

La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural

Edilia De Freitas De Gouveia*

“La autonomía de la voluntad sigue siendo el resorte que mueve el derecho privado, es la expresión de la personalidad humana y no podrá, en consecuencia desaparecer jamás”.

Avelino León Hurtado

Sumario

Introducción

1. El principio de la autonomía de la voluntad. 1.1. *Noción.* 1.2. *Justificación.* 1.3. *Normas imperativas y normas dispositivas.* 1.4. *Límites.* 1.4.1. Orden público. 1.4.1.1. *Noción.* 1.4.1.2. *Caracteres.* 1.4.2. *Buenas costumbres.*

2. La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural. 2.1. *Consideraciones preliminares.* 2.2. *La intervención de la voluntad en algunas instituciones.* 2.2.1. *Atributos de la persona.* 2.2.1.1. *Nombre civil.* 2.2.1.1.1. *Determinación del nombre de pila.* 2.2.1.1.2. *Determinación del apellido.* 2.2.1.1.3. *Cambio del nombre de pila.* 2.2.1.1.4. *Cambio del apellidos.* 2.2.1.1.5. *Seudónimo.* 2.2.1.2. *Sede jurídica.* 2.2.1.2.1. *Domicilio.*

* **Universidad Central de Venezuela,** Abogada, Especialista en Derecho Procesal, profesora Asistente Pre-Grado en la Cátedra de *Derecho Civil I Personas*, ha dictado también *Derecho Civil IV “Derecho de Familia y Sucesiones”*, profesora Post-Grado Especialización de Derecho Mercantil en la Cátedra de Sociedades Anónimas. Libre ejercicio en: A. Suarez & Cia. (www.asuarezycia.com).

La presente investigación tuvo su origen en el trabajo de ascenso realizado para ascender a la categoría de profesora asistente (Tutora: María Candelaria Domínguez Guillén).

2.2.1.2.1.1. Domicilio de elección. 2.2.1.2.1.2. Domicilio conyugal. 2.2.1.2.2. La residencia y paradero. 2.2.1.3. Estado civil. 2.2.1.3.1. *Status civitatis*. 2.2.1.3.1.1. Nacionalidad. 2.2.1.3.1.2. Regionalidad. 2.2.1.3.1.3. La ciudadanía. 2.2.1.3.2. *Status familiae*. 2.2.1.3.2.1. Parentesco. 2.2.1.3.2.2. Matrimonio. 2.2.1.3.3. *Status personae*. 2.2.2. Inicio y fin de la personalidad. 2.2.3. Derechos de la personalidad. 2.2.3.1. Derecho a la identidad. 2.2.3.2. Derechos referidos a la integridad física o relativos al cuerpo. 2.2.3.2.1. Derecho a la vida. 2.2.3.2.2. Integridad física. 2.2.3.2.3. Disposición del cuerpo. 2.2.3.2.4. Disposición del cadáver. 2.2.3.3. Derechos referidos a la integridad Moral o psíquica. 2.2.3.3.1. Libertad. 2.2.3.3.2. El honor. 2.2.3.3.3. Vida privada e intimidad. 2.2.3.3.4. Autodeterminación informativa. 2.2.3.3.5. Imagen. 2.2.3.3.6. Voz. 2.2.4. Capacidad. 2.2.4.1. Capacidad de goce. 2.2.4.2. capacidad de obrar. 2.2.4.3. Regímenes de incapaces. 2.2.4.3.1. Patria potestad. 2.2.4.3.2. Tutela. 2.2.4.3.3. Colocación Familiar o entidad de atención. 2.2.4.3.4. Emancipación. 2.2.4.4. Procedimientos de incapacitación. 2.2.5. No presencia y ausencia. 2.2.6. Registro del Estado Civil. 2.2.7. Posesión de Estado.

Conclusión

Introducción

En la necesidad de cubrir un tópico jurídico para la elaboración del trabajo de ascenso a la categoría de Profesor Asistente nos propusimos analizar las nociones de la autonomía de la voluntad en el campo del Derecho de Personas con especial referencia a la persona humana. Lo consideramos un tema novedoso y original en lo atinente a su estudio dirigido específicamente al área de la Persona Natural, que es la persona por excelencia. A la vez el enfoque nos permitió entremezclar los interesantes institutos del orden público y la autonomía de la voluntad, paseándonos por el programa de la asignatura de Derecho Civil I, lo que constituye una suerte de repaso paralelo al estudio del

tema seleccionado. Trataremos, pues, en el presente estudio de profundizar y sistematizar la aplicación de la autonomía de la voluntad o, más precisamente, la intervención de la voluntad específicamente en las figuras jurídicas de los atributos de la persona, inicio y fin de la personalidad, derechos de la personalidad, capacidad, no presencia y ausencia, Registro del Estado Civil y posesión de estado. Sin dejar de mencionar de antemano que la autonomía de la voluntad es en principio unas de las nociones más importantes dentro del Derecho Civil, inspirado bajo la idea de libertad de la persona dentro del Derecho Privado.

Veremos como la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 6 del Código Civil (CC) puede encontrar una ligera aplicación en los temas anteriormente mencionados. Al efecto, no debemos obviar los límites formales y sustantivos que imponen las normas jurídicas en este sentido, a saber que aquellas disposiciones en que este interesado el orden público y las buenas costumbres no pueden ser relajadas o modificadas por convenios particulares.

Por otro lado, deben considerarse las afirmaciones de nuestra doctrina de Derecho Civil, al expresar que, en el ámbito del derecho privado patrimonial, prevalece en principio la autonomía de la voluntad; en consecuencia, los particulares pueden libremente crear, modificar, reglar, transmitir y extinguir sