamentación que no concierne a los súbditos o que permanece dentro de los límites del orden jurídico individual vigente, deja de formar parte del campo de la legislación, no es ya materia de ley... Y si, de hecho, algunas prescripciones de este segundo género son emitidas en forma legislativa con el concurso de las Cámaras, la ley así creada sólo constituirá una ley formal, es decir, una ley que se refiere a una materia no legislativa en sí".

(8) FODERARO, S. "Il Concetto di Legge", Milano, 1948.

(9) FODERARO, S. op. cit., p. 122 y ss.

(10) FODERARO, S. op. cit., p. 110 y ss.

gislativos y por consiguiente con eficacia superior a cualquier otro acto de voluntad del Estado. Las leyes materiales están constituídas por todos los actos que contienen normas jurídicas, pero que emanan de órganos diferentes del poder legislativo, con una eficacia subordinada a las leyes formales (11). Igualmente se han utilizado nombres diversos para significar conceptos idénticos a los de ley formal y material.

#### 4

El examen de todos nuestros textos constitucionales nos permite concluir que el nombre de ley se aplica uniforme y unánimemente a los actos sancionados por los cuerpos legislativos, sin mencionar que el contenido de los mismos deba ser general, o creador de nuevos derechos u obligaciones para los ciudadanos.

Según el examen de nuestros textos constitucionales positivos, la conclusión que se impone es la misma que señala CARRE DE MALBERG: "toda decisión emitida por el cuerpo legislativo, en la forma propia del órgano de legislación, constituye una ley en el sentido constitucional de la palabra". O como también agrega el mismo autor: "La ley es, ante todo, cualquier decisión procedente de las Asambleas Legislativas, adoptadas por ellas en forma legislativa" (12). O en otras palabras, una definición formal. Los textos constitucionales venezolanos pueden consultarse en el "Índice Constitucional de Venezuela", que incluye hasta la Constitución de 1936 (13).

A pesar de la claridad de los textos de derecho positivo, nuestra doctrina no ha sido totalmente clara con respecto a la división de leyes en formales y materiales. Así por ejemplo, HERNANDEZ RON señala que ley es toda disposición emanada del Poder Legislativo, "aun cuando no tenga los requisitos científicos de ella" (14). LARES MARTINEZ, enseña que la generalidad es de la naturaleza, pero no de la esencia de la ley. En otros términos, que las leyes son siempre generales, salvo en los casos en que la Constitución o la ley prevean un contenido individual o par-

(11) ZANOBINI, G. "Corso di Diritto Amministrativo", Milano, 1958, Vol. I, ps. 60 y ss.

(12) CARRE DE MALBERG, op. cit., p. 309.

(13) PICON RIVAS, U. "Índice Constitucional de Venezuela", Caracas, 1944.

(14) HERNANDEZ RON, op. y vol. cit., p. 70.



ticular para las leyes (15). El mismo autor señala que existe particular interés en destacar en nuestro sistema positivo que la decisión particular emitida en forma de ley es, en el fondo, un acto de administración (16). BREWER CARIAS, menciona un poco equívocamente que ley es una norma sancionada por las Cámaras Legislativas actuando como Cuerpos Colegisladores (17). La mayor precisión se encuentra en la cita de ANDUEZA quien afirma que para definir la ley precisa fijarse más que en el contenido normativo, en el autor y en el procedimiento de creación (18).

Es interesante señalar, que la opinión mencionada de LARES MARTINEZ coincide, en líneas generales, con la sostenida por el tratadista uruguayo SAYAGUES LASO, quien sostiene que las leyes que estatuyen para casos individuales son inconstitucionales, con la única excepción de las hipótesis que la propia Constitución prevé; e igualmente que mediante leyes no es posible dictar actos administrativos (en sentido material), salvo los casos expresamente previstos en la Constitución (19).

Lo claro y concluyente es que nuestra Corte Federal y de Casación, en la sentencia referida de 1937, parte de un supuesto completamente erróneo con relación al derecho positivo venezolano, como es la distinción entre leyes formales y leyes materiales y acoge doctrinas extranjeras que en nada se relacionan con nuestras instituciones. Más aún, la Corte arbitrariamente decide que el control de la constitucionalidad de las leyes sólo es posible ejercerlo sobre las leyes de contenido normativo, cuando los propios textos constitucionales no hacen distinción alguna.

Parece también digno de mencionarse que la sentencia transcrita y alguna parte de la doctrina venezolana hablan todavía de leyes formales con contenido material administrativo, o para usar la propia terminología de la Corte "actos administrativos revestidos de la forma extrínseca de la ley". CARRE DE MALBERG ya advertía contra esta argumentación, pues ella implicaba una idea preconcebida, que es la idea tradicional de que la ley se

(15) LARES MARTINEZ, E. "Manual de Derecho Administrativo", Caracas, 1963, p. 44.

(16) LARES MARTINEZ, op. cit., p. 45.

(17) BREWER CARIAS, A-R. "Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana", Caracas, 1964, p. 32.

(18) ANDUEZA, op. cit., p. 46.

(19) SAYAGUES LASO, E. "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1953, Vol. I, p. 97.

caracteriza por cierto contenido regulador o normativo, inherente a ella (20). El mismo SAYAGUES LASO y LARES MARTINEZ incurren en tales incorrecciones. El argumento del tratadista uruguayo sobre las leyes carentes de contenido normativo, o sea, sobre aquellas cuyo contenido es individual o particular se funda sobre el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Es cierto, en principio, que una ley que sancionara derechos, privilegios o ventajas a favor de un solo miembro de la comunidad o le impusiera cargas, obligaciones y contribuciones diferentes a las de los demás, podría considerarse contraria al principio de la igualdad; pero no vemos como puede concluirse que sólo las expresamente previstas en la constitución quedarían exentas de vicio, ya que por hipótesis pueden formularse muchas leyes individuales o particulares sin que afectasen la esfera de los derechos individuales.

## II

### 5

La segunda de las decisiones corresponde a la sentencia de fecha 15 de marzo de 1962 dictada por la Corte Suprema de Justicia con relación a la solicitud formulada por el ciudadano Síndico Procurador Municipal de la Municipalidad del Distrito Federal, sobre la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Aprobatoria del Contrato celebrado entre el Ejecutivo Federal y el Banco de Venezuela, sancionada por el Congreso el 20 de junio de 1940.

A los fines de facilitar la consulta del fallo mencionado, se incluyen en la nota al pie de página, los principales argumentos de la sentencia (21).

(20) CARRE DE MALBERG, op. cit., p. 341.

(21) "Motivación: Dos cuestiones fundamentalmente han quedado planteadas en el presente proceso: una de forma, alegada por el Procurador, que se contrae al requisito de competencia de la Corte en pleno para conocer o no de la nulidad solicitada; y la otra de fondo, constituida por el problema de la nulidad misma, cuya decisión depende de la declaratoria previa que, respecto a su competencia, ha de formular este Supremo Tribunal. Por consiguiente, pasa la Corte al análisis de la primera de las cuestiones dichas.

I — Cuestión Previa: La existencia del control jurisdiccional de la consti-

tucionalidad de los actos del Poder Público por parte del más Alto Tribunal de la República ha sido tradicional en Venezuela, y es indispensable en todo régimen que pretenda subsistir como Estado de derecho. Porque lo inconstitucional es siempre antijurídico y contrario al principio que ordena al Poder Público, en todas sus ramas, sujetarse a las normas constitucionales y legales que definen sus atribuciones. Lo inconstitucional es un atropello al derecho de los ciudadanos y al orden jurídico en general, que tienen su garantía suprema en la ley fundamental. En los países libremente regidos, toda actividad, individual o gubernativa, ha de mantenerse necesariamente circunscrita a los límites que le señala la Carta Fundamental, cuyas prescripciones como expresión solemne de la voluntad popular en la esfera del Derecho público, son normas de ineludible observancia para gobernantes y gobernadores, desde el más humilde de los ciudadanos hasta los más altos Poderes del Estado. De los principios consignados en la Constitución, de las normas por ella trazados, así en su parte dogmática como en su parte orgánica, deben ser simple desarrollo las leyes y disposiciones que con posterioridad a la misma se dicten; y tan inconstitucionales, y por consiguiente abusivas serían éstas si de tal misión se excedieran, como inconstitucionales y también abusivos lo serían cualesquiera otros actos de los Poderes Públicos que abiertamente contraviniesen lo estatuido en la Ley fundamental.

Entre los actos sometidos al control jurisdiccional por inconstitucionalidad se ha hecho siempre especial referencia a las leyes, como normas de derecho subordinadas jurídicamente a la Constitución.

Ahora bien, como en el caso de autos la demanda propuesta pretende obtener la anulación, por inconstitucionalidad, de una ley, en cuyo caso competiría a la Corte Plena conocer, se hace necesario establecer como cuestión previa, y frente a las diversas opiniones y criterios expresados en este proceso, si el objeto de la pretensión tiene en realidad y desde el punto de vista de nuestra Constitución, el atributo de ley que se invoca en la demanda, y, en todo caso, si el problema de autos corresponde a la competencia de la Corte Suprema de Justicia, en pleno, conforme a sus atribuciones constitucionales y legales. A este respecto se observa:

1. El artículo 162 de la Constitución define como leyes: los actos que sancionen las Cámaras como Cuerpos colegisladores. Según este criterio, que es también el expresado en anteriores Constituciones, la orientación constitucional venezolana se ha apartado, en este punto, de toda doctrina que consagra otros requisitos, como los de generalidad y carácter abstracto, para determinar el concepto de ley. Acoge sólo la Constitución esa forma simple pero precisa para tipificar dicho concepto, lo que significa que la mera circunstancia de que una norma sea sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, basta para que figure como Ley dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Este concepto claro y preciso de lo que la Constitución concibe como ley, no admite ni puede admitir interpretaciones contrarias a su texto, ni menos aún la asignación de otros requisitos o condiciones que, si bien pueden ser atribuibles o procedentes en legislaciones donde el concepto de ley obedece a otros criterios doctrinales, en manera alguna son adecuados al que terminantemente se fija en la Constitución venezolana.

En este sentido no habría lugar al planteamiento doctrinal de distinción entre ley material y ley formal que se ha debatido en este proceso, porque para calificar de ley una norma de derecho, basta únicamente determinar si es o no un acto sancionado por las Cámaras como cuerpos legisladores; y, en cuanto al caso de autos, no hay duda alguna, sino que por el contrario, está evidentemente probado y admitido, que el acto a que se contrae la nulidad demandada fue sancionado, previas las discusiones de ley, por las Cámaras Legislativas del Congreso como cuerpos colegisladores; y que así mismo, fueron cumplidos los demás requisitos esenciales de toda ley; su promulgación por el Poder Ejecutivo y su publicación en la GACETA OFICIAL.

Ahora bien, entre las atribuciones constitucionales determinadas en el artículo 215, ordinal 3º de la Carta Fundamental como privativas de la Corte Suprema de Justicia, asignadas a la Corte en Pleno por la Disposición Transitoria Décimoquinta, figura específicamente la de "declarar la nulidad total o

parcial de las leyes nacionales contrarias a la Constitución", o sea, la nulidad por inconstitucionalidad, de los actos que sancionen las Cámaras como Cuerpos colegisladores, según el concepto de ley ya visto y fijado categóricamente en el artículo 162 ejusdem.

Corolario necesario de lo anterior es que, siendo como indiscutiblemente lo es, el acto cuya nulidad se demanda, un acto sancionado por las Cámaras como Cuerpos colegisladores, esto es, una ley en el sentido que lo establece la Constitución venezolana, tiene la Corte Suprema de Justicia, en pleno, competencia para conocer y decidir acerca de la nulidad solicitada. En nada influye respecto a este criterio, que doctrinalmente se establezca distinción entre ley formal y ley material; porque constitucionalmente no se refleja tal distinción en nuestro ordenamiento legal, y mal puede por ello el intérprete hacer diferenciaciones de tipo doctrinal en materia en que el constituyente ha sido claro, preciso y terminante. Por consiguiente: llámasele ley material o llámasele ley formal, si el acto que la determina emana de las Cámaras como Cuerpos colegisladores, queda comprendido bajo el citado concepto constitucional de ley, y, por ello, susceptible de anulación para ante la Corte Suprema de Justicia en pleno, a tenor de lo preceptuado en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacional.

Por otra parte es necesario observar que, si bien es cierto que en algunas decisiones de la antigua Corte Federal y de Casación, entre ellas la de 5 de mayo de 1937, se sostuvo la indicada distinción entre las llamadas ley material y ley formal, negándosele a esta última el recurso objetivo de inconstitucionalidad también es verdad que, en otras decisiones de aquel Supremo Tribunal, posteriores a la anteriormente señalada, se admitió plenamente dicho recurso contra actos del poder legislativo expresados bajo la apariencia de ley formal. Así por ejemplo, en sentencia de 16 de noviembre de 1937 (Memoria de la Corte Federal y de Casación Año 1938, Tomo I, pág. 339), el Supremo Tribunal de la República declaró la nulidad, por inconstitucionalidad, del acto legislativo (ley formal) de 28 de junio de 1937 que decretó el estudio y trazado del Ferrocarril de Los Llanos.

Así mismo, por sentencia de 28 de noviembre de 1937 (misma Memoria, pág. 350), la citada Corte declaró la nulidad, por inconstitucionalidad, de una Ley Especial que autorizaba un préstamo a la Municipalidad del Distrito Iribarren del Estado Lara.

De la misma manera, aquel Supremo Tribunal, por sentencia de 22 de diciembre de 1937 (Memoria citada, pág. 381) declaró la nulidad, por inconstitucionalidad, de varias Leyes Especiales (o formales) sancionadas por las Cámaras Legislativas, contentiva de donaciones a diversas Municipalidades.

En consecuencia, la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, no ha sido constante en cuanto a limitar el recurso objetivo de inconstitucionalidad de las leyes únicamente por las llamadas leyes materiales o sea, para las normas jurídicas que "implican un mandato general y abstracto, que imponen reglas de conducta válidas para todos y para casos abstractamente determinados" (como expresa el citado fallo de 5 de mayo de 1937); sino que, por el citado fallo de 5 de mayo de dicho año, los propios Magistrados que intervinieron en aquella decisión, dictaron las sentencias que se acaban de señalar, por las que admitió y decidió el recurso objetivo de inconstitucionalidad, —mediante el procedimiento inherente a dicho recurso—, contra actos legislativos emanados de las Cámaras del Congreso que revestían las expresas características de las llamadas leyes formales, o sea, actos legislativos que carecían de ese mandato general y abstracto que se ha considerado como típico de las denominadas leyes materiales y se concretaban en cambio a normas reguladoras de actos especiales y concretos de naturaleza similar al que es objeto de la nulidad demandada en este proceso por la Municipalidad del Distrito Federal.

2. Aún admitiendo la doctrinaria distinción entre ley material y ley formal e incluyendo dentro de esta última especie el acto a que se contrae la nulidad demandada, habría que arribar necesariamente al criterio de que se trataría, en todo caso, de un acto emanado de un cuerpo legislativo como lo es el Congreso. Y, por consiguiente, su anulación tendría que ser conocida, de todas maneras, por la Corte Plena.

En efecto, el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución vigente (y también la Disposición Transitoria Décimoquinta), ha atribuido facultad a este Supremo Tribunal, en pleno, no sólo para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales, sino también la de los demás Actos de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución.

Ahora bien, ¿cuál es, en el sentido expresado en esa norma, el concepto de acto de un Cuerpo legislativo? Para precisar tal cuestión conviene partir del concepto previo del hecho jurídico. En efecto, se admite doctrinalmente que, dentro del conjunto de fenómenos que la realidad presenta continuamente, cuando se examinan las diversas modificaciones que va sufriendo en el devenir de la vida diaria, se encuentra, como causa o motivo de ellas, un determinado acaecimiento o suceso del que se considera expresamente como efecto aquella específica modificación de la realidad: este suceso o acaecimiento se conoce con el nombre de hecho.

Cuando la realidad sobre la que el hecho opera es una realidad jurídica, el suceso que la determina es, a su vez, un hecho jurídico, o sea, un suceso o acaecimiento que produce una modificación jurídica.

Dentro del concepto general del hecho jurídico, hay que señalar a la vez un grupo importantísimo de acaecimiento, cuya característica consiste en que son la expresión de la voluntad humana. A esta clase de hechos es a la que se le da el nombre de actos; y, en consecuencia, acto jurídico es el acaecimiento, caracterizado por la intervención de la voluntad humana, para la realización de un fin jurídico determinado. De donde se deduce sin dificultad que acto de un cuerpo legislativo es aquel por el cual dicho cuerpo expresa, en forma soberana, su voluntad de dar cumplimiento jurídico a cualesquiera de las funciones que le están atribuidas.

De estos actos se destacan expresamente, los actos legislativos constitucionalmente conceptuados como leyes, quedando abarcados dentro de los "demás actos de los cuerpos legislativos" a que alude el citado ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución, todos aquellos que, sin ser específicamente leyes, emanan de dichos cuerpos en ejercicio de sus atribuciones legales.

En este sentido resulta evidente, que el acto a que se contrae la demanda de nulidad, aun dentro del criterio de ley formal que se ha alegado, es un acto que emanó del Congreso de la República. Se trata, en efecto, en el caso de autos, de un contrato de derecho público y de interés nacional, que entraña un servicio público a prestar una institución bancaria particular, con el carácter de Banco Auxiliar de la Tesorería. Ahora bien, para la existencia misma de ese contrato, fue requerida la actividad aprobatoria del Congreso. Pero es el caso que esa intervención decisiva de este soberano Cuerpo en dicho contrato, lo transformó en acto legislativo. Y es, en virtud de haber adoptado esta forma, que el contrato ha producido la plenitud de efectos jurídicos que no hubieran llegado a originarse sin la intervención de las Cámaras Legislativas.

Por otra parte, el acto en referencia es, en su conjunto, un acto complejo, integrado, en forma evidentemente conexa, por actos que respectivamente emanaron del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y de una entidad bancaria particular y privada como lo es el Banco de Venezuela. Ahora bien, establecido y admitido que todos los actos del Poder Legislativo y todos los actos del Poder Ejecutivo, están, sin excepción alguna, y por disposición expresa y categórica de la Constitución sometidos a control, respecto a su constitucionalidad, por parte de este Supremo Tribunal, no existe, ni puede existir razón valedera para que tales actos expresados y manifestados dentro de un contrato de interés público, escapen y sean exceptuados de este control constitucional establecido como regla general en nuestra Carta Magna. No es ni puede ser, precisamente, la intervención de una entidad mercantil privada en un acto complejo de tal naturaleza, la que pueda atraer y desviar la intervención de los Poderes Nacionales en dicho acto, de la esfera de lo público a lo privado; sino todo lo contrario: la naturaleza de eminente orden público del objeto del contrato, así como la actuación en el mismo de aquellos Poderes Públicos, es lo que necesariamente ha de predominar para atraer hacia la esfera del derecho público, el acto correspondiente.

En el caso de autos ha de ser, necesariamente, el objeto mismo del contrato

—constitución de un servicio público— y la actividad desplegada en el mismo por los Poderes Legislativos y Ejecutivos, lo que ineludiblemente, determina la procedencia del control constitucional del acto por parte de la Corte Suprema de Justicia. Y por cuanto el control constitucional de los actos del Poder Legislativo compete, en forma exclusiva, a la Corte en pleno, es a ella a la que corresponde conocer y decidir acerca de la constitucionalidad del caso de autos, como emanado que es, en su actividad respectiva, de ese alto Poder de la República.

Según lo expuesto, resulta desde todo punto de vista improcedente aplicar, en este caso, la atribución 28 del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal, disposición que, por cierto, dejó de tener rango constitucional al haber sido excluida de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en la Constitución vigente. Se refiere la mencionada atribución legal, a la facultad que conferían anteriores Constituciones a la Corte Federal para "conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones suscitadas entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Poder Ejecutivo". En efecto, el carácter constitucional con que se ha mantenido la facultad de este Supremo Tribunal para declarar la nulidad de los actos del Poder Público, contrarios a la Constitución, está, como se ha visto, muy por encima de la mera facultad —hoy simplemente legal y sin su correspondiente previsión constitucional—, de conocer de cuestiones suscitadas con ocasión de contratos celebrados por el Poder Ejecutivo. En tales casos, la aplicación de esta norma legal sería procedente solamente para aquellas cuestiones contractuales distintas del control de la constitucionalidad que pudiere promoverse con relación a los actos emanados de los Poderes Públicos intervinientes en el acto contractual.

Pero, en todo caso, es necesario observar: que la expresada norma legal se contrae, única y exclusivamente, a cuestiones suscitadas por contratos celebrados por el Poder Ejecutivo; y, en el caso a resolver, la actividad desplegada en el acto contractual no fue, según se ha visto, obra exclusiva de este Poder, sino que, paralelamente a él, surgió, por imperativo legal, la actividad de las Cámaras del Congreso como Cuerpos colegisladores. Y esa actividad de este soberano Cuerpo no fue de simple carácter formalista, sino integradora del objeto mismo del acto contractual.

No puede, pues, estimarse esa convención como un mero contrato celebrado por el Poder Ejecutivo, cuando la intervención del Poder Legislativo, con toda su plenitud de Cuerpo legislador, fue la que determinó, en definitiva, su validez y su vigencia. En tal virtud, no puede aplicarse, en ningún caso, a este contrato que debe su existencia a una actividad del Congreso Nacional, la norma contenida en la atribución 28 del artículo 7º de la Ley Orgánica de la Corte Federal, que sólo sería aplicable, y ello mientras no se planteen problemas de constitucionalidad, en casos de contratos celebrados únicamente por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus atribuciones privativas.

La existencia, pues, de una actividad del Congreso Nacional en el acto cuya nulidad se demanda, incluye a ésta, en cuanto a su constitucionalidad se refiere, dentro de las previsiones del ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución.

(omissis.) 4. Pretender que un acto de la importancia de una Ley aprobatoria de un contrato de interés público integrado por actuaciones conexas de dos importantes ramas del Poder Público: La Ejecutiva y la Legislativa, pueda escapar, por obra y gracia de un interés privado incluso en dicho acto, al soberano control de la constitucionalidad que es privativo de esta Suprema Corte, es dejar abierta una peligrosa brecha para que, por ese medio contractual, puedan producirse violaciones constitucionales incontrolables, ya que, en tal caso, únicamente los actos unilaterales de los Altos Poderes, podrían ser objeto de la acción anulatoria respectiva. Así, si un acto legislativo del Congreso, que no adopte la forma contrato, contiene una disposición similar a la que es objeto de la nulidad demandada, no habría objeción para que esta misma Corte, en pleno, se pronunciara sobre ella y declarara su anulación por inconstitucional. En cambio, esa misma disposición declarada inconstitucional, contenida en una llamada ley formal como la del caso de autos, estaría exenta de toda revisión constitucional directa.

Tal argumento demuestra palmariamente, que, tanto el acto legislativo

unilateral y aislado contentivo de un estatuto legal, como el acto legislativo que comprende un contrato de interés público, tienen la misma razón, lógica y legal, para estar sometidos al control jurisdiccional de la constitucionalidad que ejerce este Supremo Tribunal, según la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución. Porque si la regla general constitucionalmente establecida es la del pleno ejercicio del control constitucional de todos los actos del Poder Público, cualquier excepción a dicha regla tendría que emanar, necesariamente, de la propia Constitución. Ni siquiera una disposición legal podría sustraer alguno de aquellos actos al control antes dicho; y menos aún pueden autorizarlo los órganos jurisdiccionales como intérpretes fieles que deben ser del contenido de aquella norma. A todo evento, y, ante la duda que pudiera surgir acerca de si algún acto emanado del Poder Público es o no susceptible de revisión constitucional por acción directa, debe optarse, en obsequio a aquel amplio y fundamental principio constitucional, por admitir su examen por parte de este Alto Tribunal. Lo contrario sería establecer obstáculos al control constitucional que, en ninguna forma, ha previsto nuestro ordenamiento jurídico. Se consagrarían así excepciones, sin respaldo legal, a la función más importante y soberana constitucionalmente atribuida, a lo largo de toda la historia patria, al más Alto Tribunal de la República: la de vigilar y mantener en todo momento y en su amplia integridad, el imperio de la Constitución.

5. Por las razones expuestas, considera la Corte Suprema de Justicia que, en virtud de la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución, en concordancia con la Disposición Transitoria Décimoquinta, es de su competencia conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad que ha dado origen al presente proceso, y así se declara.

II.—Cuestión de fondo: Admitida en la forma expuesta la competencia de la Corte para conocer, por vía de acción directa, de la cuestión de constitucionalidad planteada en el presente proceso, pasan los sentenciadores al análisis de los pedimentos del libelo, que aparecen formulados en los siguientes términos:

“Primero: Que se declare la nulidad, por su clara e indubitable inconstitucionalidad, de la cláusula 20, la cual forma parte de la Ley aprobatoria del convenio de prórroga del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, ya transcrito, por su ostensible colisión con los artículos 18, 19 y 21 de la Constitución Nacional”.

“Segundo: Para el caso de ser improcedente la declaratoria de nulidad solicitada en el pedimento anterior, pedimos que la Corte declare cuál Ley debe prevalecer en la colisión que existe entre los artículos 48 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional y 31 de la Ley Orgánica del Distrito Federal, con respecto a la cláusula 20 contenida en la Ley aprobatoria del convenio de prórroga del contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, disposiciones y cláusulas ya transcritos”.

Por cuanto los anteriores pedimentos están propuestos en forma subsidiaria, pasa la Corte a considerar el primero de ellos, dejando, para después de decidido éste, el pronunciamiento a que hubiere lugar respecto del segundo.

(omissis) Concretándonos al caso de autos, y de acuerdo con el análisis general que se ha realizado en este capítulo del fallo, necesario es establecer:

a. Que la exención de impuestos o contribuciones directas establecidos por las Municipalidades a que se contrae el artículo 20 de la precitada Ley, no procede con base a la supuesta equiparación entre el Banco de Venezuela y las Oficinas de la Tesorería, por cuanto, según se ha visto tal equiparación no está legalmente prevista en lo que se refiere a la exención de impuestos y contribuciones de carácter municipal.

b. Que, en todo caso, la exención contemplada en el artículo 20 citado es inconstitucional, por cuanto, de acuerdo con los principios expuestos, no puede el Poder Ejecutivo pactar exenciones de impuestos que corresponden a las Municipalidades por virtud de las normas constitucionales expresas que regulan su funcionamiento con base en la autonomía fiscal que les está reconocida.

Por consiguiente, el artículo 20 de la citada Ley Aprobatoria del Contrato celebrado entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela, en cuanto establece exención de impuesto y contribuciones municipales, es contrario al prin-

Los problemas que se plantea la Corte, son fundamentalmente dos: a. La competencia de la misma Corte para conocer de la solicitud de nulidad; y b. El problema de la nulidad misma solicitada.

Con respecto al primero de los problemas, la Corte razona su competencia respecto de la materia sujeta a examen, así:

Nuestra Constitución vigente define como leyes los actos que sancionen las Cámaras como Cuerpos Colegisladores, al igual que las Constituciones anteriores, sin que sean necesarios ciertos requisitos señalados por la doctrina, como la generalidad y el carácter abstracto. Por la claridad de los preceptos constitucionales no hay lugar a distinguir entre ley material y ley formal. Corresponde también a la Corte declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes, y este concepto no puede ser otro que el de los actos sancionados por las Cámaras como Cuerpos Colegisladores, sin que influya para nada en esta atribución la distinción doctrinaria señalada entre leyes formales y leyes materiales. Basada en estos supuestos, la Corte se aparta de la doctrina sustentada por ella misma en la decisión de 5 de mayo de 1937, a que se refieren los comentarios de la parte primera de esta nota.

El segundo argumento de la Corte señala que la Constitución no sólo le da competencia para conocer de la demanda de inconstitucionalidad de las leyes, sino que además también es competente para conocer de la nulidad de los demás actos de los Cuerpos legislativos que colindan con la Constitución; por lo que una ley *formal* o cae dentro del concepto genérico de ley, o forma parte del concepto genérico de “actos de los cuerpos legislativos”, y en ambos casos sería competente.

Cabe señalar especialmente el argumento de que el acto sometido a examen respecto de su constitucionalidad, es, según expresión de la Corte un *acto complejo*, “integrado, en forma evidentemente *conexa*, por actos que respectivamente emanaron del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y de una entidad bancaria particular y privada como lo es el Banco de Venezuela”. El argumento se desarrolla así: Si la Corte tiene compe-

cipio de autonomía del régimen fiscal de los Municipios mantenido en las Constituciones que han regido durante la vigencia del contrato, y concretamente, violatorios de los artículos 29 (ordinal 3º) y 31 (ordinal 3º) de la Constitución vigente, concordante con los artículos 18, 19 y 21 (ordinal 4º, letra a) de la Constitución de 1953, y con los artículos 6º (aparte último), 14 y 18 (ordinal 3º) de la Constitución de 1936.

tencia para anular los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, no existe razón para que cuando se trata de un acto de naturaleza que se examina, la existencia de un particular en su formación excluya el conocimiento de la Corte respecto de la regularidad constitucional de los mismos.

Que si bien es cierto que las cuestiones que se susciten entre los particulares y el Ejecutivo con ocasión de los contratos que hubieren celebrado debe conocerse en juicio contencioso y no por el procedimiento breve y sumario de las cuestiones de inconstitucionalidad, en el caso de autos la cuestión que se ventila envuelve además del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo. "Y esa actividad de este soberano Cuerpo no fue de simple carácter formalista, sino integradora del objeto mismo del acto contractual".

Por último, la Corte asienta: "A todo evento, y, ante la duda que pudiera surgir acerca de si algún acto emanado del Poder Público es o no susceptible de revisión constitucional por acción directa, debe optarse, en obsequio a aquel amplio y fundamental principio constitucional, por admitir su examen por parte de este Alto Tribunal. Lo contrario sería establecer obstáculos al control constitucional que, en ninguna forma, ha previsto nuestro ordenamiento jurídico. Se consagrarían así excepciones, sin respaldo legal, a la función más importante y soberana constitucionalmente atribuida, a lo largo de toda la historia patria, al más Alto Tribunal de la República; la de vigilar y mantener en todo momento y en su amplia integridad, el imperio de la Constitución".

Respecto de la segunda cuestión, es decir, la procedencia o improcedencia en el caso concreto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la Corte encuentra que la exención de impuestos y contribuciones municipales contenida en el artículo 20 de la Ley aprobatoria del Contrato es contrario al principio de autonomía del régimen fiscal de los Municipios mantenido en las Constituciones y violatorio de los mismos.

## 6

Con relación a la decisión que hemos transcrito, conviene puntualizar y analizar cada argumento, para lograr una crítica del fallo en cada una de las cuestiones importantes.

A. Respecto de la afirmación de que la ley aprobatoria de un contrato, sea una ley, no cabe duda alguna. Ya hemos mencionado que las leyes no pueden definirse por su contenido; y que independientemente de que sean normativas o no, si reúnen las condiciones formales objetivas señaladas por la Constitución, son verdaderas leyes.

De igual manera debe concluirse que la atribución conferida a la Corte Suprema de Justicia para declarar la nulidad de las leyes nacionales que colindan con la Constitución no distingue ni puede interpretarse en otro sentido de que todas las leyes, sea cualquiera su contenido, normativo o no, están sometidas al control de la constitucionalidad, tanto intrínseca como extrínseca o formal.

B. En apoyo de sus argumentos la Corte aduce, que de no tratarse de una verdadera ley (por ser formal), no por eso escaparía la cuestión a su competencia, pues está facultada para conocer de la inconstitucionalidad de los demás "actos de los cuerpos legislativos" que colindan con la Constitución. Este argumento es inútil: la existencia de la ley debe aparecer de la publicación en el órgano oficial, que además se presume conocida por todos; basta con examinar si se han cumplido los requisitos formales para concluir que se está en presencia de tal acto.

C. Al tratar la Corte de precisar la verdadera naturaleza jurídica de la ley aprobatoria de un contrato, tropieza con el escollo jurídico esencial del problema.

Señala en primer lugar que el contrato, mediante la intervención del Congreso, se *transformó en acto legislativo*.

En segundo término, que el acto en referencia es un *acto complejo*, integrado en forma evidentemente *conexa*, por actos que emanan del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y de una entidad particular y privada.

En tercer lugar añade que el objeto mismo del contrato es la "constitución de un servicio público".

Por último, que la convención objeto de examen no puede estimarse como un mero contrato celebrado por el Poder Ejecutivo, cuando la intervención del Poder Legislativo, con toda su plenitud de cuerpo legislador, fue la que determinó, en definitiva, su validez y vigencia.

Por su parte la doctrina aparece también un poco indecisa acerca de la verdadera naturaleza jurídica de los actos que mo-

tivan el examen. BREWER CARIAS, señala que el acto de aprobación legislativa de un contrato es, en cuanto al fondo, un acto administrativo por su contenido y naturaleza y, en cuanto a la forma, una ley formal" (22).

El mismo autor señala, además, que el proceso de formación de la voluntad de la administración comprende varias etapas, una de las cuales es la aprobación impartida por el órgano legislativo, pero que la aprobación legislativa no transforma dicho acto de aprobación en acto legislativo. En otras palabras "el acto de aprobación legislativa no cambia en ningún momento la naturaleza contractual de la relación jurídica que se aprueba". "El contrato sigue siendo contrato pero con forma de ley, como formalidad *ad solemnitatem* del acto" (23).

Por último, concluye BREWER CARIAS así: "Además, la ley aprobatoria de un contrato de interés nacional no es susceptible de derogatoria ni de reforma total o parcial por la sola voluntad de los Cuerpos Legislativos, sin audiencia de las partes que han concurrido a la formación del contrato, es decir de la Administración y del contratante".

D. Contribuye en grado sumo a la confusión existente, la redacción impropia del artículo 126 de la Constitución que dice textualmente: "Sin la *aprobación* del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional". El aparte final del artículo señala, además: "La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público".

La duda nace de la disposición citada por cuanto los términos que podrían entrar en juego para interpretar la norma citada, serían los de "aprobación" y "autorización", ya que ambas tienen características de controles preventivos.

La autorización aparece en un momento anterior a la acción que se va a autorizar y su función consiste en facultar al titular de un poder para que pueda ejercitarlo en el caso específico. La aprobación se concreta en un momento necesariamente sucesivo a aquel en que encuentra la propia realización el acto objeto de control, pero la aprobación es anterior al momento en que dicho acto podrá ejercer su eficacia (24).

(22) BREWER CARIAS, op. cit., p. 172.

(23) BREWER CARIAS, op. cit., p. 173.

(24) SANDULLI, Aldo M. "Il Procedimento Amministrativo", Milano, 1959, p. 273.

Por los términos del artículo 126 citado, parecería tratarse de una *autorización* legislativa, en lugar de una *aprobación*; pero no es posible al intérprete cambiar los términos del problema jurídico. Lo lógico parece que la Constitución haya querido establecer que no es posible "*celebrar válidamente*" un contrato de interés nacional, es decir, un contrato que comprometa los altos intereses nacionales, sin que tal contrato haya sufrido el control de las Cámaras Legislativas en forma de aprobación. Pero aún entendiendo en esta forma la disposición, queda un escollo adicional, que es el último párrafo citado, donde se señala que la ley puede exigir otras condiciones o garantías. Estas circunstancias no son posibles pensarlas sino en el caso de *autorizaciones*, porque si se tratare de *aprobaciones*, sólo cabría aceptar o rechazar el acto sujeto a control. Salvo que pudiera pensarse en una *aprobación* sujeta a condiciones que deberían cumplirse *a posteriori*.

Aceptado, *prima facie*, que se trata de una *aprobación*, no es posible concluir como lo hace BREWER CARIAS que una de las etapas de la formación de la voluntad de la Administración es la aprobación impartida por el Congreso. Las condiciones de los sujetos intervinientes en el contrato, no son propiamente ni elementos esenciales ni accidentales del contrato; sino son condiciones extrínsecas, o como las denomina la doctrina "presupuestos del contrato", como la capacidad de obrar, el poder de disponer (25). Por el contrario, la *autorización* si tendría por objeto facultar al titular de un poder para ejercerlo en el caso específico, si completaría la voluntad del sujeto.

Tampoco es admisible que el contrato aprobado por la ley, se transforme o convierta en un acto legislativo, como lo afirma la Corte. En esto tiene razón BREWER CARIAS: los dos actos permanecen diferentes, son dos actos, no uno; es decir, un acto aprobado que es el contrato y un acto aprobatorio que es la ley. No estamos de acuerdo con BREWER en el sentido de que el contenido sea contrato y la forma ley, porque parece que se hiciera referencia a un solo acto; tampoco, como ya lo hemos manifestado, porque la ley es ley independientemente de su contenido y cualquier materia puede ser objeto de la ley, ya

(25) MESSINEO, F. "Doctrina General del Contrato", Buenos Aires, 1952, Vol. I, p. 73.

que no hay materias legislativas por sí mismas y materias que no sean legislativas.

E. Ahora bien, los dos actos, contrato y ley tienen entre sí una profunda diversidad funcional y no pueden tampoco formar como dice la Corte un *acto complejo*, por lo menos en el sentido bastante riguroso como estima la doctrina un acto semejante. Para no extendernos demasiado se puede hablar de un acto único en aquellos casos en que varias actividades estén dirigidas a un único fin, unidas entre sí por vínculos de interdependencia funcional tan íntimas, que se las pueda concebir como constitutivas de una sola unidad orgánica. Como consecuencia, la invalidez de uno de los componentes, vicia todo el acto y, por consecuencia, la de todos los otros componentes <sup>(26)</sup>.

Si pensáramos como hipótesis que el Ejecutivo ha propuesto un contrato para su aprobación, pero las Cámaras Legislativas no han cumplido la tramitación formal exigida por las leyes (Falta de las discusiones previstas, falta de quorum, etc.), y sin embargo, es sancionada la ley aprobatoria y luego promulgada y publicada; podría pensarse en extinguir la ley aprobatoria por inconstitucionalidad formal, pero el Ejecutivo no tendría que rehacer de nuevo el contrato presentado a las Cámaras, sino únicamente volverla a presentar para una segunda aprobación correcta.

La aprobación es por lo general un acto que se refiere a la eficacia de un otro acto, que le permite desarrollar sus efectos; pero la aprobación no surte esos efectos, sino el acto aprobado. Los efectos del contrato los produce el contrato, no la ley aprobatoria; la ley aprobatoria posibilita la producción de los efectos.

F. Queremos mencionar que nuestra Constitución en el artículo 126 habla de "contratos de interés nacional", "contratos de interés público nacional" y de "contratos de interés público", pero a pesar de todas esas denominaciones creemos que se refiere a un solo tipo especial de contratos, por su importancia, por su magnitud económica, por sus consecuencias, etc., pero que tales denominaciones no tienen nada que ver con la clasificación generalmente aceptada por la doctrina y por nuestra jurisprudencia de "contratos administrativos". Son categorías que pueden coincidir, pero que no necesariamente han de coincidir.

<sup>(26)</sup> SANDULLI, Aldo M., op. cit. ps. 198 y ss.

Asimismo la noción de contratos de interés público o nacional no tiene necesariamente que referirse a la noción de servicios públicos. Es más en el caso que es objeto de examen cabría preguntarse si la actividad de un banco auxiliar de la tesorería podría encuadrarse dentro de la actividad de servicio público. Una actividad semejante (las financieras y fiscales), confiesa WALINE, que sea considerada como servicio público no puede explicarse sino por una tradición inmemorial <sup>(27)</sup>.

Tampoco creemos como lo hace BREWER CARIAS que las leyes aprobatorias de contratos no sean derogables ni modificables. No existe para tal afirmación ningún texto de derecho positivo que la ampare. Por el contrario, el artículo 177 de la Constitución dice que las leyes sólo se derogan por otras leyes y podrán ser reformadas total o parcialmente. No establece la Constitución ninguna excepción, luego no es posible que el intérprete la establezca. Si las Cámaras decidieran derogar la ley aprobatoria de un contrato, sólo entraría en juego el artículo 44 sobre la irretroactividad de la ley derogatoria. El contrato aprobado dejaría de producir efectos y se presentaría al Estado un problema de responsabilidad contractual por acto legislativo. Pero no creemos que puedan extenderse las conclusiones a la imposibilidad de derogatoria.

G. La confusión parece derivar de considerar los dos actos, como si fueran en verdad uno solo. Por vía de ejemplo, debe pensarse que el Ejecutivo, durante el curso de ejecución de un contrato, encontrara que el co-contratante no cumple las obligaciones que le impone el contrato y se causara un grave daño al Estado, y no pudiera acudir a la resolución unilateral del mismo (si fuere administrativo), porque pudiera pensarse que el Ejecutivo estaría derogando una ley, sin facultad para ello; o al menos que estuviera que esperar la reunión de las Cámaras, si no estuvieren reunidas, o convocar a sesiones extraordinarias, consecuencias que parecen absurdas.

De lo dicho hasta ahora podemos sacar las siguientes consecuencias: La ley aprobatoria de un contrato, es una ley, solamente que no es una ley normativa. El contenido de esta ley no es el contrato que aprueba; el contenido de esta ley es un "acto de aprobación". En otros términos, es un "acto de aprobación" con forma de ley. El contrato es un acto independiente

<sup>(27)</sup> WALINE, M. "Droit Administratif", Paris, 1963, p. 665.



y aislado, en principio válido y perfecto, sólo que no produce efectos sino después de la aprobación.

Tanto el contrato como la ley, pueden estar viciados uno y otro; pero el vicio de uno no afecta al otro, lo que evidencia que no forman un acto complejo.

La ley aprobatoria puede estar viciada formalmente, por los motivos que hemos expuesto arriba: vicios en su formación, en su sanción, en su promulgación, etc., pero estos vicios sólo la afectan a ella, no afectan al contrato. Difícilmente puede concebirse que la ley aprobatoria de un contrato tenga un vicio de inconstitucionalidad intrínseca, porque una de dos: si el acto no necesitaba aprobación, la declaratoria de inconstitucionalidad no tendría ningún interés, como por ejemplo, si una ley aprobara un contrato necesario para el normal desarrollo de la administración pública; si el contrato necesita aprobación y le fue dada no puede haber inconstitucionalidad intrínseca. El contrato por su parte puede estar viciado, y en ese caso tal vicio no lo dejaría producir sus efectos normales o, al menos, todos sus efectos; pero en nada afectaría en esto a la ley aprobatoria.

Pretender como lo hace la Municipalidad impugnante y acoger como lo hace la Corte el absurdo de anular una disposición contractual mediante el expediente de impugnar por inconstitucionalidad una ley aprobatoria, no puede basarse sino en el error, derivado de falta de análisis, de considerar a ambos actos como constitutivos de un solo acto.

Esta circunstancia aparece también con claridad en materia de tratados internacionales, aprobados por leyes. Cuando el Presidente de la República denuncia un tratado, quiere esto decir e implica que el Presidente puede derogar una ley? Ciertamente que no: el tratado permanece como acto jurídico distinto e independiente de la ley aprobatoria. El Gobierno en el caso de los tratados y la Administración en el caso de los contratos, pueden ejercer los derechos internacionales y contractuales y ponerles fin, sin que ello implique modificación o derogatoria de las leyes aprobatorias respectivas (28).

Un último punto es necesario precisar. En su argumentación la Corte, en términos un poco confusos, plantea un grave

(28) V. en contra MERLK, A. "Teoría General del Derecho Administrativo", Madrid, 1935, p. 149.

problema. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia figura la designada como 9ª, en los siguientes términos: "Declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional cuando sean violatorios de esta Constitución". Esa acción de nulidad por inconstitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo se refiere únicamente a los actos unilaterales, o pueden ser comprendidos en ellos los actos bilaterales, entre otros, los contratos?

La decisión de contratar, la redacción o formulación del contrato, pueden ser atacados por inconstitucionalidad, por tratarse de actos del Poder Ejecutivo?

La respuesta debe guardar cierta similitud con otro conflicto posible. El acto administrativo por el cual el Ejecutivo decide contratar o cualquier otro acto relativo al contrato puede ser impugnado por el recurso objetivo de nulidad por ilegalidad?

Esta última pregunta es resuelta en Francia por los autores AUBY Y DRAGO, en los términos siguientes: Durante la mayor parte del siglo XIX la jurisprudencia admitía el recurso por exceso de poder con relación a los contratos. Después de 1872, por el contrario el recurso ha sido declarado inadmisibles y esta solución no ha sido abandonada. El contrato no puede ser objeto de un recurso por exceso de poder ni de parte de un tercero ni de parte de un contratante.

Los autores citados continúan: Esta solución ha sido justificada a veces por la teoría del recurso paralelo que podía ejercerse ante el juez del contrato; sin embargo, esta explicación que podría invocarse a propósito de la inadmisibilidad del recurso de una de las partes, cesa de ser válida respecto de los recursos de los terceros que también son declarados inadmisibles aunque no tengan acceso al contencioso contractual.

Otra solución que se menciona en el texto citado es que el recurso se admite contra los actos de las autoridades administrativas, pero no puede concluirse que se conceda contra actos que emanan de autoridades y particulares, pero queda en pie el contrato celebrado por dos administraciones públicas.

Una nueva vía se ha buscado en la naturaleza unilateral de los actos administrativos atacados, pero no se ve la razón de excluir los actos bilaterales que susciten cuestiones de legalidad objetiva.



La verdadera solución jurisprudencial francesa, conforme a los autores citados, está en que los elementos esenciales de un contencioso de plena jurisdicción no son separables de ese contencioso y no pueden dar origen a recursos por exceso de poder. De hecho se admite contra los actos de celebración o conclusión de los contratos, recursos por exceso de poder <sup>(29)</sup>.

En Venezuela y en base a las disposiciones citadas, no hemos encontrado la posibilidad de eludir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos bilaterales de la Administración, pero en el entendido que lo que debe ser atacado es el acto del Poder Ejecutivo por el cual se celebra el contrato y no la ley que aprueba tal acto. No vemos razón, por lo demás, en defender la posición de intangibilidad del contrato cuando entre sus normas hay violaciones de principios y derechos inderogables e inviolables; así como tampoco que los Poderes Públicos o los particulares contratantes pueden derivar ventajas de disposiciones contractuales o bilaterales viciadas de inconstitucionalidad.

Por último, en el caso concreto, ciertamente el Poder Ejecutivo no podía conceder exenciones de impuestos nacionales o municipales por ser contrario dicho pacto a los principios que rigen la autonomía fiscal de los Municipios.

## RECENSIONES BIBLIOGRAFICAS

<sup>(29)</sup> AUBY Y DRAGO. *Traite de Contentieux Administratif*, Paris, 1962, Vol. II, p. 455.

ARTILES, Sebastián. INTRODUCCION AL DERECHO ROMANO. Editorial Estrados. Caracas, 1965.

Bajo el título Introducción al Derecho Romano ha publicado recientemente el profesor Sebastián Artiles su obra de iniciación a los estudios romanísticos.

Fruto de una larga y sentida experiencia profesional, el trabajo aludido se dirige en forma preferente a satisfacer las necesidades del estudiantado que en los primeros años de la licenciatura en Derecho se enfrenta a la formidable "fortaleza" del Derecho romano, dotándole de un instrumento manejable, accesible y de cómodo empleo para los primeros pasos, siempre tan inestables, hacia la conquista de aquélla.

El contenido de la obra se circunscribe a los temas generales e introductorios del Derecho romano y la Historia de la constitución política y de las fuentes romanas. Parte esta de la asignatura a la que está encomendada la tarea de formar una preconciencia en el alumnado de las notas sustanciales y caracterizadoras del genio jurídico romano y de las peculiares matizaciones y proyecciones del ordenamiento en que aquél se plasmó, y a la que, posiblemente, no le estemos prestando la debida atención y cuidado en nuestras diarias actividades docentes. Porque pretender que un estudiante que se inicia en los quehaceres jurídicos puede llegar a dominar y captar la estructura y el desenvolvimiento particular de un sistema jurídico tan acabado y minucioso como el romano, sin que previamente se le haya dotado de un instrumental seguro para la pulsación y comprensión de los más importantes criterios, nociones y conceptos que sintieron y manejaron los juristas romanos, es poco menos que utopía. Lo mismo puede decirse respecto a la Historia del Derecho público romano; nuestro estudiante, con tan precaria y asistemática formación histórica, no está en condiciones de ubicar las transformaciones de los institutos jurídicos romanos, tan íntimamente ligadas, muchas veces, a concretas situaciones político-sociales, si previamente no se ha explanado ante sus ojos, por muy concentrada que sea, una visión general de los grandes periodos de la Historia política romana y de sus caracteres y notas más resaltantes.

Y en este orden de ideas, precisamente, es donde apreciamos en su justo valor la obra del profesor Sebastián Artiles. Los manuales ordinariamente manejados o bien silencian la parte introductoria e histórica o bien le dan menguada satisfacción mediante unas pocas

páginas. Frente a ellos se ubican las monumentales Historias del Derecho romano, a las que no podemos pretender se viertan nuestros alumnos. Se precisa de un término medio, ajustado, desarrollado sin exceso pero sin mutilación, accesible y claro pero sin simplismos deformadores y contraproducentes, y allí justamente es donde viene a colocarse la obra que reseñamos. El estudiante encontrará en ella una ponderada explicación de los presupuestos jurídicos romanos y el profesor un adecuado cauce para conducir con mano firme y segura las primeras "aguas" germinadoras de una incipiente formación romanística, sin riesgo de que las mismas devengan en una torrentera devastadora.

El libro, por otra parte, está escrito con amenidad, en limpio lenguaje de fácil acceso, y procura una adecuada distribución metódica de los temas tratados. Conjuga hábilmente lo didáctico con una serie de explicaciones y disquisiciones de tipo práctico, comparativo y hasta anecdótico. Bástenos reseñar al respecto las páginas dedicadas a comparar el desenvolvimiento histórico de los Derecho romano e inglés, la situación actual de los estudios del Derecho romano en las grandes familias jurídicas o la faceta humana, política y jurídica del emperador Justiniano.

En suma, estimamos que en el rejuvenecimiento, y, aun diríamos, en la nueva y nunca tan fecunda floración que los estudios romanísticos están experimentando en Venezuela, la obra del Dr. Artilles cubre un vacío sentido y se ubica con dignidad y altura por propios merecimientos.

**Angel Cristóbal Montes**

CRISTOBAL MONTES, Angel. INTRODUCCION AL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL. Cursos de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1965.

## I

La Introducción al Derecho Inmobiliario Registral, reciente publicación del Dr. Angel Cristóbal Montes, es una excelente obra destinada al estudio y conocimiento de los aspectos y temas generales del Derecho Inmobiliario.

Fue impresa durante el mes de junio de 1965 en la Imprenta Universitaria de Caracas. Se trata de un volumen dedicado por el autor a los eximios juristas D. Ramón María Roca Sastre y D. Angel Sanz Fernández, en cuyos magistrales trabajos se engendró y nutrió su

vocación por el Derecho Inmobiliario. Consta de 234 páginas y pertenece a la colección de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, "Cursos de Derecho".

## II

El contenido de la obra reseñada se reparte en cinco capítulos que suministran una muy completa visión de los datos históricos y conceptos fundamentales que sirven de plataforma al derecho inmobiliario registral, así como también de los concretos desarrollos de que es susceptible dicha institución.

El Capítulo I, examina la publicidad inmobiliaria y su desarrollo. Parte del concepto de la publicidad y de su organización como servicio que presta el estado moderno con el objeto de dar apariencia a las situaciones jurídicas que se constituyen y a sus transformaciones para tutelar intereses jurídicos particulares. Examina la naturaleza de la publicidad como declaración, notificación u operación. Relaciona los conceptos de publicidad y forma y precisa su ámbito, en especial el de la publicidad relativa a los derechos reales, ya que si la sociedad entera debe abstenerse de verificar actos que menoscaben, perturben o impidan el ejercicio de los derechos reales, la contrapartida lógica radica en que sus integrantes tengan la posibilidad de conocer su existencia a fin de cumplir los deberes de abstención y de respeto que incumben a todos, impuestos por tales derechos. En la actualidad, no se limita la publicidad de los derechos reales a los que recaen sobre bienes inmuebles, lo cual sería incurrir en el error dogmático de configurar el fenómeno publicitario en función de la naturaleza mueble o inmueble de las cosas objeto de los derechos.

La publicidad puede recaer indistintamente sobre derechos reales inmobiliarios o mobiliarios siempre y cuando el objeto sea de fácil individualización, identificación y diferenciación y tenga existencia duradera.

Continúa este primer Capítulo con el desarrollo histórico de la publicidad inmobiliaria para destacar que mientras en los tiempos antiguos, los sistemas o regímenes de publicidad de las transferencias y gravamen de inmuebles, son completamente extraños a toda idea de registración o de toma de razón en Registros públicos, en los tiempos modernos, se observa una decidida tendencia hacia la registración como forma específica de publicidad inmobiliaria.

La primera fase de la historia de la publicidad se caracteriza por las formas solemnes de las enajenaciones inmobiliarias que se presentan, más que como un medio de publicidad, como testimonio del dominio eminente de la comunidad o del señor territorial. A partir de la segunda fase, que se inicia en el momento en que se esfuman los últimos resabios del colectivismo primitivo, el fin sobresaliente del formalismo en las transmisiones inmobiliarias, es el de proteger

a los terceros contra el fraude. Al llegar al tercer período de su evolución, la publicidad de las transferencias no se considera exclusivamente desde el ángulo del interés individual de los terceros adquirentes o acreedores, sino predominantemente, como un elemento de la riqueza general y del bienestar de la sociedad.

El autor analiza la publicidad inmobiliaria en la India, y en los derechos hebreo, griego, egipcio y romano. Respecto de este último, destaca la ausencia en Roma de un verdadero sistema de publicidad en la transferencia y gravamen de los bienes inmuebles, sin que de esta afirmación deba suponerse, necesariamente, el desconocimiento radical, en el derecho romano, del principio de publicidad inmobiliaria, ni tampoco, que la única publicidad o visibilidad del dominio y demás derechos reales fue la posesión.

Contrariamente a lo que sucedió en el Derecho romano, los diversos Derechos germanos aparecen caracterizados por la nota común de propiciar que las transmisiones inmobiliarias, y en general todo cambio real sobre inmuebles, se verifiquen con publicidad. Desde los tiempos más remotos, el Derecho germánico se caracterizó por la persistencia del elemento publicitario en los actos de enajenación y gravamen de los bienes inmuebles. El nacimiento del principio de la publicidad inmobiliaria se vincula al derecho germánico e igualmente la invención del Registro de la Propiedad.

La institución germánica de la "gewere", a través de sus efectos defensivos, ofensivos y traslativos penetra dentro del Derecho inmobiliario al determinar la incorporación de los derechos reales a una forma visible y trascendental, reconocida en el ordenamiento registral.

En materia de transmisión del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, el Derecho germánico adoptó un carácter rigidamente formal, manteniendo a lo largo de su evolución las notas de solemnidad y publicidad. En materia de libros registrales, conviene recordar que ya en 1135, en una de las parroquias de Colonia, se llevaba un protocolo en pergamino con los documentos de transmisión de las propiedades, con el objeto de acreditar las adquisiciones de derechos reales sobre los fundos. Más adelante, en ciertos lugares, se asignó a cada finca un folio especial dentro del libro, en el que se anotaban todas las relaciones jurídicas que tuvieran por objeto dicho inmueble con lo cual nació el sistema del folio real.

Tales progresos se vieron enturbiados por la recepción del Derecho romano que produjo una seria perturbación en los regímenes germánicos de publicidad, hasta que a partir del siglo XVI se operó en Alemania el resurgimiento del derecho germánico que culminó en materia registral, en las leyes prusianas de 20 de diciembre de 1783 y 5 de mayo de 1782, hasta llegar, finalmente, a la implantación de un sistema registral inmobiliario, aplicable a todo el territorio alemán, mediante el Código Civil del Imperio (B.G.B.) y la Ordenanza Inmobiliaria o Ley de Registro Inmobiliario, de 24 de marzo de 1897,

sustituída con posterioridad por la hoy vigente de 5 de agosto de 1935.

El Capítulo II, se refiere al derecho inmobiliario registral. Parte del examen de los elementos necesarios para integrar su concepto y lo entiende como "conjunto de normas de Derecho Civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito, a través del Registro de la Propiedad", definición esta que abarca y destaca las notas características del derecho registral. Con fina agudeza advierte el autor lo conveniente de hacer referencia a los aspectos material y formal del Registro.

Analiza a continuación las distintas denominaciones de la disciplina: Derecho hipotecario que resulta excesivamente restrictiva; Derecho inmobiliario, hoy abandonada; Derecho de Registro de la Propiedad, propugnada por el profesor español Ignacio de Casso Romero; Derecho registral según el Profesor Pascual Marín Pérez y Derecho Inmobiliario Registral que en opinión de Cristóbal, supera las objeciones tradicionales de las anteriores denominaciones y por entender la necesidad de añadir a la palabra derecho los dos calificativos, inmobiliario y registral que delimitan, con mayor exactitud, el objeto de la disciplina.

El contenido del derecho inmobiliario registral resulta de los aportes que le comunican: el registro de la propiedad inmueble, la regulación de la forma específica de publicidad atribuible a los actos registrales y la formulación de los efectos que producen los asientos registrales. Sus caracteres fundamentales son los siguientes: ser un derecho regulador de la publicidad inmobiliaria, integrado tanto por normas de naturaleza formal como material; ser un derecho legitimador de situaciones jurídicas (titularidades reales); protector (asegurador) del tráfico jurídico inmobiliario; que carece de sustantividad, por lo cual no puede concebirse como disciplina jurídica independiente, sino como parte integrante del Derecho Civil, concepto este que determina las relaciones del Derecho inmobiliario registral con el Derecho civil y con las demás ramas jurídicas.

El Capítulo III, estudia el registro de la propiedad inmueble como instrumento de la publicidad inmobiliaria, es decir, como un organismo técnico adecuado, al cual deben llegar las diversas manifestaciones del convenio inmobiliario a fin de que al existir constancia de la historia jurídica de cada finca, se pueda averiguar en todo momento quien sea propietario de la misma y cuáles son los gravámenes o limitaciones que la afectan. Así entendido, el Registro de la Propiedad, es una creación técnica organizada por el Estado, que forma parte de la estructura administrativa del mismo y que tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. El autor considera que en el Registro de la Propiedad predomina su carácter esencial de institución jurídica sobre cualquier otro de naturaleza formal u orgánica, por lo cual lo define como la institución

jurídica que tiene por misión la publicación de los derechos reales sobre fincas, confiriendo a los mismos, mediante tal publicidad, una eficacia civil especial.

No falta la corriente que configura el Registro de la Propiedad como oficina: algunos pretenden la fusión del Registro de la Propiedad, Registro Civil y Notariado; otros aspiran a que el Registro sea el reflejo de la propiedad inmobiliaria en todos sus aspectos (físico, económico, social, fiscal y jurídico); hay también, dentro de esta segunda posición, quienes defienden que la función del Registro debe limitarse a reflejar una realidad jurídica. Otros enfoques se refieren al registro de la propiedad como conjunto de libros y como servicio público. Entre sus finalidades se citan: la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles, la seguridad del tráfico inmobiliario, el fomento del crédito territorial, la movilización de la propiedad inmobiliaria, la confección de estadísticas acerca del movimiento y circulación de la riqueza raíz, información general sobre la propiedad territorial y aún interés fiscal o tributario.

El Capítulo IV analiza con gran sencillez y claridad los principios inmobiliarios registrales, su valor análogo al que en derecho civil tienen los principios generales del Derecho o sea como instrumento de interpretación del derecho positivo o como norte orientador de la jurisprudencia hipotecaria o como fuente del derecho inmobiliario. El autor señala como los principales principios válidos de la materia, los de inscripción, consentimiento, rogación, tracto sucesivo, legalidad, legitimación, fe pública registral, buena fe, publicidad formal, especialidad y prioridad y considera que su estudio particularizado, debe intentarse al examinar los diversos sistemas hipotecarios, con el propósito de poder apreciar en su propio medio las peculiaridades, matices y grado de amplitud e intensidad que aquellos asumen en los ordenamientos inmobiliarios de los diferentes países.

El Capítulo V, considera los sistemas inmobiliarios registrales y su clasificación en tres grupos o categorías: sistemas que atribuyen a la publicidad registral simple fuerza negativa reclusiva (oponibilidad de lo inscrito); sistemas que atribuyen a la publicidad registral eficacia convalidante y sistemas que atribuyen a la publicidad registral efectos constitutivos. Para el autor, la fuerza expansiva del sistema francés se ha consumido por completo, observándose cada vez en forma más acentuada, en el ámbito, de su originaria zona de influencia, una vigorosa tendencia hacia la deserción, por lo cual queda el sistema germánico, con las variantes oportunas, como el que está dotado hoy en día de mayor fuerza expansiva, ganando cada vez en forma más acentuada, nuevos adeptos para su causa.

### III

La obra reseñada que es una magnífica introducción al Derecho inmobiliario registral, cubre con sencillez y precisión los conceptos fundamentales que deben manejarse en esta materia y plantea los

temas necesarios para iniciar al lector en una difícil especialidad de formación reciente. La circunstancia de haberse anunciado entre nosotros la reforma sustancial de los viejos sistemas de registro y notariado mediante la iniciación en las Cámaras Legislativas de los respectivos proyectos de ley, destaca la necesidad de difundir y enseñar los principios que inspiran, seguramente, la moderna legislación prevista. Así lo entiende Cristóbal, profesor desde hace años en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, especialista en materia inmobiliaria, autor de muy reputados trabajos sobre la materia y quien llegado de la Península con una vasta y fecunda formación jurídica ha echado profundas raíces entre nosotros, a punto tal que la brillante escuela hipotecaria española que tantos maestros ha producido en su especialidad, tiene con Cristóbal, voz sonora y fecunda al otro lado del océano.

Roca Sastre, Sanz Fernández, Hernández Gil, González y Martínez, Lacruz Berdejo, Giménez Arnau, Marín Pérez, Morell y Terry, García Guijarro, Campuzano, son entre otros autores de la mejor y más solvente doctrina que maneja Cristóbal en sus exposiciones introductorias, en las cuales desde luego abundan los enfoques, presentaciones y puntos de vista personales.

La obra reseñada conlleva a un panorama poco cultivado en Venezuela pero que necesariamente, como consecuencia del desarrollo económico y las necesidades de seguridad jurídica se ha convertido en una meta necesaria. En efecto, en materia de registro inmobiliario conviene recordar que la propiedad tan sólo queda plenamente garantizada cuando figura inscrita en un tipo de Registro exacto y seguro, es decir, en un legítimo Registro Inmobiliario que tanto difiere de un mero Archivo de documentos originales o transcritos, sea cual fuere su nombre.

Nuestro sistema registral está concebido como un receptáculo de actos jurídicos heterogéneos, desprovisto de la especialidad propia de un Registro Inmobiliario en el que el dato real del inmueble no es la base de las operaciones jurídicas al mismo referidas y no es posible separar los derechos reales inmobiliarios de los derechos crediticios puestos en un plano de igualdad.

Tampoco existe en nuestro Registro una verdadera inscripción sustantiva, productora de efectos jurídicos, tanto con respecto al titular inscrito como con respecto a los terceros adquirentes. Los derechos reales de trascendencia inmobiliaria, ni reciben la protección registral adecuada, ni obtienen la debida publicidad. Multitud de acciones de nulidad y de resolución constituyen una perenne amenaza para los adquirentes sin que el registro pueda servirles de ayuda alguna.

Suprimida entre nosotros la auténtica función notarial, se imposibilita la vigencia del principio de autenticidad, abriendo con ello el registro a los actos desprovistos, en todas sus dimensiones, de la fe pública necesaria, además de confundir inexcusablemente el acto de autorizar y el acto de registrar.

El régimen inmobiliario vigente en Venezuela, deja de cubrir el mínimo necesario de seguridad jurídica según resulta de las siguientes afirmaciones: no garantiza la medida, los linderos, ni siquiera la identidad de la finca; no garantiza la naturaleza jurídica ni la legalidad de los actos registrados; no garantiza la exactitud del título ni mantiene el tracto sucesivo; no garantiza el derecho de propiedad del trasmittente.

Es pues imprescindible, entre nosotros, la promulgación de una legislación notarial y registral inmobiliaria que mediante el riguroso empleo de los principios técnicos, relativos a los actos modificativos de los derechos reales sobre fincas, dote de gran claridad, certeza y seguridad a la contratación inmobiliaria, evite el fraude, fomente el crédito territorial, propicie el surgimiento de instituciones de crédito agrícola y facilite la satisfacción de necesidades apremiantes, para lo cual se necesita el motor del crédito hipotecario, público y privado que sólo comenzará a funcionar cuando la riqueza inmobiliaria ofrezca seguridad eficaz y suficiente de recuperar los capitales invertidos en la misma.

La muy acreditada Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Septiembre-Octubre de 1965, Nos. 448-449, pp. 1.404-1.406, en una nota bibliográfica sobre la obra que aquí reseñamos, escrita por el eminente hipotecarista Lacruz Berdejo, señala, aparte de otros elogios para el autor que suben de punto si se considera la eminente personalidad del hipotecarista que los emite, que sin duda, la de Cristóbal es la mejor obra "...que contamos en la materia introductoria que con templa". Quede además para nosotros, la satisfacción de haber sido escrito, como se afirma en el prólogo, pensando en Venezuela. El autor se anticipa a la transformación legal anunciada y con ella amplía su inmensa contribución al examen y difusión de los temas registrales en nuestro país y su invaluable aporte a fin de implantar un auténtico y moderno Registro de la propiedad inmueble, con todas las exigencias, requisitos, valor y efectos propios de los instrumentos registrales de factura técnica y para lo cual mucho se espera en el futuro del aporte técnico y doctrinario de Cristóbal.

Caracas, marzo de 1966.

**J. A. Zambrano Velasco.**

MELICH ORSINI, José. RESPONSABILIDADES CIVILES EXTRA-  
TRACTUALES (obra realizada bajo los auspicios del Consejo de  
Desarrollo Científico de la Universidad Central de Venezuela).  
Editorial Cajica. Calle 19 - Sur 2501, Puebla. Pue., Mex. 1965.

— I —

En los primeros días de agosto de 1965, circuló en Caracas el tratado "Responsabilidades Civiles Extracontractuales" del Dr. José Melich Orsini, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

La obra que consta de 677 páginas, impresa con todo cuidado y esmero en la Imprenta Volcanes, de Puebla, México, en la acreditada colección del "Editorial Cajica", sistematiza y expone los diversos temas relacionados con las responsabilidades civiles extracontractuales especiales.

— II —

La Parte Primera, trata la responsabilidad civil derivada de hechos ajenos y se divide en cinco capítulos.

El Capítulo I, sobre generalidades y problemas comunes, determina el concepto de responsabilidad por hecho ajeno, sus antecedentes históricos, los diversos casos de esta responsabilidad en el derecho positivo venezolano (Código Civil, Código Penal, Código de Comercio y leyes especiales: Tránsito Terrestre y Aviación Civil), su fundamento y caracteres, sentido excepcional y situación jurídica que resulta de subsistir una acción para reclamar responsabilidad civil del propio agente inmediato del daño, e intentar, el responsable civil que pague la indemnización, la acción de regreso contra el agente inmediato del daño para repetir lo pagado. Se señalan las personas que pueden invocar la existencia de una de estas presuntas responsabilidades, así como la necesidad de exigir a la víctima, la prueba de haber incurrido en un hecho ilícito, el agente inmediato del daño, por quien se hace responsable al demandado, afirmación esta que plantea de inmediato la cuestión de si es posible para el demandante, en lugar de hacer de modo directo la prueba de tal culpa, invocar también una presunción de culpa que a su vez gravite contra aquel por cuyo hecho se responde. El autor se pronuncia en favor de tal posibilidad, por considerar más razonable que cuando la ley presume la responsabilidad de la persona por quien se responde, a los ojos de la víctima todo debería ocurrir como si el responsable civil por el hecho de tal persona estuviera afectado por esa presunción.

El Capítulo II se refiere a la responsabilidad de los padres y tutores, (con un exhaustivo planteamiento del problema según los diversos sistemas del derecho comparado), al fundamento de esta responsabilidad, y a los medios para desvirtuar la presunción establecida por la ley. En el examen de las personas afectadas activamente por esta presunción, cabe destacar las atinadas distinciones previstas por el autor para determinar el carácter subsidiario de la responsabilidad de la madre, que no es solidaria ni se da en concurso con la del padre, pero que se traslada del padre a la madre cuando jurídicamente se tras-

laden a ella los poderes de guarda inherentes a la patria potestad. Termina el capítulo examinado con el análisis de las condiciones de, minoridad del agente del daño, cohabitación del menor con el responsable civil y culpabilidad del hecho del menor.

El Capítulo III, examina la responsabilidad de los preceptores y artesanos, su fundamento, naturaleza de la presunción, personas responsables y características específicas: irrelevancia de la minoridad del alumno o aprendiz, culpabilidad de su hecho, responsabilidad de los preceptores públicos.

El Capítulo IV estudia la responsabilidad de los dueños, principales o directores, sobre cuyo fundamento desarrolla el autor conceptos muy novedosos que aportan una verdadera y original explicación de la situación. En efecto, considera Melich que en un sistema como el nuestro, que establece la responsabilidad del principal con carácter *juris et de jure*, tal vez pueda decirse que el Art. 1.191 C.C. coloca a cargo de quien tiene sobre otra persona un poder de control y dirección, **no una obligación de medio** (obligación de ejercer con prudencia y diligencia el sagrado depósito de la autoridad), **sino una obligación de resultado**, a saber: obtener mediante el constante ejercicio de su autoridad, que el dependiente en el cumplimiento del encargo recibido no incurra en culpa, con lo cual explica el autor, satisfactoriamente, el mecanismo de la responsabilidad, salva contradicciones y coincide con los resultados de la jurisprudencia francesa, resultados estos que no se obtienen con las explicaciones tradicionales sobre el problema.

Estudia igualmente el referido capítulo, las personas responsables y por quienes se responde, la relación de dependencia sobre la cual descansa la responsabilidad, el requisito conforme al derecho común, de haber incurrido en culpa el dependiente; el de haber sido causado el daño en el ejercicio de las funciones encomendadas por el principal al dependiente y la aplicabilidad de la presunción de responsabilidad aun al caso de ser persona moral el principal.

El Capítulo V, agrupa otros casos especiales de responsabilidad por hecho ajeno, establecidos ya en el propio Código Civil o más especialmente en el Código Penal y en el Código de Comercio. Así, analiza el autor las responsabilidades de los padres o guardadores por los hechos ilícitos en que incurran los locos o dementes y demás enfermos mentales a su cargo; la responsabilidad de los posaderos o directores de establecimientos o casas de huéspedes; la responsabilidad de los capitanes y propietarios de naves o empresa de transporte; la responsabilidad de los empresarios por los daños causados por infracciones suyas o de sus dependientes, a los reglamentos de policía; la responsabilidad de los incursos en delito de rebelión por los daños y expropiaciones causados por las fuerzas rebeldes. Destaca el autor el carácter autóctono de esta última responsabilidad, introducida en el Código Penal de 1926, recordando que antes de su introducción, para fundamentar la responsabilidad civil de los jefes de la rebelión, por los daños causados por los sublevados, se solía acudir a la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependencias, lo que pre-

sentaba el inconveniente de obligar a la víctima a suministrar la prueba de la relación de dependencia y de haber actuado el agente inmediato del daño en ejercicio de funciones encomendadas por los jefes de la rebelión.

La Parte II de la obra, examina las responsabilidades derivadas de daños causados por cosas.

El Capítulo I, sobre generalidades y problemas comunes, verifica los antecedentes históricos de las teorías contemporáneas sobre la responsabilidad por los daños causados por cosas. Se trata de una evolución progresiva que muestra en definitiva el verdadero carácter y la naturaleza de la responsabilidad por daños causados por cosas. Esta evolución culmina, en nuestro derecho, con la formulación de disposiciones especiales, en materia de Tránsito Terrestre para juzgar del "daño material" causado por un "vehículo en circulación"; en materia de Aviación Civil, para juzgar de daños causados a personas o bienes, "en la superficie", por una "aeronave civil en operación"; cuando por tratarse de daños causados por la ruina de un edificio o construcción arraigada al suelo deba aplicarse el Art. 1.194 C.C.; y cuando por provenir el daño de un incendio quepa aplicar la excepción contenida en el segundo aparte del Art. 1.193 C.C. Estudia igualmente dicho capítulo, la responsabilidad civil extracontractual en caso de incendio; las personas que pueden invocar las presunciones de responsabilidad que en caso de colisión de vehículos (aeronaves, automóviles, etc.) se plantea si no se demuestra la culpa de ninguno de los intervinientes, por tener que aplicar simultáneamente dos o más presunciones de responsabilidad de signos contrarios y, en fin el problema suscitado por la inimputabilidad del presunto responsable.

El Capítulo II se refiere a la responsabilidad por daños causados por animales, las soluciones del derecho comparado, la determinación de las personas responsables en función del criterio de la guarda que según el autor parece ser el único que permite dar una explicación coherente sobre el desplazamiento de la responsabilidad en nuestro derecho. En relación a los problemas que suscita la noción de animal, piensa Melich que en el estado actual de nuestra legislación, no cabe hacer distinciones de ninguna clase en relación al animal que ha causado el daño, pues nuestro Art. 1.192 C.C., comprende toda clase de animales domésticos o no, mansos o feroces, cualquiera que sea su tamaño, hasta el punto de que se podría aplicar aún a los microbios que se conservan en un laboratorio; sólo deberán excluirse aquellos animales que no sean susceptibles de guarda, como ocurre con los animales salvajes, que viven en estado de libertad natural dentro de la propiedad de una persona como la caza, el ganado cimarrón, etc.

Continúa el referido capítulo con el difícil examen de los conceptos necesarios para determinar la realización del daño por el animal; al respecto adopta el autor el criterio del hecho activo del animal como el que mejor puede adaptarse al texto de nuestro Art. 1.192 C.C. En el examen de las causas de exoneración, a propósito del caso fortuito o de fuerza mayor, el autor se inclina a rechazar el criterio de la exterioridad, sustentado por la jurisprudencia francesa.

El Capítulo III que examina la responsabilidad por daños causados por cosas, es en nuestra opinión el más importante de la obra y desde luego el que supone un mayor y exhaustivo análisis de conceptos. Es realmente admirable el análisis de este problema de la responsabilidad por daños causados por cosas en el derecho comparado y las conclusiones que obtiene el autor una vez que ha observado en su conjunto estos diversos sistemas legislativos y confrontado las líneas generales de sus respectivas evoluciones. En relación a la determinación de las personas responsables, asienta el autor que la presunción de responsabilidad que establece el Art. 1.193 C.C. no gravita sobre el propietario sino sobre el guardián de la cosa y que nuestra jurisprudencia adhiere básicamente a la caracterización del guardián que se ha desarrollado en la jurisprudencia francesa. Luego, siguiendo las mismas huellas de dicha jurisprudencia, sugiere el autor útiles soluciones a los principales problemas que plantea la traslación de la guarda.

Con el objeto de limitar el campo de aplicación del Art. 1.193 C.C., examina el autor las principales distinciones que se han formulado en la doctrina y jurisprudencia, tendientes a dicho resultado: muebles e inmuebles, peligrosas y no peligrosas, con vicio o sin él, cosas dinamizadas por el hombre y autodinamizadas, a fin de concluir en la conveniencia de rechazar tales distinciones para plantear la solución del conflicto entre el campo de aplicación del Art. 1.185 C.C. y el del 1.193 C.C., sobre la consideración de los diversos modos de intervención de la cosa en la producción del daño, lo cual constituye la tendencia predominante.

Para determinar cuándo es posible decir que la cosa causa el daño, Melich examina el criterio de la inercia, el del hecho autónomo de la cosa y el del hecho activo de la cosa, para concluir que lo cierto es que en la necesidad de recurrir al criterio del hecho activo de la cosa, se manifiesta el problema de fondo que existe detrás de la cuestión de la "causa extraña no imputable", a saber, la convicción de que el problema de la causalidad no tiene solución en el terreno de la causalidad física o material, por lo cual todo el problema se resume en determinar las condiciones bajo las cuales debe atribuirse a la conducta del guardián el daño causado por la cosa.

Al referirse al problema específico de las causas de exoneración del presunto responsable, Melich analiza, en particular, las diversas especies de causa extraña no imputables y en concreto, sobre el caso fortuito, considera que en las actuales circunstancias sociológicas y jurídicas de Venezuela conviene rechazar la vigencia del criterio de la exterioridad de la cosa, propugnado por la jurisprudencia francesa, y en cambio, colocarse dentro de las perspectivas del sistema italiano. Por iguales razones, rechaza el criterio de la exterioridad, en relación a la fuerza mayor, tanto más cuanto que refuta el criterio de Josserand sobre la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Continúa con el análisis de otras causales de exoneración: culpa de la víctima, hecho del tercero.

El Capítulo IV, estudia la responsabilidad por daños causados por ruina de edificio, determina el sujeto responsable, los supuestos que condicionan la responsabilidad del propietario del edificio, el carácter y la naturaleza de las presunciones que establece el Art. 1.194 C.C. venezolano así como las causas de exoneración del presunto responsable.

El Capítulo V desarrolla la responsabilidad civil por accidentes de tránsito, en su fase de derecho comparado y en su evolución dentro del derecho venezolano, desde la promulgación de la primera Ley de Tránsito Terrestre venezolana, el 15 de julio de 1930, hasta la vigente. Como en otros capítulos, determina el ámbito de aplicación y límites del régimen especial de esta responsabilidad. El autor encuentra poco favorable, desde el punto de vista práctico, la solución de someter al derecho común lo relativo al daño moral que pueda pretender la víctima como consecuencia del accidente de tránsito. Determina las personas responsables, la concurrencia de esta responsabilidad con otras especiales y las causas de exoneración de los presuntos responsables.

El Capítulo VI, estudia la responsabilidad civil por los daños causados a los terceros en la superficie por accidentes aeronáuticos y en el examen pertinente de los diversos sistemas, considera el autor, que el derecho positivo venezolano, encaja dentro del grupo que establece una responsabilidad objetiva que no cede sino ante la prueba de la culpa de la víctima y sólo en muy contados países, ante la prueba del hecho de un tercero. Tal es el sistema predominante en la mayoría de los países, consagrado por el Convenio de Roma de 1952 y con importantes modificaciones por el legislador venezolano de 1955, al reformar la ley de Aviación Civil de 1944. Como en otras responsabilidades, se determinan las personas responsables, para lo cual se precisan los conceptos de propietario, poseedor, usuario legítimo y otras personas responsables. Finaliza el capítulo con el estudio de las condiciones de aplicación de esta responsabilidad especial, su extensión y causas de exoneración.

### — III —

La obra antes reseñada, es un verdadero tratado sobre las responsabilidades civiles extracontractuales. Su autor explica, en el prólogo, que se trata de un fruto parcial de sus esfuerzos como profesor de la Cátedra de Derecho Civil III (Obligaciones) que dicta en la Universidad Central de Venezuela.

Se destaca el examen de derecho comparado que hace el autor a propósito de todas y cada una de las responsabilidades que estudia, a fin de centrar su exposición en el punto adecuado de las tendencias y soluciones que se disputan el favor de los juristas. Este estudio comparativo, introductor a cada una de las instituciones estudiadas, revela el dominio del autor sobre los difíciles problemas suscitados en la investigación que realizó, supuesto que culmina en la formulación de auténticas clasificaciones, por sistemas que obedecen a mecanismos y



estructuras típicas, clasificaciones estas de gran originalidad y que cumplen el verdadero cometido del derecho comparado, al ofrecer un cuadro lleno de contenido e implicaciones críticas, y no como es tan frecuente, una enumeración agobiadora y poco provechosa de la legislación extranjera.

Este método comparativo, deliberadamente como lo señala el autor en el prólogo, insinúa su acento sobre las diversas leyes hispanoamericanas, con un propósito que no escapa a la perspectiva que del futuro de nuestros países ha intuido Melich. En efecto, conviene agrupar los esfuerzos que realizan en nuestro continente, juristas de incalculables méritos, para redimir el derecho latinoamericano de la injustificada condición de vasallaje en que vive actualmente. Por lo demás, el examen unitario de este derecho, realizado en función de la semejanza de los países hispanoamericanos, podría incrementar la doctrina y la jurisprudencia en un vastísimo campo de experiencia común.

Otro importante rasgo de la obra de Melich es el examen crítico evolutivo de la jurisprudencia relacionada con las instituciones estudiadas. Si en alguna materia tiene interés el examen de la jurisprudencia, desde luego ha de ser la relativa al nacimiento y desarrollo de las responsabilidades extracontractuales, pero debe observarse, en este caso de manera muy especial, que no se trata de un mero recuento histórico de tal jurisprudencia extranjera y nacional sino por el contrario de un fino análisis de sus grandes líneas evolutivas a fin de prever el sentido de su desarrollo y poder influir en su orientación. Esta misión está reservada a pocas personas que como el autor, a través de su capacidad receptiva pueden percibir la integridad de los problemas que han de ser enjuiciados y luego emitir opinión certera sobre su diagnóstico y tratamiento.

La obra comentada aborda con agudeza la realidad social subyacente en los problemas jurídicos, confronta los valores perseguidos por las normas positivas y se decide por soluciones acordes con el momento histórico venezolano en que han de aplicarse, (véase por ejemplo la página 411 No 152) lo cual le comunica actualidad y frescura difíciles de alcanzar en obras de esa índole.

Desde el punto de vista práctico, la obra de Melich, no sólo cumplirá un cometido universitario docente, sino que excedido tal propósito, su utilidad se extenderá a los juristas como obra de consulta, a los magistrados, para auscultar el sentido y perspectiva de los problemas de responsabilidad extracontractual que se sometan a su consideración y de manera muy especial a quienes trabajen sobre la reforma legal venezolana y latinoamericana, cumpliendo el papel de señalar rutas y mostrar con el ejemplo lo mucho que puede lograrse en la superación de los problemas comunes. Los abogados en ejercicio, también consultarán con avidez una obra de la cual cosecharán nuevas construcciones, enfoques y juego de acciones que no se usan en nuestro medio forense, en cierta medida por desconocimiento o quizás por la carencia anterior de explicaciones doctrinarias que propugnen su ejercicio e ilustren sobre su conveniencia y efectos.

Es un trabajo en fin, con la profundidad técnica, perspectivas y originalidad de las mejores monografías del mundo jurídico contemporáneo que con singular modestia nada tiene que envidiar a otros tratadistas de la materia, cuyas opiniones a veces sigue, pero en otros muchos casos, Melich rebate y supera. Con sencillez y notoria seguridad emite juicio tal como debe hacerse en obras de esta índole y alumbraba soluciones, sobre todos y cada uno de los problemas que aborda, sin soslayarlos ni eludir toma de posiciones frente a ellos.

Conocíamos también otras excelentes publicaciones del autor, pero ahora nos llena de optimismo el anuncio que hace, en el prólogo, sobre nuevos trabajos que ocupan su atención. Llegue pues hasta José Melich Orsini nuestra felicitación por los grandes méritos de la obra reseñada y nuestra esperanza por percibir pronto los nuevos frutos de su investigación.

Caracas, marzo de 1966.

J. A. Zambrano Velasco

CUENCA, Humberto. DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo Primero. Parte General. Ediciones de La Biblioteca, 1965. Universidad Central de Venezuela.

Merece esta obra de Humberto Cuenca algo más que una simple recensión bibliográfica, ya que su fallecimiento permite hacer, y exige, el balance integral y objetivo de toda su labor de procesalista. No podemos, sin embargo, exceder la finalidad de esta nota, casi estadística, ni dejar de llamar la atención de quienes con mejores conocimientos y perspectivas pueden hacerlo.

Por sí sola, la aparición de este primer volumen del Tratado de Derecho Procesal Civil, constituye un adelanto importante en un país inédito, que todavía no ha superado con franqueza la etapa de los artículos, los estudios y las monografías.

Creo que puede afirmarse, por lo menos desde un punto de vista cronológico, que es esta la primera obra integral y sistemática de Derecho Procesal Civil Venezolano, cuya evidente importancia destaca si se piensa que desde Borjas (1925) hasta Marcano Rodríguez (1941), hecha excepción de Luis Loreto, nuestra doctrina procesal estuvo siempre adherida a los métodos exegeticos; y que la admisión y aplicación del método sistemático no ha venido a tener sino en el Tratado de Cuenca, su formal expresión.

El exegetismo de nuestra doctrina procesal no fue, en sí mismo, un vicio. Por el contrario, en la historia del Derecho Procesal la fase

exegética funcionó como etapa previa al sistematismo, y Venezuela, prácticamente nacida a la vida jurídica en una época de dominio de aquél método, no podía sustraerse a su influencia. Pero la exégesis, en su doble función de escuela procesal y de método expositivo, tuvo en el desarrollo científico un límite temporal definido, cuyo exceso, más allá de un lapso razonable, era anticientífico. En nuestro país, sin embargo, la construcción exegética continúa perviviendo en la obra de nuestros más conspicuos procesalistas, para el momento en que las bases iniciales de la escuela sistemática eran ya objeto de reelaboración.

Por lo expuesto, es obvio que esta obra de Humberto Cuenca tiene un mérito irrefutable: la recepción franca de la escuela sistemática.

Desde el punto de vista científico, también es claro que ella tiene valores propios, aún cuando carece de la originalidad relativa que es exigible al propugnador de nuevas escuelas.

De una personalidad polémica como la suya, cabía esperar algo más que un tratado sistemático, signado por una rara mezcla de clasicismo procesal y de revolución política. En efecto, pretende combinar la acción, típica noción procesal enraizada en la vigencia de los derechos subjetivos, con una concepción política del Estado que los minimiza, debía producir contradicciones radicales en la construcción de esta obra. Por ello resulta contradictoria su concepción socialista de la acción.

Afirma Cuenca: **"La acción en Occidente, se ha convertido en instrumento de lucha para proteger los intereses de la burguesía, mientras en el mundo socialista es un medio accesible a las masas para mantener la legalidad revolucionaria y defender los derechos de la clase trabajadora"**. Es esta una afirmación no congruente con otra que incorpora acerca del proceso:

**"Así como el ciudadano no puede esperar de las actividades de la sociedad capitalista la plena satisfacción de todas sus necesidades ... así tampoco la impunidad del crimen, el despojo o la perturbación, en algunos casos, autorizan a dudar de la eficiencia del proceso como medio de satisfacción de nuestra necesidad de justicia"**.

Ahora bien, qué es el proceso, sino el resultado del ejercicio de la acción? Acaso no garantiza el Estado a todos los ciudadanos el derecho a la jurisdicción? No afirma el propio Autor que para hacerlo prácticamente efectivo se altera el principio de igualdad para mejorar la condición del declarado pobre, y la del obrero frente al patrono?

Es también contradictorio calificar la acción como un **instrumento de la burguesía**, y admitir simultáneamente que el principio de igualdad, **"expuesto magistralmente en el artículo 21"**, "... no puede ser absoluto porque las diferencias económicas existentes entre los miembros de una colectividad, han obligado al Estado a servir de contralor o contrapeso de esta diferencia", mejorando, por ejemplo, la condición del declarado pobre frente a su contraparte, y la del obrero frente al patrono. Puede afirmarse, entonces, que la acción y el proceso son

simples mecanismos de la burguesía? Que es solo a ella a quien sirven?

Por otra parte, estas ideas debieron ser llevadas por Cuenca a sus últimas consecuencias, para permitirnos así descubrir cuanto de nuevo y de revolucionario propugnaba en el campo procesal.

Sin embargo, debemos decir en su descargo, que su lamentable muerte le impidió, en época madura para ello, la construcción de lo que debió esbozar: su sistema.

Este primer volumen desarrolla, sustancialmente, la Teoría General del Proceso; es decir, el trinomio fundamental: Jurisdicción, Acción y Proceso. Contiene además, capítulos relativos a las Partes y a la Actividad Procesal.

El tratamiento de estos temas es evidentemente sistemático, y de ahí la calidad del contenido.

Por primera vez se desarrollan en Venezuela, y en un tratado, temas como el de la pluralidad de partes (teoría del litis consorcio); se ensaya la clasificación de los actos procesales, y se les encuentra adecuación teórica y positiva a los principios básicos que resumen la estructura de nuestro procedimiento.

Es deseable y necesario que la Universidad Central de Venezuela concluya la edición de los restantes volúmenes, cuya existencia fue anunciada por el mismo Autor.

Caracas, enero de 1966.

Leopoldo Márquez Añez

**MISCELLANEA**

INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE  
EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1862

SESION Nº 12 DEL CONSEJO DE ESTADO  
Lunes, marzo 10 de 1862

ACUERDO 4º

Se leyó un informe presentado por la Comisión encargada de revisar el Proyecto de Código Civil que sometió a la consideración del Consejo el señor Secretario General, el cual dice así:

“Los infrascritos en cumplimiento del encargo que se les confió, se han consagrado diariamente al examen del primer libro del Proyecto de Código civil desde que fue puesto en sus manos, con excepción de tres días en que no pudieron reunirse por circunstancias independientes de su voluntad; y aunque para facilitar dicho examen se ha ido haciendo en unión del señor Dr. Julián Viso, autor del Proyecto, que ha tenido la bondad de atender a la exitación que se le hizo, no han podido dar evasión al encargo con toda la celeridad que sería de desear. La parte examinada hasta hoy es solo la primera mitad de dicho libro; y a la voz espondrán las observaciones ocurridas y de que han ido tomando nota, sin poder formularlas definitivamente porque algunas o muchas de ellas habrán de desestimarse, al comprenderse mejor el plan general del Código y la conveniencia del fin a que tiendan muchas disposiciones al seguirse el examen; pero del ya practicado deducen que no será pronto su término si no se adopta otro medio para verificarlo.

Es indispensable la conveniencia de que la República tenga un Código Civil propio; y que son los momentos actuales los más oportunos para expedirse con más facilidad, de donde se deduce cuan útil sería que la revisión del proyecto presentado se hiciese a la mayor brevedad. Aunque de la parte examinada se infiere todo el mérito de él, por contener varias innovaciones de legislación actual, que los infrascritos han estimado útiles, esa misma estimación requiere un maduro y detenido examen que, para la celeridad que se desea, solo pueden hacer personas muy competentes que se dediquen única y exclusivamente a la revisión del Proyecto.

Para sancionarse el Código de Chile, que es el que puede servir de modelo a las Repúblicas Suramericanas, fue sometido primeramente el Proyecto a la revisión de una Comisión especial; y luego a la consideración del Consejo de Gobierno.

Los infrascritos creen que este proceder podría aceptarse en parte, como el medio de obtener mejor y más pronto resultado para la sanción del Código Civil Venezolano, nombrándose dos personas competentes, como auxiliares a la Comisión del Consejo para la revisión del Código; y así proponer que se recomiende a S.E. el Jefe Supremo de la República por si lo estimare conveniente. J. Santiago Rodríguez. Francisco Conde"

Fue aprobado unánimemente.

Es copia.

El Secretario del Consejo.  
Valenzuela.

"CODIGO CIVIL DE 1862"  
Edición Oficial

INFORME DE LA COMISION REVISORA  
24 DE ABRIL DE 1862

Caracas. Imprenta de "El Independiente", 1862

INFORME DE LA COMISION REVISORA

Excmo. Sr. Secretario General de S. E. el Jefe Supremo de la República.

La Comisión ha examinado el Proyecto de Código civil, auxiliada con las ilustradas explicaciones que ha dado a la voz su autor, Sr. Dr. Julián Viso; y juzga de su deber llamar la atención sobre los puntos más culminantes en las siguientes observaciones.

1ª PLAN DEL PROYECTO

En el plan de éste no entra la idea de variar en absoluto la sustancia de la legislación actual, sino la de ponerla a la altura del movimiento intelectual de las naciones más adelantadas, y de concluir las numerosas divergencias de los jurisconsultos sobre varios puntos de derecho. Acepta, pues, las bases del derecho romano y español; pero con modificaciones nacidas de la diferencia de nuestras costumbres, de los progresos que han hecho las legislaciones europeas sobre su antigua base, recogidos en el Código de Chile, y de los diferentes datos suministrados por la experiencia y doctrina de los jurisconsultos; pudiendo decirse con propiedad, que el Proyecto ha recopilado y modificado el pasado, de modo que sus artículos son ordinariamente el resultado conciso de los trabajos anteriores.

En cuanto a la división general de las materias, el Proyecto descansa en el orden sistemático del derecho romano: **personas, cosas y**

acciones; pero sólo trata de los dos primeros objetos, dejando naturalmente las acciones para el Código de procedimiento. El primer libro tiene por objeto las personas: el segundo trata de los bienes en general y de su distinción, y del dominio y de sus limitaciones, o sean la propiedad fiduciaria y los derechos de usufructo, uso y habitación: el tercero se ocupa del derecho hereditario, como derecho real que se adquiere, o por la fuerza de la ley, o por la voluntad del difunto propietario; y el cuarto, en fin, comprende las obligaciones que nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, ya por disposición de la ley; comprendiendo además la prueba y la prescripción, la una como medio general de comprobar los hechos, derechos y las obligaciones, la otra como medio de extinción de derechos y obligaciones; pero por no separar materias conexas, el autor ha arreglado al mismo tiempo la prescripción adquisitiva como medio de obtener la propiedad.

2ª LA COSTUMBRE

El derecho moderno unánimemente quita a la costumbre la fuerza contra la ley, que no pierde su fuerza obligatoria ni por uso contrario, ni por el no uso. Las leyes recopiladas establecen la misma disposición que consagra el Proyecto, y conviene a la dignidad del legislador y a la de la misma ley que no pueda ser derogada sino por otra.

3ª CONSERVACION DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL

La civilización moderna debe a la Iglesia la constancia de las actas del estado civil. El Concilio de Trento formuló las primeras disposiciones legales sobre el registro de ellas; y siendo Venezuela un país católico, el Proyecto ha conservado en los párrocos el encargo de llevar dicho registro; porque desde que un Estado protege una religión debe también respetar sus doctrinas.

El derecho de reglamentar la conservación de esos registros jamás se ha disputado al poder civil: siempre se ha considerado al párroco como servidor de Dios y como oficial del estado civil: como servidor de Dios, no puede ser obligado a hacer lo que la Iglesia prohíbe; como oficial del estado civil, al contrario, depende esencialmente de la autoridad civil; pues la forma de los registros se ha establecido en el interés de la sociedad. En consecuencia, el Proyecto toma medidas para que sea eficaz la prueba del estado civil de los ciudadanos, y para dar un título auténtico a la posesión de estado contra la pérdida, omisiones e inexactitud en él.

4ª LOS AUSENTES

La navegación, el comercio y el amor a las ciencias han llegado a introducir cierta especie de cosmopolitismo: las emigraciones a otros

países en busca de bienestar, o por las revoluciones, son por desgracia muy frecuentes. El derecho romano fue, y no pudo menos de ser, muy incompleto en este punto, o por mejor decir, lo pasó en silencio. Los intérpretes sólo han encontrado en las leyes argumentos de simple analogía. Lo mismo puede decirse del derecho español: sólo dos leyes de partida hablan del ausente para dar curador a sus bienes si fuere demandado.

Las leyes son hijas de las necesidades de los pueblos; y éstas son hoy más vastas y más enérgicas que en los tiempos antiguos. Por eso todas las legislaciones modernas se han apresurado a regularizar los casos de ausencia para asignarles sus diferentes efectos.

Después de diez años de las últimas noticias que se hayan recibido del que hubiere abandonado su domicilio sin dejar quien lo represente, y después de haberse citado por la imprenta en tres distintas veces de tres en tres meses, el juez le nombrará un defensor que podrá alegar y justificar dentro de treinta días lo que creyere conveniente acerca del paradero del ausente; y si nada apareciere favorable al paradero de éste, se declarará su ausencia, que producirá los efectos de darse la posesión provisoria de los bienes del ausente a sus herederos, que prestarán caución y administrarán según las reglas dadas a los tutores o curadores. Con el solo hecho de transcurrir treinta años desde que se recibieron las últimas noticias del desaparecido, se dará la posesión definitiva de los bienes por decreto judicial, que siempre podrá rescindirse en cualquier tiempo que se presente aquel, o que se haga constar su existencia.

##### 5ª ESPONSALES

En el Proyecto la promesa de matrimonio mutuamente aceptada es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo. Es preciso confesar, dice uno de los célebres autores del Código francés, que lo que concierne a los esponsales pertenece más bien a las costumbres que a las leyes; que esta es una materia puramente doméstica, y que se experimenta cierta repugnancia al verla entrar en la competencia de los tribunales. Así es que los legisladores que tratan de ella, se ven obligados a escudriñar las relaciones íntimas de los esposos, misterios de la vida privada, que en el interés de la libertad y dignidad humana, deben siempre sustraerse a las investigaciones de la ley.

##### 6ª MATRIMONIO. IMPEDIMENTOS. MATRIMONIOS PUTATIVOS. INDISOLUBILIDAD. DIVORCIO. SEPARACION DE CUERPOS

El Proyecto reconoce como principio: que toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído, y sobre las causas de disolución: que el matrimonio entre personas católicas se celebre con las solemnidades prevenidas por la Iglesia; y que son impedimentos para él los que han

sido declarados tales por ella, a quien toca decidir sobre su existencia, y conceder dispensa de ellos.

Algunos quizá desearán encontrar disposiciones contrarias; pero el autor del Proyecto ha respetado una verdad que debe estar siempre presente al espíritu del legislador. En la confección de las leyes no sólo deben consultarse ciertos principios consagrados únicamente por la teoría, sino con preferencia las costumbres e ideas del país para quien se legisla. La religión católica es la religión de los venezolanos: es protegida por el Estado; existen relaciones directas entre el Gobierno y los pastores; y en consecuencia deben respetarse sus doctrinas. Los venezolanos no se creerían casados al no intervenir la Iglesia, y si el matrimonio no tuviera los caracteres de unidad, indisolubilidad, santidad y fidelidad que las leyes católicas han sancionado. El venezolano concibe que el matrimonio católico, de que la Iglesia hace un sacramento que confiere la gracia y que tiende a perpetuar la ciudad de Dios, es superior a las otras uniones.

La Iglesia ha adoptado la teoría de los matrimonios putativos, cuyos gérmenes encontró en la legislación romana; porque siempre ha querido proteger la buena fe de los contratantes y asegurar el porvenir de los hijos habidos en uniones que, aunque irregulares, habían sido contraídas de buena fe. En la primera edad del derecho romano, la teoría de los matrimonios putativos no había sido formulada, y si los emperadores acordaron algunos efectos civiles a los matrimonios nulos, pero contraídos de buena fe, no fue por vía de regla general, sino a virtud de su poder extralegal. Pero cuando los emperadores profesaron el cristianismo, la doctrina se purificó, y lo que antes dependía del arbitrio imperial vino a ser una regla fija y general. El derecho canónico se apoderó de esa disposición, la hizo más precisa, consagrando las sabias distinciones que se han trasladado al Proyecto.

La Iglesia, para establecer una diferencia entre el matrimonio católico y las uniones favorecidas por las sociedades paganas, introdujo la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, transformó la unión del hombre y la mujer, y la dio ese carácter augusto que cautiva el asentimiento de todas las inteligencias: **Quos deus conjunxit, homo no separet.**

Algunos creen con Montesquieu y Voltaire y con el ejemplo de Francia revolucionaria, que la filosofía reclama el establecimiento del divorcio. La Comisión cree, al contrario, que hay en filosofía excelentes razones para la indisolubilidad del matrimonio, y que no es absolutamente necesario ser ardiente católico para no ser partidario del divorcio. Verdad es, que la libertad puede sufrir en algunos casos prohibiendo el divorcio; ¿pero con éste no sufre la igualdad y no se compromete la causa de los débiles, es decir, de los hijos? El divorcio es contemporáneo del despotismo tiránico del marido sobre la mujer; señor de la esposa, podía desconocer a voluntad una liga importuna; y el divorcio era la consecuencia lógica de su derecho de propiedad. Después se creyó remediar el mal, dando a la mujer el mismo derecho que al marido, compensando así el abuso de la fuerza con el de la ligereza o del capricho. La Iglesia dice a los cónyuges: "Permaneced

fieles a ese pensamiento de perpetuidad que ha precedido a vuestra unión, y cumplid vuestros juramentos"; y en esto hay mucho de filosofía bajo la apariencia religiosa, y mucho de espíritu liberal bajo una aparente severidad. La moral católica ha visto perfectamente que, quitando desde el principio toda idea de inestabilidad en el matrimonio, desarrollaba la afección por la esperanza de un largo porvenir, y que, al contrario, la idea de inestabilidad influiría continua e imperceptiblemente en nuestras inclinaciones y opiniones.

Además, ¿qué ganaría la mujer con ese divorcio que se le ofrece? Es regla general que, cuando se disuelve un contrato, las partes deben ser restituidas al estado que tenían antes de contratar; pero la mujer ha perdido en el contrato lo que jamás podría recuperar. La mujer no es igual al marido en ese duelo contra el nudo conyugal.

Pero como es posible que haya corazones duros, como dicen los libros santos, a quienes sea necesaria la separación de cuerpos, la Iglesia reemplazó con ésta al divorcio.

#### 7ª PODER MARITAL. DOTE. PARAFERNALES. SEPARACION DE BIENES. SOCIEDAD DE GANANCIALES. CONSERVACION DE LOS BIENES RAICES DE LA MUJER

El Proyecto ha conservado el poder marital. Siendo la familia una sociedad, tiene necesidad de un jefe; y es por la dependencia de la mujer y de los hijos que el padre puede conservar, aumentar, mejorar y dar una dirección regular e inteligente a los intereses domésticos. Aun cuando la ley no concediera esa autoridad al marido, se la daría espontáneamente la mujer; pues la afección de ésta tiene de notable el ir acompañada de mucha abnegación y dominar en ella el sentimiento que aleja el cálculo. Pero en el derecho moderno esa autoridad no es tiránica, sino una autoridad de protección establecida en el interés de la familia y de la misma mujer: es también un poder conservador de los bienes de la esposa, un contrapeso a las enagenaciones irreflexivas, y una salvaguardia de ese patrimonio estimable que debe ser el último recurso de subsistencia. En cambio de esa sumisión de la mujer, se le conceden preciosos derechos para preservarla de los abusos de la autoridad marital: privilegio sobre los bienes del marido; el derecho ventajosísimo de renunciar los gananciales, o en otros términos, el aprovecharse de ellos cuando los haya efectivamente, o el desecharlos cuando pudieran perjudicarla; el derecho no menos ventajoso de no quedar obligada, aun en el caso de aceptar los gananciales, a las deudas de la sociedad conyugal, sino hasta concurrencia del provecho personal que hubiere sacado de la deuda contraída; facultad de oponerse a las disipaciones del marido pidiendo la separación de bienes. De modo, pues, que en el sistema del Proyecto la mujer no es entregada a un déspota que no cuenta con ella, sino que da al marido una compañera que tiene sus derechos y con quien debe combinar sus resoluciones.

El Proyecto descarta el dominio de la mujer sobre los bienes sociales durante la sociedad conyugal, pues es una ficción que a nada conduce.

No se hace diferencia entre los bienes dotales y parafernales, siguiendo en esto la legislación actual; y no tienen otra preferencia que el privilegio sobre los bienes del marido. ¿Corren acaso más peligro los bienes de la mujer casada, que los del demente, o los del pupilo? Por otra parte, no se podrán enagenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, sino con la voluntad de ésta y previo decreto del juez, mediante necesidad absoluta o utilidad evidente de ella.

#### 8ª PATRIA POTESTAD. SUCEDE EN ELLA LA MADRE

En los primeros años de la vida todo es debilidad; pero la naturaleza ha colocado al lado de ella un protector, al lado de la inexperiencia un guía, que son los padres. La patria potestad es un instrumento puesto en sus manos, para ayudarlos a formar la educación física y moral de los hijos.

La legislación actual, de acuerdo con el derecho romano, excluye en todo caso a la madre del ejercicio de la patria potestad. En las aristocráticas ideas de Roma, la mujer ocupaba una situación muy humilde y no entraba en la familia; pero las nuevas doctrinas del cristianismo elevaron la mujer a la misma dignidad moral del hombre, pues si ella es inferior a éste en fuerza, le sobrepuja en fe y amor, según el sentir de los libros santos. Las legislaciones modernas han seguido el impulso de la nueva doctrina, y la mujer ha entrado en la familia a ocupar el puesto que reclaman su ternura y consagración en el cuidado y educación de los hijos. El Proyecto establece que la madre suceda al padre en la patria potestad, y que aun cuando vuelva a casarse la conserve. La generalidad de los Códigos modernos y el Proyecto de Código Civil español consagran el mismo principio. En el sistema de las leyes romanas, la patria potestad era considerada como una pura institución del derecho civil; pero los legisladores modernos reconocen y proclaman que la autoridad del padre y de la madre sobre sus hijos deriva del derecho natural confirmado por el positivo. La patria potestad tiene, pues, su razón de ser en el matrimonio; y siendo el padre durante él jefe de la familia, es incontestable que el ejercicio de ella le corresponda; pero cesando en él por una razón legal, es justo y conveniente que los derechos y deberes pasen a su conjunta persona: excluir ésta, para dejar los hijos a merced de un tutor, o exigirle que impetre el nombramiento en ella, es inferirle una sospecha injuriosa y un ataque a sus derechos más sagrados. Si durante el matrimonio el gobierno de la familia está en las manos de su jefe, no hay justicia para añadir a la viudez el castigo innecesario de no ejercer potestad legal sobre los hijos, potestad que se garantiza perfectamente con la ternura y cuidados tenidos en el curso del matrimonio. El senador presidente de la Comisión redactora del Código Civil español dice, para justificar una disposición idéntica a la del Proyecto: "Haciendo gozar a la madre de los derechos conocidos al padre, el legislador establece un derecho igual y una igual indemnización, donde la naturaleza había creado una igualdad de molestias, cuidados y afanes; repara con esta equitativa disposición la injusticia de..."

hace en cierto modo entrar a la madre por primera vez en la familia, y la restablece en los derechos imprescriptibles que tenía por la naturaleza, derechos sagrados, despreciados con demasía por las legislaciones antiguas; pero que, aun borrados de nuestros Códigos, deberían haberse encontrado escritos con caracteres indelebles en el corazón de todos los hijos bien nacidos."

"¿Tienen las madres menos cariño y ternura que los padres por sus hijos? Y este sentimiento exquisito de ternura maternal ¿no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos? Las mujeres son por lo común más económicas; la lei de partida llega a decir que son naturalmente **avariciosas** y **cobdiciosas**; y en efecto, la experiencia hace ver que es mayor el número de familias arruinadas por los vicios y prodigalidad de los padres, que por los de la madre".

"Por último: la disposición que excluye a la madre es un contrasentido manifiesto en un país que llamaba a las hembras a la plenitud de la soberanía, y contaba entre sus reinas a doña Berenguela, doña María de Molina y a la inmortal doña Isabel la Católica". Y ese autor pudo agregar en comprobación de la capacidad de las mujeres: que Pulqueria proclamada emperatriz en el imperio de Oriente, unía a las virtudes de la virgen cristiana el genio de una soberana; que Eudocia, la elocuente esposa de Teodosio el joven, hizo brillar alrededor del trono los talentos y las letras, y fue tan grande en la desgracia como había sido pura en su elevación; que Placidia, madre y tutora de Valentiniano III, gobernó el Occidente durante la menor edad de su hijo en medio de las intrigas de sus generales y de las formidables invasiones de los vándalos; y que Honoria, hermana de Valentiniano, concibió el atrevido proyecto de abrir a Atila el camino del imperio, ofreciéndole su mano.

El derecho romano y español que no reconocieron patria potestad en la madre, no se ocuparon del caso de conservársela cuando repitiera matrimonio. Todos los Códigos antiguos y modernos han conservado al padre binubo la integridad de sus derechos en las personas y bienes de sus hijos: todas las razones que se han alegado en favor de los padres se estrellan ante la triste y constante experiencia de que las madrastras son más funestas a los hijos del primer matrimonio que los padrastros. Si al padre binubo se le conservan todos sus derechos, sin embargo, de la certidumbre de que la madrastra es la que formará la educación de los hijos a la sombra de aquel, no se alcanza por qué haya de negarse a la madre legítima lo que realmente tiene aquélla, ni por qué, siendo más excusable el segundo matrimonio de las madres, se las ha de penar y dificultar que lo encuentren. Si se alegare el peligro de que la madre que vuelve a casarse abdique su voluntad en favor del nuevo marido en virtud de su influencia natural, créese la Comisión que, aún dando por cierto eso, el Proyecto establece que dicho marido sea responsable solidariamente de la administración de los bienes de los hijos posterior al matrimonio, alejando así el temor de que él pueda sin responsabilidad abusar a la sombra de su mujer. Es conveniente y

decoroso que la ley determine, que la madre binuba es acreedora a los derechos y consideración que el padre binubo: la ley que establece desigualdad en esto, la rebaja a los ojos de sus hijos y ofende la piedad filial que la misma ley romana no pudo menos que reconocer que se la debía igualmente que al padre.

#### 9ª FILIACION. PATERNIDAD. MATERNIDAD.

En el Proyecto la filiación es legítima, natural o simplemente ilegítima. En cuanto a los hijos legítimos se les reserva y garantiza el apellido, los bienes y las relaciones de familia: se llaman hijos naturales a los nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, que fueren reconocidos por instrumento público entre vivos, o por acto testamentario; y se denominan hijos simplemente ilegítimos a los naturales que no hubieren sido reconocidos solemnemente.

En estas materias la economía del Proyecto es:

1. Libertad al padre y madre para reconocer los hijos naturales que no sean de dañado ayuntamiento, es decir, adulterinos, incestuosos o sacrílegos.
2. Prohibición a los hijos naturales de indagar la paternidad, a no ser con el solo objeto de exigir alimentos, sin que para obtenerlos se les admita otra prueba que la confesión del padre.
3. Igual prohibición respecto de la maternidad; pero si la madre negare ser suyo el hijo, éste será admitido a probarlo con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo, a no ser que fuere mujer casada.

Entre los romanos no fue necesario el reconocimiento, puesto que no había otra fuente de filiación natural que el concubinato: la doctrina romana pasó a las leyes de partida; pero habiendo variado las costumbres, se dio la ley de Toro que exigía que el padre reconociese al hijo, cuando no hubiera tenido en su casa a la mujer de quien lo hubo. La práctica estimó por bastante el reconocimiento tácito, burlando el espíritu y propósito de la ley y comprometiendo el reposo de las familias con pleitos escandalosos.

El Proyecto establece el reconocimiento auténtico; porque un acto tan precioso y que debe servir de título al hijo natural, no podía ser abandonado a la débil garantía de un reconocimiento privado; y por otra parte conviene poner a las familias al abrigo de toda sorpresa. Las legislaciones modernas consagran el mismo principio de exigir un reconocimiento auténtico y de prohibir la investigación de la paternidad; y como tal prohibición pudiera a primera vista calificarse de severa, la Comisión créese que debe justificarla por razones, aún más fuertes, que las que resultan del reposo y tranquilidad de las familias.

¿Al hijo natural le será posible probar que tal persona es su padre? A esto se reduce la cuestión de si puede admitirse la indagación de la paternidad. Los hijos legítimos tienen en su favor la presunción legal, de que el esposo es el padre. A la sombra de ese



artículo de fe legal y social, los hijos legítimos están dispensados de probar su filiación; pero los hijos ilegítimos no tienen esa presunción, porque las circunstancias de su nacimiento no la permiten. El padre mismo ignora el hecho misterioso de la paternidad; la madre no podría afirmarlo con certidumbre, a menos que otro no hubiera accedido a ella. En el matrimonio, es preciso fundar la paternidad del marido sobre la presunción de fidelidad de la esposa: en los tratos ilícitos, la madre no es digna de tal presunción, pues nada asegura su fidelidad.

Debe observarse que el Proyecto sólo admite la confesión del padre como medio para obtener el derecho de alimentos, porque ella es una renuncia del derecho de defensa contra la pretensión del hijo; pero fuera de la confesión es imposible la prueba. En efecto, dos cosas son indispensables para probar la filiación de un hijo ilegítimo: la prueba de las relaciones conyugales entre el pretendido padre y la madre del hijo, y la de que éste es el fruto de esas relaciones. El primer hecho podría probarse en la generalidad de los casos; pero el segundo únicamente podría hacerse con la declaración de la madre, a no querer perderse en un laberinto de inducciones o conjeturas. En consecuencia, si se quita a la declaración de la madre la fuerza de probanza, es materialmente imposible producir, no digamos una prueba tal como la exige el derecho, sino cualquier otra; y respecto de la declaración de la madre no es posible admitirla como testimonio legal, pues es un testimonio interesado, toda vez que con él puede conseguir el descargo en parte de su obligación de alimentar al hijo, haciéndola pesar sobre el padre designado. La madre es parte en la causa *testis in propria causa*, sea cual fuere la veracidad de su declaración. El testimonio de la madre es no solamente sospechoso, sino altamente recusable. Y aun cuando pudiera alegarse que la declaración de la madre merece alguna confianza en el caso de otras circunstancias concurrentes e irrefragables; bien puede contestarse, apoyado en los principios, que un testimonio originariamente inadmisibles, no puede en general ser corroborado por pruebas indirectas. Si en otras materias se admite la prueba indirecta, *probatio per praesuntiones*, es porque se supone la posibilidad de hacer la directa. En el caso presente, esta no pudiera hacerse, sino con el testimonio de la madre o lo que es lo mismo, ella es imposible.

Por el contrario, la indagación de la maternidad es admisible, porque es posible establecer por medio de testimonios fehacientes el hecho del parto y la identidad del hijo.

#### 10. DERECHOS Y DEBERES QUE NACEN DE LA PATERNIDAD Y FILIACION NATURAL RECONOCIDA

Establecida jurídicamente por el reconocimiento solemne la filiación natural, el Proyecto determina los derechos y deberes que se derivan de ella, conciliándolos con las obligaciones de los padres naturales hacia familia legítima.

El hijo reconocido solemnemente adquiere importantes derechos. Está durante su minoridad bajo la tutela de sus padres, quienes cuidan de su educación, tienen el derecho de corrección y la posesión y administración de sus bienes, y autorizan sus matrimonios. Esta protección dispensable hacia tales hijos, que previene sus extravíos en los primeros años de la vida, no podía ser confiada a otros que a los autores de su existencia, quienes la reclaman como un derecho inherente a la paternidad. Pero el Proyecto no ha establecido que los padres naturales gocen del usufructo legal que concede a los padres legítimos sobre ciertos bienes de sus hijos por considerarlo seguramente poco racional y peligroso. Concedérselo sería estimular el concubinato y aún estimular a algunos hacer reconocimientos fraudulentos. En esto está de acuerdo el Proyecto con los Códigos modernos.

La habitación paterna puede ser común a los hijos legítimos y naturales; pero la persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido. La justicia de esta disposición salta a la vista: pudiera suceder que la habitación común llegase a ser perjudicial a la moralidad y dignidad de la familia legítima.

Los hijos naturales no entran en la familia legítima, pero el reconocimiento da derecho a ser legítimo en la herencia de los padres naturales. Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos; pero si el difunto padre no ha dejado posteridad legítima, los hijos naturales concurren con los ascendientes legítimos de grado más próximo, no por partes iguales, sino en una cuarta.

#### 11. LEGITIMACION DE LOS HIJOS

La legitimación es y debe ser un bautismo que borre el origen del hijo ilegítimo y que lo eleve al rango de hijo legítimo en todas las relaciones de la familia. El estado de los hijos es esencialmente indivisible, son legítimos o no lo son. Las leyes pueden cambiar la forma del derecho elemental de ellos, darle más solidez y garantía; pero la legitimación no puede tener otra causa que el subsecuente matrimonio del padre y madre del hijo. El hecho del matrimonio al purificar la fuente, lava la tacha inicial de los hijos, y rinde un homenaje elocuente a la dignidad del vínculo conyugal y a la moralidad social. La ley que facilita esa reparación y rehabilitación fundadas sobre la cesación del mal, está en perfecta armonía con el orden social y la ley divina.

Las leyes romanas exigían al que se casase con la concubina otorgamiento de escritura para la legitimación de los hijos habidos en ella, a fin de saber cuáles eran los hijos que legitimaba; resultando que la legitimación no se extendía a todos los hijos habidos antes, sino a los que el padre quería. Era también voluntaria por parte de los hijos, pues sin su consentimiento no podían hacerse de ajeno derecho, ni asociarse a la calidad de un padre quizá de notoria mala conducta. El Proyecto acepta la misma teoría de que la legi-

timación debe ser voluntariamente concedida y aceptada, exceptuando dos casos: el hijo concebido antes del matrimonio y nacido en él y el hijo natural, esto es, el ilegítimo que ha sido antes reconocido formal y voluntariamente por el padre o madre, quedan ipso jure legitimados por el subsecuente matrimonio.

## 12. MAYOR EDAD. EMANCIPACION. PECULIO PROFESIONAL

La mayor edad se ha fijado a los veinticinco años y emancipa por ministerio de la ley al hijo de familia. Según la legislación actual, la edad no es causa para concluir la patria potestad, originándose de aquí multitud de embarazos y pleitos en la práctica de la vida civil.

La emancipación es voluntaria, legal y judicial; pero por sí sola no produce los efectos de la mayor edad, toda vez que, pudiendo ser emancipado judicialmente el hijo menor por la depravación del padre, no sería conveniente que quedase sin protección en su persona y bienes.

El proyecto constituye el peculio profesional con los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria y de todo oficio mecánico, mirando al hijo respecto de él como emancipado y habilitado de edad para su administración y goce. Esto sólo es un gran favor a los hijos, haciendo menos onerosa la patria potestad, y dando al mismo tiempo un aliciente eficaz al estudio, al amor al trabajo y al espíritu de orden y de economía.

## 13. MENOR EDAD. TUTELA.

La causa de los menores ha sido siempre privilegiada en todas las legislaciones: la vigente en perfecto acuerdo con la romana es indecisa en algunos puntos, y en otros ha concedido derechos y privilegios que lejos de favorecer a los menores ceden en su perjuicio.

En casi todas las legislaciones modernas se ha desechado la división romana de tutela y curatela para unas mismas personas, porque a la verdad no tiene objeto científico ni práctico; y el Proyecto, siguiéndolas, establece la tutela abrazando en ella lo que se decía de la curatela, y reservando esta para los mayores sujetos a interdicción.

En el Proyecto se han definido con precisión las diferentes especies de guardas; las causas que inhabilitan o excusan de ejercer estos cargos, sus facultades administrativas, sus deberes, sus emolumentos y responsabilidades.

Las disposiciones legales del derecho actual sobre la capacidad de los menores y el efecto de sus actos ejecutados por sí solos, o por el ministerio de sus representantes legales, han sido objeto de largas y animadas controversias entre los intérpretes. Muchos sistemas opuestos se han levantado a la sombra de la poca precisión

del lenguaje legal, dejando una dolorosa incertidumbre aún en los espíritus más ilustrados.

El sistema del Proyecto parece claro y racional, y para exponerlo con precisión, es necesario hacerse cargo de las diferentes situaciones en que puede encontrarse el menor de edad, que puede ser un impúber o un menor adulto bajo tutela; un menor adulto sin tutor ni habilitado; y un menor habilitado de edad.

**Impúber.**—Los impúberes son absolutamente incapaces, y sus actos no producen ni aún obligaciones naturales.

**Menor adulto en tutela.**—El menor en tutela es representado por un tutor en todos los actos de la vida civil, de donde resulta ser el tutor un mandatario general dado por la ley al pupilo. En el ejercicio de ese mandato está sometido en los casos más importantes a formalidades y restituciones que tienen por objeto garantizar los intereses del representado. La más noble de esas garantías es la necesidad que tiene el tutor de hacerse autorizar por el consejo de familia, que desempeña en ella el papel que representan en el orden político ciertos cuerpos que se hallan al lado de los principales depositarios de la autoridad; y en las circunstancias más graves, tiene necesidad el tutor de la aprobación de la justicia después de cumplir con formas esenciales a la validez de los actos que quiso ejecutar.

Si los actos se ejecutan por el tutor sin cumplir las formalidades prescritas por la ley, serán nulos sin más prueba que la de la inobservancia de las formas prescriptas. Si el tutor ejecutare en los límites de su mandato el pupilo tendrá acción para rescindir los actos en el caso de daño que resulte del mismo acto o contrato, que exceda de la tercera parte del justo precio de la cosa o interés, a menos que la ley haya excluido formalmente la acción rescisoria por una disposición expresa, como sucede en los convenios y actos del tutor que hubieren sido aprobados judicialmente.

Si el pupilo ejecutare sin el ministerio del tutor, los actos serán nulos, por nulidad en la forma; pues la intervención del tutor se reputa en formalidad necesaria.

**Menor adulto sin tutor y no habilitado.**—Los menores adultos sin tutor ni habilitados podrán alegar la rescisión por actos celebrados por ellos, probando la lesión que hubieren sufrido.

**Menor habilitado.**—Los actos ejecutados por los menores habilitados en que se exija por la ley la autorización judicial, serán nulos si los practicaren sin ella por faltar a una formalidad necesaria.

Autores y Códigos modernos consagran el principio de que los actos y contratos celebrados por el tutor en la esfera de su mandato general llenando las formalidades prescriptas por la ley, no deben rescindirse por el menor sino en los casos en que gozarían de ese beneficio las personas que administran libremente sus bienes. En el sentir de aquellos, es exorbitante el derecho que consagra el Proyecto en protección de los menores; pero la Comisión encuentra excelentes razones para justificarlo. Debe sostenerse la diferencia capital entre el mayor y el menor porque los intereses de éste pueden, a pesar de todas las precauciones de la ley, ser mal defen-

didados por el extraño llamado a velar por él; el tutor puede quebrar y no ser solícito administrador, y no es justo que se disminuya el patrimonio del menor por faltas de los que le representen sin su voluntad, y sólo por la de la ley; siendo claro que esta debe interponerse a su nombre para protegerlo en todo caso, ya que por sí sola le dio un mandatario. Le presencia del tutor no basta para asimilar el menor al mayor, pues este tiene capacidad para defenderse contra su mandatario, al paso que el menor es inhábil y se encuentra en la imposibilidad de defenderse contra el que le da la ley.

Pero el Proyecto ha establecido restricciones para hacer menos pesado el privilegio del menor en ese caso. Declara que el beneficio es subsidiario, y que no tiene lugar contra el que contrató de buena fe con el tutor, sino en cuanto no alcanzaren los bienes de éste para reparar el daño causado al menor; y que sólo tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor y no contra los ulteriores adquirentes, a no ser contra el que hubiera procedido de mala fe. Estas restricciones modifican las disposiciones del derecho romano que admitían el concurso de las dos acciones, y aún determinaban que por la elección de la una no quedaban privados de la otra los menores: derecho verdaderamente duro y exorbitante; pues el tercero que contrajo de buena fe no tiene para con el menor los mismos vínculos y obligaciones que el tutor, y mientras este tenga bienes con que indemnizarle del daño, no es justo ni conveniente inquietar al tercero. De este modo se respeta la fe y la posible estabilidad de los contratos, consultándose el interés del menor, pues lo es el que se faciliten las transacciones con el tutor.

#### 14. CONSEJO DE FAMILIA

El consejo de familia, organizado por la legislación francesa, lo ha sido también en el Proyecto. Los jurisconsultos franceses consideran la institución como una de las bellas conquistas de la civilización moderna; pues a la vez que revive el elemento de la familia, descarga a la magistratura de multitud de cuidados de interés privado.

No puede sostenerse como lo hacen aquellos jurisconsultos, que el consejo de familia es un pensamiento nuevo y original de los legisladores franceses. No fue extraña al derecho romano la utilidad de contar con los parientes del menor en ocasiones dadas; pues eran consultados para que la viuda menor pudiera volver a casarse y para variar el lugar o persona señalada por el padre en que debiera recibir su educación el pupilo. Por el Fuero Juzgo, a falta de tutela legítima, los parientes del huérfano elegían tutor; y por el Fuero Real, la madre viuda y tutora de sus hijos, hacía el inventario de los bienes de éstos ante los parientes más propincuos del padre difunto, y si pasaba a segundas nupcias, el alcalde con los parientes más propincuos del padre daban a los huérfanos guardador.

El ilustrado presidente de la Comisión reactiva del Código civil español, dice: "La sencilla razón dicta que mirarán más por la persona o bienes del menor los que le tocan más de cerca por los vincu-

los de la sangre; y a lo piadoso y moral de esta presunción se agrega respecto de los bienes el interés que deben tener por su conservación y fomento los que generalmente han de tener mayores esperanzas de heredarlos. Es moral el pensamiento del consejo de familia, porque lo es cuanto sigue el orden de los afectos o sentimientos de la naturaleza y procura su desarrollo: es además político y social, porque conserva y aviva el espíritu de familia, alejando en lo posible y razonable la intervención judicial".

#### 15. INTERDICCION JUDICIAL O CURATELA DE MAYORES INCAPACES

Las personas mayores privadas del ejercicio de su razón, los pródigos justamente asimilados a ellos por el derecho romano, y los sordomudos que no sepan leer ni escribir, no deben conservar el ejercicio de sus derechos; inhábiles para los actos de la vida civil comprometerían su propio interés y la legítima esperanza de su familia, si se les dejase la libertad de sus acciones. Al igual de los menores son incapaces de gobernarse y de administrar sus bienes, y se les da curadores que cuiden de sus personas y los representen en todos los actos de la vida civil. Pero, para un acto tan grave, es preciso que judicialmente se declare su incapacidad por los trámites que establece la ley.

El Proyecto se separa de algunos Códigos modernos que no admiten la interdicción respecto de los pródigos y sordomudos; pero aquel ha seguido la legislación actual, basada en la romana —"*Furiosi quoque et prodigi sub curatione sunt*"—, y las leyes de partida dan por supuesto que "el desgastador de sus bienes ha de tener guardador". Los pródigos fueron comparados entre los romanos a los locos, y en verdad, que loco es quien locamente disipa lo suyo. Los legisladores franceses, para salvarles de la interdicción, hicieron el especioso argumento de que "la propiedad envuelve el derecho de usar y abusar y que el pródigo nada hacía que no le estuviera permitido por la ley"; pero la sociedad política tiene el derecho de conservar las familias, y no puede admitirse que el derecho de propiedad sea para un ciudadano el derecho de arruinar la suya.

El Proyecto no ha dado al curador la facultad que algún otro Código le da de ejercer la curatela sobre la mujer e hijos del disipador, sino la de administrar la sociedad conyugal en cuanto esta subsista y los bienes de los hijos menores, conservando el pródigo sobre las personas de su mujer e hijos los derechos de su autoridad marital y paterna.

Respecto del sordomudo están de acuerdo las legislaciones romana y española, y no se concibe, por qué algunos Códigos lo liberten de la interdicción a la vez que lo privan del derecho de testar, por no poder manifestar su voluntad de palabra o por escrito, sin que intervenga un curador. ¿Es por ventura menos necesaria la manifestación de la voluntad para gobernarse y gobernar sus cosas por toda la vida, que para el último acto de ella?

La curatela de los mayores incapaces se rigen por las reglas generales de la tutela, sin perjuicio de las que le son peculiares y que tienden a mejor establecer el hecho de la interdicción y sus consecuencias. La Comisión cree muy propias las establecidas, mucho más cuando fijan con precisión y claridad los efectos jurídicos que nacen de los actos ejecutados por tales incapaces.

16. COMO SE TRASFIERE EL DOMINIO ENTRE LAS PARTES.  
COMO SE TRASFIERE RESPECTO DE TERCEROS.  
BENEFICIOS DE ESTOS.

Los legisladores franceses admitiendo el principio de que el dominio de las cosas puede adquirirse por la sola voluntad de las partes, sin necesidad de tradición, han ocasionado una grave confusión en los derechos de los terceros. El Proyecto adopta la teoría del derecho romano y combina los derechos entre los contratantes y los terceros. En él, la convención de dar es simplemente productiva de obligaciones, crea derechos personales, no muda el dominio que sólo se trasfiere por un hecho nuevo y posterior al contrato, llamado tradición. De modo, que el que ha prometido transferir el dominio se hace **deudor** antes de ser **enagenante**; es decir, se ha **obligado a enagenar**, y **enagena** al ejecutar su obligación, esto, entregando la cosa. Al que se le ha hecho la promesa es **acreedor** antes de ser **adquirente**, no es propietario, pero tiene el derecho de exigir que se le transfiera, y el pago de su acreencia, es decir, la tradición de la cosa debida es lo que lo hace propietario o adquirente.

La forma de la tradición varía, ya se trate de bienes muebles, inmuebles o derechos personales; y aceptando el Proyecto una feliz fusión entre el sistema hipotecario y la tradición, reduce esta en los inmuebles a la verificación del registro; de modo, que la tradición de los inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos se verifica por el otorgamiento de la escritura pública en los casos en que deba hacerse por disposición de la ley, para la validez del contrato, o por la simple voluntad de las partes.

Ahora, respecto de los terceros, el Proyecto entra en una combinación de derechos que la Comisión juzga de la más alta importancia. Se ha visto que, según dicho Proyecto, el comprador no es propietario, sino simplemente acreedor de la cosa vendida hasta que se verifique la tradición; de donde resulta que, conservando el vendedor el dominio, podría enagenarlo en todo o en parte; siendo consiguiente que si hipoteca la cosa vendida o establece una servidumbre en el intervalo de la venta a la tradición, o si la venta y entrega a un segundo, comprador, en el primer caso, el primitivo comprador tendría que recibirla con las cargas que la gravasen, y en el segundo, no podría reivindicarla del tercer poseedor. En una palabra, todos los derechos adquiridos por hecho del vendedor en el intervalo de la venta a la tradición podrían oponerse al comprador, a quien sólo le quedaría una acción de perjuicios contra su vendedor. Tales consecuencias constituyen un grave defecto en la teoría romana,

aceptada en absoluto por la legislación actual; pero el Proyecto la purga de esos vicios en la combinación que hace de los respectivos derechos. En efecto, si admite el principio de la tradición, la reduce en los inmuebles y derechos reales constituidos sobre ellos al otorgamiento de la escritura pública, con lo cual asegura al comprador, porque no deja intervalo de la venta a la tradición, y asegura a los terceros de buena fe, porque, siendo la escritura pública un acto capaz de llegar a su conocimiento, no pueden ser engañados por el vendedor. Pero como hay contratos de inmuebles y derechos reales constituidos sobre ellos, para los cuales no exige la ley escritura pública, en cuyo caso la tradición se verifica por los medios ordinarios, pudiendo darse el intervalo entre el contrato y la transmisión o tradición, el Proyecto ha consagrado el principio de que no tenga efecto contra terceros de buena fe; puesto que pudiendo los contratantes elegir el medio de la escritura pública, no lo hicieron, deben correr con las consecuencias de su falta de previsión o de prudencia, sin que ella pueda perjudicar a otra parte inocente.

Además, los terceros de buena fe merecen en el Proyecto especiales consideraciones para ponerlos a cubierto del fraude y simulaciones que pudieran cometer las partes contratantes. No tienen valor contra ellos sino desde la fecha de su registro público los títulos traslaticios del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos sobre ellos, las condiciones suspensivas o resolutorias del dominio de dichos bienes, de los derechos reales sobre ellos; la condición resolutoria en las donaciones entre vivos, todo impedimento o prohibición que embarace o limite el libre derecho de enagenar, los arrendamientos, el decreto judicial que da la posesión efectiva de los inmuebles de la herencia al heredero, los decretos de interdicción judicial, el que confiere la posesión provisoria y definitiva de los bienes del desaparecido y el que concede el beneficio de separación de bienes, la remisión de una deuda de bienes raíces, el aporte de los bienes raíces que hiciera la mujer al matrimonio para ser restituido su valor en dinero, las promesas de donaciones por causa de matrimonio, las donaciones entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, las a plazo o bajo condición, las con causa onerosa, las a título universal y las remuneratorias. El Proyecto ha limitado en esos casos y en otros enumerados en él los efectos de la falta de registro a los terceros interesados, sin comprender a los mismos contrayentes, consultando los principios de justicia. El autor no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito del registro, deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado y pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma y faltando a la buena fe, buena fe que en vez de debilitarse, debe procurar el legislador fortalecerla en cuanto sea posible. Por esto no contiene el Proyecto la nulidad de los contratos relativos a la traslación del dominio y a sus modificaciones que no hayan sido registrados, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes.

No pasará en silencio la Comisión, que el Proyecto ha introducido innovaciones en el derecho actual, al consagrar el principio de que los títulos referidos no causen efecto contra terceros, sino desde la fecha de su registro; pero que la Comisión aprueba como altamente favorable a la garantía de la propiedad y que ejercerán una saludable influencia en la prosperidad, asentando con solidez las bases de crédito territorial. En efecto, la de registrar el decreto que da la posesión efectiva al heredero de los bienes raíces de la herencia, es una medida de profunda convicción. En el sistema del Proyecto, toda herencia debe aceptarse o repudiarse: la posesión legal del heredero forzoso no lo habilita para poder disponer libremente de los bienes raíces de la herencia, sino que es preciso la posesión efectiva que se le dé por decreto judicial, el cual debe registrarse. De este modo, se evitan los graves embarazos y cuestiones que han surgido en la práctica en que han sido varias las decisiones: una persona ha estado poseyendo a título de heredero un inmueble, considerado en público con esa calidad; lo vende a un tercero y al cabo de algún tiempo resulta que existe el verdadero heredero que lo reclama como suyo. La magistratura francesa ha resuelto que debe sostenerse la enagenación hecha por el heredero aparente en perjuicio del verdadero heredero; y nuestra magistratura ha decidido lo contrario. Un verdadero heredero en posesión legal de la herencia ha vendido un inmueble perteneciente en concepto público a ella: al cabo de algún tiempo resulta que hay un legatario del inmueble, que lo reclama del tercero que compró de buena fe; y la magistratura decide en favor del legatario en virtud del título de propiedad que puede ser misterioso. Bajo tal sistema ¿habrá seguridad en las adquisiciones? En el sistema del Proyecto la doctrina es clara: el heredero legítimo, aunque tiene la posesión legal a la muerte de su causante, debe pedir la posesión judicial de la herencia y registrar el decreto para disponer libremente de los bienes raíces: hecho el registro, si vende se sostienen las enagenaciones en favor del tercero de buena fe contra cualquier otro que alegue algún derecho a la cosa; y si no registra, las enagenaciones no se sostienen por falta de poder para transmitir libremente.

La innovación relativa a las condiciones resolutorias impuestas al dominio de los inmuebles y derechos reales constituidos sobre ellos, es de indispensable necesidad y de estricta justicia en favor del tercer adquirente que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que esté sujeto el inmueble, lo recibe en virtud de un título traslativo de dominio u obtiene sobre él algún derecho real. Es, pues, necesario determinar que no estando registrada la condición rescisora no perjudicará al tercero, porque de lo contrario quedaría falso el propósito de salvar la buena fe.

Pero lo dicho no es lo que presenta graves dificultades en un buen sistema que tienda a asegurar los derechos de los terceros de buena fe, sino la lucha de dos principios igualmente respetables para el legislador y en que se necesita gran prudencia y cordura. Si es justo que la ley se arme en favor del tercer adquirente, el le-

gisador no puede desentenderse de que hay personas e intereses que requieren una protección más inmediata. Las mujeres casadas, los menores, los sujetos a interdicción y los hijos de familia necesitan de que la ley los defienda, ya de su propia debilidad e inexperiencia, y ya de los peligros que cuando nada pueden por sí mismos, pueden sobrevenirles por parte de aquellos a quienes la ley confía su defensa. No desconoce la Comisión que las hipotecas legales y ocultas de esas personas son el vicio radical del sistema hoy vigente; pero no se puede aceptar en absoluto el principio de someterlas al registro, aun cuando la mujer casada y el hijo de familia tengan frecuentemente toda la capacidad intelectual para procurarse la garantía de sus derechos legítimos, porque hay intereses de un orden superior ligados íntimamente con la constitución de la familia, con la armonía y respetos debidos a la autoridad marital y paterna que impelen al legislador a obrar con toda circunspección, cuando se trata de la facultad de las mujeres y de los hijos para tomar precauciones que pueden parecer injuriosas al jefe de la familia.

Lo que en la legislación actual se llama hipoteca legal o tácita de la mujer casada, del hijo de familia y de los menores o incapaces, se designa en el Proyecto con el nombre más propio de privilegio sobre los bienes del marido, del padre, del tutor o curador. En el sentir de los más acreditados prácticos españoles, los que adquieren bienes raíces de un marido, padre, tutor o curador, sea que perteneciesen a éstos antes del matrimonio, tutela o curatela, o después están seguros aunque sobrevenga su insolvencia para con la mujer, hijo, menor o incapaz. Notables son las palabras de una ilustre Audiencia española: "de hecho no existen hipotecas generales, porque no imponiendo el gravamen sobre determinados bienes y dejando al dueño la libre facultad de enagenar, sólo pueden mirarse como obligados los bienes existentes en poder del deudor cuando se trata de hacer efectivo el crédito". Y siguiendo esa práctica, el Proyecto determina que la preferencia del privilegio de esos créditos afectan todos los bienes del deudor, pero no dan derecho contra terceros poseedores de buena fe. Y los créditos de esas personas preferirán a los que no sean singularmente privilegiados y a los hipotecarios de escritura posterior a sus respectivos privilegios. De este modo se conserva el derecho tradicional de dichas personas sin someterlas a la formalidad del registro, y se salvan los derechos de terceros de buena fe contra el fraude y las simulaciones.

## 17. HIPOTECAS

No se conoce en el Proyecto otra clase de hipoteca que la antes llamada especial, y ahora simplemente hipoteca.

Esta puede constituirse bajo cualquiera condición; y otorgada bajo condiciones suspensivas no valdrá, sino desde que se cumpla; pero cumplida será su fecha la misma del registro. Si el derecho está sujeto a una condición resolutoria, no podrá resolverse el gra-

vamen, sino cuando la condición conste en el título respectivo que se hubiere registrado.

La hipoteca comprende también los intereses de dos años y la parte vencida de la anualidad corriente.

El acreedor hipotecario tiene en el Proyecto su acción más expedita para perseguir la cosa hipotecaria en poder de terceros que no le podrán oponer el beneficio de excusión.

Los acuerdos hipotecarios en el Proyecto prefieren entre sí según su fecha, por ser una consecuencia lógica y precisa de la especialidad y publicidad a que se someten las hipotecas. Los acreedores singularmente privilegiados que en el actual sistema pueden girar contra los bienes hipotecados, en este nuevo sistema ejercerán antes su privilegio sobre la generalidad de los bienes libres del deudor y sobre los gravados con privilegio especial, para venir después por el déficit si lo hubiere contra los hipotecados. Los acreedores hipotecarios no estarán obligados a esperar las resultas del concurso general para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas, y les bastará consignar o afianzar una cantidad prudencial para los créditos de privilegio general y los de preferencia sobre los de ellos, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones.

El Proyecto no reconoce lo que en una práctica viciosa ha quedado llamarse hipoteca judicial para dar preferencia en un concurso de acreedores. En el derecho actual, en su sentido verdadero, lo que se llama hipoteca judicial sólo tiene por objeto asegurar las consecuencias del juicio: no crea una acción hipotecaria a favor del acreedor que obtiene el embargo o la providencia de que no pueda enagenarse la cosa mientras esté pendiente la litis: el derecho del acreedor no cambia de carácter, ni se modifica; y sólo adquiere mayor seguridad en cuanto quita al deudor los medios de destruir la cosa, de enagenar o de constituirse en insolvencia. Esta recta inteligencia del derecho español se consagra en el Proyecto de un modo más eficaz: se declara, que hay objeto ilícito en la enagenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello, y se dispone que se registre la prohibición si es referente a inmuebles, a fin de que surta efecto contra tercero.

Como quiera que la vacilante práctica de nuestros tribunales registra algunos actos, en que se ha concedido preferencia a un acreedor a título de haber obtenido embargo, o sea hipoteca judicial, y como el Proyecto no acepta esa doctrina, la Comisión cree conveniente hacer alguna explicación para justificarlo. El que contrata y no exige hipoteca, se contenta con la garantía personal que le da el deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pautado al tiempo convenido, podrá el acreedor demandarle; pero esta demanda no cambia la naturaleza del crédito ni la fuerza del título. Si se estableciera otra regla, resultaría que entre diversos acreedores de un mismo deudor que se hallasen en idéntico caso, sería de

mejor condición el más exigente, el que guardara menos consideraciones, el que por mejores o peores medios adquiriera noticias más exactas del estado del deudor. La seguridad en las consecuencias de la litis no debe extenderse a dar un derecho real al que sólo tenía uno personal, un derecho de preferencia sobre acreedores de igual naturaleza y dignos de igual protección que el que se anticipó a litigar.

## 18. POSESION Y ACCIONES POSESORIAS

El Proyecto no admite en la posesión la distinción de civil y natural, sustituyendo a esas denominaciones las de posesión y tenencia: la posesión lleva unida la idea de dominio, es decir, es la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño, sea que la tenga por sí mismo o por otra persona que la tenga a nombre de él; y mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño. Desde luego, toda tenencia **animo domini** es una posesión **propriadamente dicha**, es una posesión civil en el sentido de que la ley la reconoce.

Entre las condiciones de la posesión para instaurar las acciones posesorias, coloca el Proyecto la de que tenga un año completo, requisito que no exige la legislación actual; pero esto depende del diferente fundamento que se asigna a las acciones posesorias. En el derecho romano cualquier tiempo de posesión, siempre que estuviera exenta de todo vicio de precaridad y clandestinidad relativamente al autor de la vía de hecho, daba lugar a los interdictos posesorios que sólo se fundaban en la obligación **quasi ex delicto** que nacía de la violación que aquel hiciera del estado o actuación del poseedor. Pero en el derecho moderno que sigue el Proyecto, es la posesión considerada como prioridad presumida, la que sirve de fundamento a las acciones posesorias, que han sido sometidas a reglas diferentes de las determinadas por la jurisprudencia romana. De ese modo, se relacionan el hecho y el derecho, la posesión y el dominio, por la analogía entre los medios de defensa; se da una base común a la posesión legal y a la prescripción; y se hace desaparecer la antigua distinción entre la **possessio ad usucapionem** y la **possessio ad interdicta**. En este sistema existe grande analogía entre el derecho de posesión y la prescripción adquisitiva: el uno y la otra nacen de un concurso de circunstancias capaces de hacer presumir la calidad de propietario, es decir, de una tenencia más o menos larga y revestida de ciertos caracteres determinados. Cuando esa posesión ha durado diez, veinte o treinta años hay prescripción irrefragable, y se adquiere el derecho de propiedad; cuando sólo se ha prolongado un año, no hay adquisición definitiva, pero sí una apariencia tal de propiedad que el poseedor debe ser conservado en la posesión hasta la prueba del contrario.

Los demás requisitos exigidos a la posesión de que no sea viciosa y sí tranquila, continua y no interrumpida, son una confirmación

del derecho existente o explicaciones derivadas de los principios cardinales de él.

Se explica también en el Proyecto la verdadera naturaleza de la denuncia de nueva obra, dándole su verdadero carácter de acción posesoria y quitando los pretextos aducidos en una práctica viciosa para confundirla con otras acciones. La acción para conservar la posesión se funda en una perturbación que deberá efectuarse sobre el predio del poseedor, y la de denuncia de nueva obra en una perturbación consistente en una obra o construcción hecha sobre el predio de aquel contra quien se intente, que ataque los derechos de servidumbre que el predio del actor tenga sobre el suyo.

#### 19. LIMITACIONES DEL DOMINIO. FIDEICOMISO. USUFRUCTO. USO. HABITACION. SERVIDUMBRES

Roma nos ha legado los fideicomisos, que eran entonces para los ciudadanos un medio indirecto de eludir el rigor de las leyes sobre la capacidad de adquirir por sucesión. En 1792 Francia prohibió los fideicomisos, fundándose en que eran contrarios al principio de igualdad, a la moral, a las buenas costumbres y al progreso y mejora de los bienes gravados; pero la legislación posterior, es decir, el Código civil reconoce el principio de las sustituciones fideicomisarias, limitando la prohibición a las que tengan carga de restituir el fideicomiso a la muerte del fiduciario. El Proyecto adopta la misma base, declarando que la muerte del fiduciario no puede establecerse como condición para que llegue el día de la restitución de la propiedad fiduciaria, y mejora en mucho la condición de esta a fin de quitarle ese carácter de inmovilidad y las trabas perjudiciales a la industria. No tendremos, pues, esos fideicomisos de familia que en el derecho romano se extendían a cuatro generaciones, ni aquellos de que hablan las leyes de partida, sino los justos y racionales que no atacan los principios sobre la libre transmisión de las propiedades; se admiten, pero se prohíben las sustituciones graduales aunque no sean perpetuas.

En el Proyecto se ha procurado caracterizar debidamente la diferente fisonomía que inviste la propiedad cuando es fiduciaria, de la que tiene por la constitución de un usufructo; y se prohíbe la constitución de dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos, porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora que da vida y movimiento a la industria.

No se ha establecido la prescripción como medio de adquisición del usufructo, uso o habitación. La ley de partida no habla de prescripción, pero los autores la infieren de otra ley de partida. Algunos intérpretes del derecho romano reconocen la prescripción como medio de adquirirlos; pero no está clara la ley del Código de Justiniano que invocan. La Comisión cree conveniente no establecer la prescripción como medio de adquirir esos derechos; porque, siendo restrictivos del de propiedad, de modo que sólo dejan al propietario la esperanza de gozar de la cosa después que se extinga el usufructo,

sería contrario a la utilidad social añadir restricciones al ~~derecho~~ de propiedad, y se obraría con inconsecuencia al reconocerlos ~~para~~ el sólo ejercicio sin título, cuando el mismo derecho presume ~~siempre~~ pre libres los bienes por las ventajas que de esa libertad deriva ~~la~~ industria.

La interesante materia de servidumbres es quizá uno de los mejores títulos del Proyecto: el Código francés había adelantado inmensamente en esta materia; y puede decirse que quedan resueltos algunos puntos no comprendidos en la legislación actual, pero que la jurisprudencia había indicado y decidido. El Proyecto ha fijado también dos puntos en que vacilaba la doctrina. El uno, si para adquirir una servidumbre se necesitaba la tradición, asimilándose al dominio en ese respecto. Era una máxima para los intérpretes del derecho romano, la necesidad de ese acto para la existencia y reivindicación del derecho de servidumbre. El otro, si se dan las acciones posesorias a los dueños de derechos reales constituidos sobre bienes raíces, con exclusión de los de servidumbres continuas inaparentes o discontinuas, salvos respecto de estas algunos casos señalados. La ley romana había aplicado los interdictos posesorios a los derechos de usufructo, uso o habitación; pero a las servidumbres prediales los aplicaba con distinciones que exigía la diferencia de servidumbres rurales y urbanas. El Proyecto, a semejanza de los Códigos modernos, no ha tomado en consideración esas sutiles distinciones, y sólo ha visto el hecho de la posesión de las servidumbres para conceder o negar la acción posesoria.

#### 20. SUCESION

El Proyecto ha introducido en la sucesión intestada algunas variaciones que la Comisión pasa a enumerar, explicándolas para su mejor inteligencia y justificación.

El derecho de representación tiene cabida en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos, y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales y se puede representar al ascendiente, cuya herencia se hubiere repudiado, y al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. La jurisprudencia universal admite el derecho de representación en la línea recta de descendientes; pero no hay uniformidad en cuanto a la descendencia legítima de los hermanos legítimos y de los hijos o hermanos naturales del difunto. El derecho romano y el de las partidas aceptan la representación a favor de los hijos de hermanos carnales; pero la generalidad de los Códigos modernos la extienden a los descendientes de aquéllos, porque respecto de ellos hay los mismos motivos de conveniencia y afecto que respecto de los hijos. Ni el derecho romano, ni los Códigos españoles admiten la representación en la descendencia legítima de los hijos o hermanos naturales del difunto, por la sencilla razón de que ellos no heredan propiamente al difunto en su sistema de sucesión; pero admitido el principio de que pueden ser herederos



del difunto no hay motivo para excluirlos del beneficio de representación. El derecho de representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado, al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto, es un principio consignado en el Código de Prusia, apoyado en el derecho romano y sostenido por los juriconsultos franceses; fundándose éstos en que no es preciso ser heredero de una persona para representarla y que muerto el indigno o incapaz antes que el que se va a heredar, el representante sacaría su derecho no de su calidad de heredero del indigno sino de ser descendiente, en una calidad es que tiene el derecho de representar.

El Proyecto da una parte importante al cónyuge sobreviviente en la herencia de su compañero o compañera. En los antiguos tiempos, el marido era heredero de la mujer que él hubiera dotado, y la mujer heredaba al marido en virtud de una donación expresa: el esposo de Judith le dejó al morir todos sus bienes muebles e inmuebles. En el primitivo derecho romano la esposa tenía los mismos derechos en la sucesión del marido que la hija en la de su padre: si el difunto dejaba hijos, la mujer dividía igualmente con ellos; así lo dicen los historiadores de aquellos tiempos. Pero posteriormente el derecho ha tendido a desconocer las relaciones entre el marido y la mujer, compañeros de toda su vida por un vínculo indisoluble. Al morir un cónyuge intestado es político y humano interpretar su voluntad a favor de su consorte: esta presunción es política, porque realza el honor y santidad del matrimonio: es humana, porque impide que el viudo o viuda pase repentinamente del bienestar a la mendicidad; y es también racional, porque la razón se resiste a creer que haya querido el premuerto que todos sus bienes pasen a otras manos, quedando tal vez sumido en la indigencia el partcipe de sus goces y comodidades, el que formó con él una misma carne. Estas consideraciones son más fuertes cuando no quedan descendientes legítimos; pero aún en este caso, ¿habrá de ponerse al padre o a la madre pobre en la triste necesidad y dependencia de exigir a los hijos el alimento? ¿Y lo que se dé al viudo o viuda, será otra cosa, en los más de los casos, que un depósito y tal vez un préstamo a interés que volverá muy pronto a los mismos hijos? La cuarta marital que la ley de partida concede a la viuda pobre no puede llenar los fines de la justicia y conveniencia; pues la experiencia ha probado que sólo es origen de pleitos escandalosos en que la madre quedará siempre rebajada a los ojos de sus propios hijos: su raro uso es la mejor prueba de su inconveniencia. El Proyecto establece una base racional; iguala el cónyuge sobreviviente a los descendientes legítimos; pero sólo en cuanto a la legítima rigorosa, es decir, sin poder ser mejorado como pueden serlo los hijos legítimos; y además lo llama a una parte de la sucesión, cuando no hay descendientes legítimos, al todo cuando no hay ascendientes ni hermanos legítimos, ni hijos naturales del difunto. Los hijos naturales colectivamente y el cónyuge gozan de derechos iguales en la sucesión intestada.

En cuanto a los derechos hereditarios de los hijos naturales, el Proyecto modifica el derecho existente. Las partidas copiaron el derecho romano: el padre y sus herederos debían alimentos al hijo natural: si aquel moría con hijos legítimos, no podía dejar al natural sino una parte de dote; si moría con ascendientes, podía dejarle todo lo que fuese legítima de estos. En la sucesión intestada del padre nada tenía el hijo si había legítimos descendientes; a falta de estos, heredaba una sexta parte que debía partir con su madre, sexta que en la práctica actual se ha convertido en un quinto. En la sucesión de la madre heredan **abintestato** los naturales y simplemente ilegítimos juntamente con los legítimos; pero las leyes de Toro modifican ese derecho de las partidas, pues por ellas, sólo a falta de descendientes legítimos, son los naturales y simplemente ilegítimos herederos forzosos de la madre **ex testamento y abintestato**, y sólo a falta de hijos legítimos puede el padre dejar a los hijos naturales todos sus bienes privando de la legítima a sus ascendientes. No se acierta a explicar, por qué se concede tanto favor al hijo natural en la herencia de la madre y parientes maternos, al paso que se le excluye de la de su padre y parientes paternos; y por qué los colaterales no pueden en caso alguno obstar para la legítima de los ascendientes, y sí los hijos naturales, mientras que estos mismos son excluidos de la sucesión intestada del padre, salvo la sexta o quinta parte, por los dichos colaterales. Se alega, la madre es siempre cierta y el padre no, como única razón decisiva para la desigualdad de derecho a la herencia paterna o materna; pero si esa pudo ser razón entonces, bajo el sistema del Proyecto no, puesto que el reconocimiento expreso que se exige para que el ilegítimo se llame natural, establece una certidumbre igual en la paternidad y maternidad. La base del Proyecto es más racional y equitativa: la descendencia legítima excluye la natural: si hay ascendientes, cónyuge sobreviviente e hijos naturales, dos partes para los primeros, una para el cónyuge sobreviviente y otra para los hijos naturales; si no hay cónyuge sobreviviente o si no hay hijos naturales, tres partes para los ascendientes y otra para el cónyuge o para los hijos naturales; si no hay cónyuge ni hijos naturales, toda la herencia para los ascendientes; si no hay descendencia legítima, ni ascendientes, una parte para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge y otra para los hijos naturales; si no hay cónyuge, o si no hay hijos naturales, mitad de la herencia para los hermanos legítimos y la otra mitad para los hijos naturales o el cónyuge; si no hay hijos naturales, ni cónyuge, toca toda la herencia a los hermanos; si no hay descendencia legítima, ascendientes, ni hermanos legítimos, mitad de la herencia para el cónyuge y la otra mitad para los hijos naturales; y si no hay descendientes, ascendientes y hermanos legítimos, cónyuge sobreviviente, ni hijos naturales, suceden los otros colaterales legítimos según las reglas que determina el Proyecto. En la herencia de un hijo natural que no deja descendencia legítima, entran primeramente sus hijos naturales; en segundo lugar sus padres, o el que de ellos lo hubiere reconocido con las formalidades



legales; y en tercer lugar, aquellos de los hermanaos que fueren hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre o de ambos. El Proyecto sigue, pues, la regla de la afección presumida del difunto: en un Gobierno basado sobre la libertad, dice el ilustrado Cambaceres, los individuos no pueden ser víctimas de las faltas de sus padres; la desheredación es la pena de los grandes crímenes en la familia; y si el matrimonio es una institución preciosa, su imperio no puede extenderse a la destrucción del hombre y de los derechos de los ciudadanos.

En cuanto a legítimas y mejoras el proyecto dispone: que la mitad de los bienes sea legítima de los herederos forzosos o legitimarios, que son los descendientes y ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente, los hijos naturales o su descendencia legítima y los padres naturales: que si no hay descendientes legítimos, o si no hay más de uno que personal o representativamente suceda, cualquiera persona pueda disponer libremente de la mitad de su patrimonio; en caso contrario, sólo podrá disponer la cuarta parte a libre arbitrio y la cuarta restante invertida en mejoras a favor de uno o más de sus descendientes también a su arbitrio. Por el derecho actual, si hay descendientes legítimos el padre dispone libremente del quinto de sus bienes, y del tercio para mejorar a uno de sus descendientes, siendo lo demás legítima rigurosa de su descendencia legítima; y si no hay descendientes legítimos, y si ascendientes, dispone libremente del tercio de sus bienes, siendo lo demás legítima de los dichos ascendientes. Según el más sabio de los Códigos españoles, es decir, el de las Partidas, la legítima de los hijos, si son cuatro o menos, se reduce al tercio de los bienes paternos; si cinco o más, a la mitad. Esa era también por el derecho de Justiniano. Son, pues, más liberales las legítimas acordadas en el Proyecto a los hijos y ascendientes legítimos. "Las legítimas, dice un respetable autor, no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres o procurada con más ansia la educación y establecimiento de los hijos." Sin embargo, la Comisión no cree justa ni conveniente la supresión de las legítimas. Roma, en los tiempos de virtudes republicanas, podía consagrar la omnipotencia del padre de familia en la enérgica y concisa disposición de las doce Tablas *uti legassit suae rei ita jus esto*, porque siendo un pueblo guerrero y tan celoso de su libertad para con los poderes públicos, debía serlo más por lo respectivo al hogar doméstico; resultando que por el mismo principio que le condujo a ser libre en la República, debió ser déspota en su casa. Por fortuna esa libertad absoluta de los padres duró poco en Roma, habiendo sido templada en la práctica aun antes de ser formalmente revocada. Los padres que han dado la existencia natural, han contraído no sólo con los hijos, sino con

la sociedad, la obligación de conservarles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna; y por más confianza que se tenga en el amor paterno, debe siempre considerarse que hay abusos insuperables de la debilidad y pasiones humanas. El modo de conciliar la libertad del padre con la seguridad del hijo, es asignar una parte racional para legítima rigurosa, otra para mejorar, es decir, premiar al hijo en virtud de esa venerable judicatura que la naturaleza confiere al padre, y la otra para disponer éste a su libre arbitrio.

Queda derogada la ley 9 de Toro en cuanto no se ha conservado a los hijos legítimos el derecho de heredar a la madre *ex testamento* y *ab intestato*, que no tenga descendientes legítimos, aunque tenga ascendientes legítimos. No podía conservarse una ley que, además de sacrificar la familia legítima, era de consecuencias horribles. Respecto de los efectos de esa ley, dice un sensato jurisconsulto: "En la sucesión intestada, el honor de la madre, el de una familia entera, la moral y la decencia pública necesariamente comprometidas por la prole ilegítima que no puede poner en claro sus derechos sin sacar a luz las vergonzosas flaquezas de una conexión clandestina. Luego, ¡qué campo al fraude para formar filiaciones, añadiendo a la calumnia el perjurio! ¿Y qué duro no es en la sucesión testamentaria poner a la madre en conflicto de revelar su flaqueza o de contravenir a la ley? Por otra parte, la codicia, que es capaz de fraguar una infame impostura para torcer la sucesión intestada, ¿no se valdrá de los mismos medios para atacar al testamento? Por lo tocante a la obligación natural, debe presumirse en la madre la inclinación a cumplir con ella, y cuando le sea demasiado repugnante el reconocimiento solemne de un hijo, la libertad que tiene para disponer por testamento de una parte considerable de sus bienes, le proporcionará suficientes medios para proveer a la suerte de la prole inocente que no se atreva a reconocer, sobre todo por la vía del fideicomiso secreto."

## 21. CONTRATOS Y CUASICONTRATOS

En esa materia hay muy poco que no tenga su fuente en la legislación actual o en la doctrina de los más eminentes jurisconsultos. El Proyecto la ha metodizado, y ha llenado los vacíos de las antiguas leyes sobre puntos que la práctica y la doctrina de los autores habían indicado.

Las varias especies de censo, exceptuado el vitalicio, se han reducido a una sola y se sujetan a reglas idénticas, entre las cuales merecen notarse, las que lo hacen divisible junto con el inmueble que afectan, y la que constituida sobre inmuebles, cuyo valor excede considerablemente al de los capitales impuestos, permite reducirlo a una parte determinada, libertando de responsabilidad lo restante. El censo vitalicio que por su naturaleza es de corta duración, no ofrece los inconvenientes de los otros, y no admite ni redención, ni división.

El contrato de sociedad se ha arreglado del modo más conveniente

a las exigencias del crédito. Varios puntos de administración quedan sujetos a reglas fijas, y están resueltos otros que hasta ahora eran materia de controversia entre los autores. Se declara que la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados. La mayoría de los autores enseña que la sociedad civil constituye una personalidad jurídica, un ser moral distinto de los miembros que la componen; pero otros de bastante respetabilidad distinguen entre las sociedades civiles y las de comercio, atribuyendo a éstas el carácter de personas morales y no a las otras. Los de la primera opinión se remontan al derecho romano, pero creemos que las tradiciones históricas no los favorecen. En efecto, la legislación romana no ha consagrado el principio de que las sociedades civiles constituyen personas jurídicas. La ley del Digesto dice en términos expresos, que ni la sociedad, ni las corporaciones, ni ninguna otra agregación de ese género, forman *corpus*, es decir, una personalidad jurídica; pero creemos que por consideraciones económicas y de equidad debe consagrarse en las leyes lo propuesto en el Proyecto, que entraña consecuencias de alta importancia. La sociedad, si es una persona jurídica, tendrá la propiedad del patrimonio social, que en consecuencia no pertenecerá proindiviso a los socios. Teniendo la sociedad su patrimonio propio, éste será la prenda de sus acreedores, y los acreedores personales de los socios no podrán girar contra él, sino después de estar cubiertos los de la sociedad. Los créditos activos de la sociedad le pertenecerán en su calidad de una persona moral; siendo consiguiente, que los deudores no puedan oponerle la compensación de sumas que deban a ellos los socios personalmente. En el sistema del Proyecto la sociedad tiene sus créditos y sus deudas; sus derechos y obligaciones quedan sujetas a las reglas generales, sin que las obligaciones y los derechos de los socios puedan modificar su aplicación. La sociedad, ser abstracto y jurídico, existe con su patrimonio activo y pasivo; y cada socio, formando por sí una persona distinta, posee igualmente un patrimonio que no se confunde con el de la asociación. Los acreedores de la sociedad tienen el ser social o moral por obligado y giran sobre el fondo social: los acreedores de un socio no tienen acción sobre los bienes sociales, sino por hipoteca anterior a la sociedad, o por hipoteca posterior cuando el aporte del inmueble no conste por escritura pública. Si el fondo social no basta a cubrir los acreedores de la sociedad, los socios quedarán obligados personalmente a la totalidad de las deudas sociales, aunque no solidariamente, y dichos acreedores girarán sobre el patrimonio particular de ellos al igual de los acreedores personales. Estos durante la sociedad, podrán pedir que se embarguen a su favor las asignaciones que se hagan a su deudor por cuenta de los beneficios sociales o de sus aportes o acciones.

El Proyecto ha procurado arreglar el contrato de mandato, sometiendo a mandante y mandatario a reglas fijas, y decidiendo varios puntos de inmensa utilidad en la práctica. El mandato puede ser gratuito o remunerado, cortando la cuestión de los que sostienen que es esencialmente gratuito y que cualquiera remuneración es in-

compatible con su naturaleza. El Proyecto ha seguido la opinión de autorizados juriconsultos que enseñan que el mandato remunerado no deja de serlo, y acepta la opinión de que el carácter distintivo que separa el mandato del arrendamiento de servicios, no consiste ni en la ausencia de una remuneración, ni en la naturaleza puramente intelectual del servicio que deba prestarse, sino en el poder dado al mandatario de representar al mandante en los actos jurídicos, de obligarle respecto de terceros y de obligar a éstos respecto de él; todo lo cual no figura en el arrendamiento de servicios.

También admite el Proyecto la teoría de los mandatos irrevocables, sostenida por juriconsultos de la mejor nota. Si el mandato puede constituirse en el interés común del mandante y mandatario, calificándose entonces a éste de *procurator in rem suam*, y si puede conferirse como condición de cualquier otro contrato celebrado con el mandatario o con un tercero, no se alcanza la razón porque ha de poder retirarse unilateralmente por el mandante. La magistratura francesa, una de las más respetables del mundo por su ciencia y probidad, ha aceptado el principio de irrevocabilidad en esos casos. La muerte tampoco puede hacer cesar esos mandatos que se ligan perfectamente en su duración a las condiciones con que se les ha conferido.

El Proyecto explica y da reglas ciertas para el arrendamiento de predios rústicos o urbanos, de servicios domésticos, para la confección de una obra y para el arrendamiento de transporte. Varios puntos indecisos en la legislación actual quedan resueltos de la manera más racional y equitativa. Entre ellos sobresale el siguiente. Responsable el arrendatario por los daños y pérdidas sobrevenidas durante su goce por su culpa o la de su familia, huéspedes o dependientes, se dudaba si el arrendatario debía probar su ausencia de culpa, y por consecuencia probar la existencia de un caso fortuito, o si el arrendador debía probar que aquél tenía culpa. El Derecho romano y el Código francés deciden que el arrendatario debe probar su inculpabilidad, o sea la existencia de un caso fortuito; nuestros tribunales vacilaron en sus decisiones y algunos profesores opinaron en sentido contrario. El Proyecto adopta el Código francés, y en verdad que parece ser la decisión más conforme y racional. El que invoca un derecho debe probarlo; y lo prueba estableciendo el hecho que lo origina, es decir, el contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, o la ley que lo concede. El que pretende librarse de una obligación debe probar su liberación, y la prueba estableciendo la existencia del pago o cualquiera otra causa de extinción de obligación: por ejemplo, la pérdida de la cosa ocasionada por caso fortuito. Si alguno culpablemente o por imprudencia hace perecer nuestra cosa, tenemos derecho a una indemnización; la causa de nuestro derecho es un delito o cuasidelito, cuya existencia debemos establecer. Pero si la cosa que nos pertenece perece en poder de una persona que nos la debe, de una persona obligada a su conservación y restitución, la causa de nuestro derecho contra ella consiste en el contrato que hace nacer dicha obligación de conservar y restituir; y probando la existencia del contrato, se prueba el derecho a la restitución de la cosa. Si el guardador o

tenedor de la cosa pretende libertarse de su obligación fundándose en la pérdida fortuita de la cosa, es claro que debe probar su liberación, es decir, el caso fortuito que ha hecho perecer la cosa.

El Proyecto da entrada al contrato de anticresis como una convención inocente y lícita por su naturaleza. Condenado por las leyes que condenaron lo que se llamaba usura, preciso era restablecerlo desde que se reconocieron los principios de libertad del crédito y del comercio. El Código de las Partidas y el Código francés han servido de base al Proyecto, que por lo demás ha resuelto una ruidosa controversia entre los juriconsultos franceses. Se discute entre ellos las relaciones entre el anticretista y los acreedores hipotecarios. Unos sostienen que éstos, siendo posteriores a la anticresis, no pueden girar contra el inmueble en perjuicio del anticretista, y otros sostienen lo contrario, fundándose en que la anticresis no concede derecho real sobre la cosa, sino derecho a los frutos. El Proyecto ha reconocido solamente un derecho a los frutos; pero también ha establecido que los acreedores hipotecarios deben respetar el contrato de anticresis celebrado en escritura pública anterior a la hipotecaria, a semejanza de lo establecido respecto de los arriendos. Esto parece justo y equitativo: el dueño del inmueble no puede transferir ni conceder mayor derecho que el que tiene sobre la cosa; los acreedores hipotecarios sabían el gravamen anterior, puesto que se exige escritura pública y no pueden alegar un ataque a su buena fe de terceros, al paso que, si se consintiera en que no estaban obligado a respetar la anticresis, dependería exclusivamente del deudor enervar la fuerza de un contrato de verdadera prenda como es la anticresis. Pero como los derechos de goce que resultan de ésta no constituyen derechos reales, según el propio Proyecto, es consecuente que dispusiera, como dispone, que si el acreedor por anticresis prosigue él mismo la venta del inmueble, o si consintiere en que otros acreedores la promuevan, aquél no podrá reclamar ningún derecho de preferencia sobre el precio a título de la anticresis, salvo el derecho hipotecario si se hubiere agregado al de la anticresis como se permite.

## 22. PRELACION DE CREDITOS

El Proyecto simplifica mucho el arreglo de la prelación de créditos, tomando por base el fomento del crédito. Se dividen en seis clases los créditos concurrentes: los que gozan de privilegio general; los que gozan de privilegio especial sobre ciertos bienes; los de los menores, mujeres casadas y otras personas cuyos bienes son administrados por representantes legales; los hipotecarios; los que constan en escritura pública; y los demás quirografarios.

## 23. PRESCRIPCION

Se fija de una manera terminante esta materia en favor de la seguridad de la posesión y del crédito.

El juez no podrá declararla de oficio. Dos motivos hay para ello:

la ley considerando que la presunción que resulta de la posesión, o de la inacción del acreedor puede ser falsa, quiere que ella sea corroborada por el empleo que haga de ella el que se crea beneficiado; pues mientras éste no la invoque, es justo que la ley dude de la adquisición del derecho o de la extinción de la deuda: si los jueces pudieran suplirla de oficio, resultaría que en muchos casos podrían aplicarla, cuando legítimamente no se hubiera ganado, por haberse interrumpido en virtud de actos extrajudiciales que ellos ignorarían casi siempre.

Se admite el principio de que basta la buena fe que se tenga al comenzar la posesión sin necesitarse que subsista después de adquirida. Los Códigos modernos consagran el mismo principio tomado de las leyes romanas y aceptado por las españolas.

Se acepta la prescripción de treinta años en calidad de extraordinaria sin necesitarse título alguno, y presumiéndose en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio. El mismo principio consagran los Códigos modernos y la legislación actual, que lo han tomado de la romana.

Los legisladores franceses fundaron sus disposiciones en estos términos: "La prescripción de diez y veinte años figura como la de treinta años en el número de las prescripciones largas (longi temporis) que la prosperidad y paz pública hacen igualmente necesarias. Si se fija a la prescripción ordinaria un tiempo menos largo que a la extraordinaria de treinta años, ha sido, y no ha podido menos de ser, en consideración al justo título y a la buena fe. Una vez cumplidas estas condiciones, la ley equipara al poseedor de diez y veinte años con el que prescribiría por treinta. El lapso de tiempo sin reclamación de parte del propietario, y la posesión a título de propiedad, son igualmente el fundamento de estas prescripciones. Tales son las únicas relaciones comunes al que prescribe y a aquel contra quien se prescribe. En cuanto a la mala fe que puede sobrevenir durante la prescripción, es un hecho personal del que prescribe: su conciencia le condena y no hay motivo que pueda cubrir su usurpación en el foro interno. Las leyes eclesiásticas han debido emplear toda su fuerza en prevenir los abusos que pudiera hacerse de la ley civil, y para esto es esencial el concurso de las unas en el foro interno y de la otra en el externo. Pero tampoco se ha de dudar, que la necesidad de las prescripciones no debe prevalecer sobre el temor del abuso; y la ley civil llegaría a ser puramente arbitraria e incoherente, si después de haber señalado reglas fundamentales, se las destruyera por otras que estuvieran en contradicción. Estos son los motivos que han impedido conservar la regla que se había sacado de las leyes eclesiásticas, y según la que era necesaria la buena fe en todo el curso de las prescripciones."

El Proyecto no admite que las cosas poseídas con violencia o clandestinidad puedan prescribirse ni aún por la prescripción extraordinaria. Los Códigos modernos la admiten aun en esos casos desde que el vicio ha cesado, pero se ha creído más conveniente conservar en ese punto la legislación actual que se apoya en la romana. El Proyecto es consecuente en su disposición, pues habiendo establecido en el

título de la "Posesión" que no se pueden mudar sus calidades y vicios, es lógico decir que no pueda prescribirse lo que se haya comenzado a poseer con los vicios de violencia y clandestinidad.

#### CONCLUSION

En materias tan difíciles, tan complicadas, en que vienen a jugar todas las instituciones sociales, nadie por grandes que sean sus esfuerzos puede confiar en su trabajo: bastante gloria es emprenderlo y llevar una piedra a la grande obra de la regeneración del derecho. El Proyecto no será una obra perfecta; ninguna ha salido tal hasta ahora de las manos del hombre. Pero la Comisión no teme aventurar, Excelentísimo Señor, diciendo a V. E. lo que el Presidente de Chile decía al Cuerpo legislativo al presentarle el Proyecto de Código Civil: "La discusión de una obra de esta especie en las Cámaras Legislativas retardaría por siglos su promulgación, que ya es una necesidad imperiosa, y no podría después de todo dar a ella la unidad, el concierto, la armonía que son sus indispensables caracteres. No temo aventurar mi juicio anunciado que por la adopción del presente Proyecto se desvanecerá mucha parte de las dificultades que ahora embarazan la administración de justicia en materia civil; se cortarán en su raíz gran número de pleitos, y se granjeará tanta mayor confianza y veneración la judicatura, cuanto más patente se halle la conformidad de sus decisiones a los preceptos legales. La práctica descubrirá sin duda defectos en la ejecución de tan alta empresa; pero podrán fácilmente corregirse con conocimiento de causa, como se ha hecho en otros países y en la misma Francia, a quien se debe el más célebre de los Códigos, y el que ha servido de modelo a tantos otros."

La Comisión al terminar este informe no puede menos de manifestar que no le habría sido posible dar evasión a sus trabajos en el plazo que le fue asignado, sin la eficaz cooperación del Sr. Dr. Julián Viso, redactor del Proyecto, quien dominando la materia por sus estudios extensos y detenidos de legislación comparada, ha facilitado el examen de las diversas y complicadas materias que abraza el presente Código. La Comisión estima recomendables sobre todo encarecimiento la laboriosidad del Sr. Dr. Viso y el servicio que él ha prestado a la República.

Caracas, Abril 24 de 1862.

**Francisco Conde.**

**Pedro Núñez de Cáceres.**

**Juan Martínez.**

## CRONICA DE LA FACULTAD

AÑO LECTIVO 1965-66: OCTUBRE-MARZO

SINTESIS INFORMATIVA

**Comienzo del año académico 1965-66  
en la Escuela de Caracas**

El día 4 de octubre próximo pasado comenzaron las actividades ordinarias correspondientes a los cursos de pre-grado en la Escuela de Derecho de Caracas con las siguientes inscripciones:

1er. año:	262	alumnos
2º año:	110	"
3er. año:	62	"
4º año:	48	"
5º año:	41	"

**Iniciación Universitaria**

En el curso del mes de octubre se realizaron en la Escuela de Derecho de Caracas las actividades de iniciación universitaria de acuerdo con el siguiente programa:

**I La Universidad**

1. La Universidad y el País. Película guiada. Director Guía: Dr. Aristides Calvani.
2. La Estructura de la Universidad. Ponente: Dr. José Luis Aguilar Gorrondona.

**II El Universitario**

1. Función social del universitario. Ponente: R.P. José C. Ayestarán, s.j.
2. Sociodrama: "Fracaso Universitario". Guía: Br. Julio Frías.
3. Metodología. Ponente: R.P. Luis M. Olaso, s.j.
4. El individuo y el grupo. Ponentes: José R. Hernández G. y Alfredo Muracciole.

**III Cine-forum**

Cine-forum jurídico. "Testigo de Cargo".

### Comienzo del año académico 1965-66 en la Escuela de San Cristóbal

También en San Cristóbal se iniciaron las actividades ordinarias de pre-grado el día 4 de octubre.

Las inscripciones alcanzaron las siguientes cifras:

1er. año:	89	alumnos
2º año:	31	"
3er. año:	23	"
4º año:	35	"

Cabe destacar que en este curso comenzó a funcionar por primera vez el 4º año de Derecho con el siguiente profesorado:

Derecho Civil V (Familia y Sucesiones), Dr. Rodrigo Casanova.

Derecho Mercantil I, Dr. Julio Suárez.

Derecho Administrativo II, Dr. J. M. Rodríguez Uribe.

Derecho del Trabajo, Dr. José Contreras Pulido.

Derecho Minero, Dr. Nicolás Rubio.

Pruebas, Dr. José Adolfo Jaimés.

Prácticas Civiles, Dr. Gerson Rodríguez.

Prácticas del Derecho del Trabajo, Dr. Argimiro Chacón.

Prácticas Procesales, Dr. Rodrigo Casanova.

### Bendición y bautizo de la Revista

En acto donde tomaron la palabra el R.P. Dr. Carlos Reyna s.j., Rector de la Universidad, y el Decano de la Facultad se bendijeron y bautizaron el primer número de esta Revista y la obra "Derecho Penal, Tomo I" del doctor Jorge Sosa Chacín. A renglón seguido los concurrentes tuvieron oportunidad de ver la exposición de las demás publicaciones de la Facultad.

### Fallecimiento del Dr. Roberto Goldschmidt

El 18 de octubre falleció en forma repentina el Dr. Roberto Goldschmidt, catedrático de los cursos de doctorado de la Facultad, hecho que conmovió hondamente a todos los medios jurídicos del país. En la Facultad se celebró un solemne Funeral por el descanso de su alma al cual asistieron autoridades, profesores y alumnos. En este mismo número se publica por separado la Nota Necrológica del querido jurista fallecido.

### Inicio del año académico en los curso de post-grado

Los cursos de post-grado en las especialidades de Derecho Privado, Derecho Social y Derecho Penal iniciaron sus actividades del presente año académico el día 25 de octubre con una inscripción total de 68 abogados y el siguiente plan:

### Derecho Privado

Curso mográfico sobre Requisitos Formales de la Letra de Cambio.

Dr. José Muci Abraham.

Curso monográfico sobre Derecho Hipotecario.

Dr. Andrés Aguilar Mawdsley.

Curso monográfico sobre Partición y Liquidación de Herencia.

Dr. Francisco López Herrera.

Derecho Inmobiliario Especial.

Dr. Nicolás Vegas Rolando.

### Ciencias Penales

Derecho Penal Superior.

Dr. Luis Miguel Tamayo.

Curso monográfico sobre Pruebas en materia penal.

Dr. F. S. Angulo Ariza.

Psiquiatría Criminal (1er. curso)

Dr. J. L. Vethencourt.

Medicina Legal.

Dr. A. González Carrero.

### Derecho Social

Derecho Colectivo del Trabajo.

Dr. F. Amores Herrera.

Derecho Internacional del Trabajo.

Dr. Alfredo Tarre Murzi.

Derecho Administrativo y Procesal del Trabajo.

Dr. Carlos Parisca Mendoza.

### Medalla del Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal

Con motivo de la celebración de la Semana del Abogado recibieron la "Medalla del Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal", los siguientes catedráticos de la Facultad: doctor José Luis Aguilar Gorrondona; doctor Gustavo Planchart Manrique y doctor Francisco Manuel Mármol. En el mismo recibió igual distinción el doctor Rafael Pizani.

### Nuevo miembro electo de la Academia de la Lengua

El doctor Rafael Caldera, catedrático de la Facultad, fue electo individuo de número de la Academia Venezolana correspondiente a la Real Academia Española de la Lengua, en sesión celebrada el 9 de noviembre próximo pasado.

### Promoción "Gustavo Planchart Manrique"

Los alumnos cursantes del 5º año de Derecho de la Escuela de Caracas decidieron dar a su promoción el nombre del doctor Gustavo

Planchart Manrique, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y catedrático de larga trayectoria en esta Facultad.

#### **Nueva Directiva de la Asociación de Egresados de la Facultad**

La Junta Directiva de la Asociación de Egresados de Derecho para el nuevo periodo en curso quedó constituida así:

Presidente:	Francisco Paz Parra.
Vicepresidente:	Luis Alejandro Villasmil.
Secretario de Relaciones Profesionales:	Alfredo Angulo.
Secretario de Actas y Correspondencia:	Bernardo Neher.
Tesorero:	Atilio Urdaneta.
Suplentes:	Roberto Wallis, Heberto Contreras Cuenca, Ofelia Mujica y Alberto Balza.

#### **Premio "Ministerio de Justicia 1966"**

El recién creado "Premio del Ministerio de Justicia" fue otorgado por primera vez este año. La obra distinguida fue "Responsabilidades Civiles Extracontractuales" de la cual es autor el doctor José Melich Orsini, ex-Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Director del Instituto de Derecho Privado y catedrático de Derecho Civil de la misma Universidad. Una recensión bibliográfica de la obra laureada se ofrece al lector en la sección correspondiente.

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello ha visto con satisfacción el otorgamiento del premio tanto por los merecimientos de la obra y de su autor como por la circunstancia de ser éste buen amigo de la Facultad con la cual ha colaborado, aunque temporalmente, desde la Cátedra y con cuya Revista ha aceptado colaborar generosamente.

#### **Visitas a la Escuela de San Cristóbal**

El Decano de la Facultad, doctor José Luis Aguilar Gorrondona, visitó la Escuela de Derecho de San Cristóbal en los meses de febrero y marzo próximos pasados. Entre las actividades realizadas en tales oportunidades se cuentan, una reunión general de Profesores de la Escuela que contó con la asistencia del Rector de la Universidad Católica Andrés Bello, R.P. Dr. Carlos Reyna, s.j., del Coordinador de la Extensión, R. P. Jesús Sánchez de Muniain y del Decano de la Facultad; una reunión del Decano con los estudiantes de la Escuela; la promulgación del Acuerdo del Consejo Universitario que crea y define las atribuciones de la Comisión Asesora de

la Escuela de Derecho de San Cristóbal; la formación de una Comisión de Exámenes de la misma Escuela y la designación de los miembros de las nombradas Comisiones.

#### **Comisión de Exámenes de la Escuela de San Cristóbal**

De conformidad con lo previsto en el Reglamento de Exámenes Parciales de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello se constituyó la Comisión de Exámenes de la Escuela de San Cristóbal, integrada por el Director de la Escuela y los doctores Julio Suárez y Alfonso Méndez Carrero.

#### **Comisión Asesora de la Escuela de Derecho de San Cristóbal**

En cumplimiento del Acuerdo tomado por el Consejo Universitario de la Universidad Católica Andrés Bello en sesión del día 12 de marzo próximo pasado, a proposición del Consejo de la Facultad de Derecho, se creó la Comisión Asesora de la Escuela de Derecho de San Cristóbal, presidida por el Decano de la Facultad y en su ausencia por el Director de la Escuela, e integrada además por los siguientes catedráticos: doctores Rodrigo Casanova, José Contreras Pulido, Argimiro Chacón, Aurelio Ferrero Tamayo, Alfonso Méndez Carrero, Eduardo Ramírez, Gerson Rodríguez y Julio Suárez.

#### **Reunión del Núcleo de Trabajo de Derecho**

El día 25 de marzo se reunió en Valencia el Núcleo de Trabajo de Derecho, organismo dependiente del Consejo Nacional de Universidades, integrado por los Decanos de las Facultades de Derecho del país. La asistencia fue total y se acordó someter a los respectivos Consejos de Facultad diversos puntos de vista sobre los cursos nocturnos y la enseñanza práctica del Derecho. Se convocó para una nueva reunión del Núcleo en Mérida el 27 de mayo próximo venidero.

#### **Foro sobre el Acuerdo de Ginebra**

Con la participación de los doctores Andrés Aguilar Mawsdley, René De Sola, Gonzalo García Bustillos, Francisco Manuel Mármol, R.P. Pablo Ojer y Carlos Sosa Rodríguez se realizó el día 28 de marzo un Foro sobre el Acuerdo suscrito recientemente en Ginebra entre los Gobiernos de Venezuela y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en relación con las reclamaciones venezolanas sobre el territorio de la Guayana Esequiba. Las consideraciones de los participantes atrajeron la atención no sólo del público presente sino de la prensa y televisión. Actuó de moderador el Decano de la Facultad.

**Programa de Visitas**

La Abogada Ofelia Mujica Blanco, profesora de Seminario, ha organizado con los alumnos del 3er. año un programa de visitas guiadas que comenzó con la visita detenida al "Museo del Crimen" de la Policía Técnica Judicial.

**Publicaciones en el semestre**

Han aparecido:

1. Manuales en mimeógrafo:
  - "Procesal II", Tomo I, por el Dr. J. R. Duque Sánchez.
2. Cuadernos:
  - "Filosofía del Derecho", Cuaderno N° 1 (Teoría del Conocimiento), por el R.P. Luis M. Olaso, s.j.
  - "Introducción al Derecho", Cuaderno N° 5 (Teoría de la Norma Jurídica), por el R.P. Luis M. Olaso, s.j.
  - "Derecho Civil II (Bienes)", Cuaderno N° 1, por los doctores José Luis Aguilar Gorrondona y Angel Bernardo Viso.

**NOTA NECROLOGICA****ROBERTO GOLDSCHMIDT**

El nombre y la obra de Roberto Goldschmidt, fallecido súbitamente en esta ciudad a principios de octubre de 1965, están íntimamente asociados a los mejores esfuerzos que se han hecho en los últimos años para estimular el progreso de los estudios de derecho en Venezuela y para dotar al país de una legislación adecuada a sus necesidades presentes.

Roberto Goldschmidt nació en Berlín el 4 de junio de 1907. Hijo de James Goldschmidt, procesalista y penalista de reputación internacional, varias veces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín, la herencia y el ambiente del hogar paterno determinan o favorecen su natural disposición por las disciplinas jurídicas.

En Berlín y en Ginebra hace sus estudios de derecho que corona en 1932 con el doctorado en derecho, que le otorga con altísimas calificaciones la Universidad de su ciudad natal. El joven jurista, asistente en la Facultad de Derecho de esta última Universidad desde 1929, obtiene al mismo tiempo el nombramiento de Juez de Berlín, singular honor que pocas veces se concede a un recién graduado.

La llegada del partido nacional-socialista al poder pone término a su carrera docente y judicial y lo obliga a emigrar a Italia en 1933.

Allí sigue curso en la Universidad de Florencia, que le concede el doctorado italiano al año siguiente. Desde 1934 hasta 1938 es asistente en la Universidad Católica de Milán y en 1936 empieza a dictar cursos de Derecho Mercantil y de Derecho del Trabajo en St. Gallen (Suiza).

En 1941, para reunirse con sus padres, que han tenido que abandonar también Alemania, Roberto Goldschmidt se traslada primero a Inglaterra y luego a Uruguay. Después de una corta permanencia en Montevideo, en cuya Universidad dicta algunas conferencias, se radica en Argentina. En la Universidad de Córdoba, desde 1942 hasta 1953, ejerce las funciones de Miembro del Instituto de Derecho Comparado y de Asesor de la Facultad de Derecho.

En Córdoba, Goldschmidt encuentra, después de años de angustias y sufrimientos, un ambiente apropiado para la enseñanza y la investigación. Allí aprende nuestro idioma, se familiariza con nuestras instituciones y publica numerosos trabajos.

En 1953 acepta la invitación que le extiende la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Central, que le confía la Dirección del Instituto de Derecho Privado y más tarde la cátedra de Derecho Mercantil. A estas obligaciones se agregan después seminarios y cursos de post-grado, en cuya creación y organización juega un importante papel.

Desempeña al mismo tiempo la Dirección de la Oficina de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia. Por encargo de este Despacho prepara numerosos ante-proyectos de leyes, participa en distintas comisiones legislativas y publica importantes estudios de Derecho Comparado.

Su sólida formación, su íntimo conocimiento de los principales sistemas jurídicos del continente, su conocimiento del alemán, del francés, del italiano, del inglés y del castellano y su extraordinaria capacidad de trabajo le permiten atender a estas actividades, aumentar su ya extensa lista de publicaciones y prestar una inestimable colaboración al progreso de los estudios de Derecho Comparado.

Profesor de la Facultad Internacional de Derecho Comparado con sede en Estrasburgo dicta durante el periodo anual de vacaciones cursillos de post-grado en las más acreditadas universidades de Europa y América y participa activamente en numerosas reuniones internacionales. Miembro del Comité Internacional de Derecho Comparado, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Sociedad de Legislación Comparada de París, colabora con todas estas instituciones con artículos, notas, ensayos y ponencias.

La obra publicada del Profesor Goldschmidt, fruto de más de treinta años de docencia y de investigación, es considerable.

Sobre Derecho Mercantil y Derecho Mercantil comparado publicó diez libros, trece ensayos mayores y numerosos ensayos menores, artículos y notas bibliográficas y de jurisprudencia. Entre sus libros merecen especial mención, por el interés que ofrecen para el estudio del derecho venezolano, los siguientes: "Anteproyecto relativo



a las compañías de comercio y las asociaciones en participación" (con notas explicativas), "La Reforma Parcial del Código de Comercio de 1955", "Estudios de Derecho Comparado", "Nuevos Estudios de Derecho Comparado", "La letra de cambio y el cheque en la legislación venezolana" y su "Curso de Derecho Mercantil". Lamentablemente, la muerte lo sorprendió cuando preparaba una edición revisada de esta última obra y el segundo tomo de la misma.

Doce ensayos menores, artículos, notas bibliográficas y de jurisprudencia muestran su interés por el Derecho Civil. Son particularmente interesantes sus estudios sobre el Fideicomiso, sobre la legislación venezolana sobre ventas con reserva de dominio, propiedad horizontal, venta de parcelas, tránsito terrestre, y sobre la responsabilidad civil en razón de accidentes de tránsito en nuestra legislación.

Goldschmidt hizo también importantes contribuciones en materia de Derecho de Autor (La Reforma del Derecho de Autor en Venezuela), Derecho del Trabajo, Derecho Rural, Derecho Procesal y Derecho Procesal Comparado, Derecho Penal y Teoría General del Derecho.

No menos importante fue su colaboración en la labor legislativa que se ha hecho en Venezuela en los últimos diez años. No es posible enumerar todos los anteproyectos de ley elaborados por el Profesor Goldschmidt o con su colaboración. Hay que citar, sin embargo, los proyectos sobre Fideicomiso, Propiedad Horizontal, Ventas con Reserva de dominio, Venta de Parcelas, Derecho de Autor, Tránsito Terrestre, Adopción y muy especialmente, la Reforma Mercantil que comprende el proyecto de Código de Comercio, el Proyecto de Código Único de Obligaciones y leyes especiales sobre navegación, seguros y títulos de crédito. En este vasto proyecto trabajó incansablemente desde 1959 y su mayor ilusión en este campo de su actividad fue ver aprobado por el Congreso Nacional este conjunto de leyes fundamentales para el buen desenvolvimiento de las actividades comerciales. Alcanzó a ver publicado el texto aprobado por la Comisión designada al efecto, pero no tuvo en cambio la alegría de presenciar la presentación de las partes principales de esta obra a las Cámaras Legislativas. Sin duda, entre los muchos títulos que Roberto Goldschmidt tiene al reconocimiento de Venezuela, su participación en esta obra de grandes proporciones debe figurar en lugar destacado.

Puede descansar en paz Roberto Goldschmidt. Su obra será siempre testimonio de una vida útil, consagrada íntegramente al Derecho. Su vida, una lección de perseverancia, de dignidad y de amor por la libertad y por la justicia.

La Universidad Católica Andrés Bello, cuya Facultad de Derecho se honra de haber contado a Roberto Goldschmidt entre los profesores fundadores de sus cursos de post-grado, se asocia a los merecidos homenajes que se han hecho a su memoria.

Caracas, abril de 1966.

EDITORIAL  
SUAREZ  
CARACAS

Revista

Consejo de Redacción:

El Decano

DR. JOSE MUCI ABRAHAM

DR. JOSE ALBERTO ZAMBRANO V.



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO

FACULTAD DE DERECHO

Apartado 422 - Caracas

Venezuela

SE SOLICITA CANJE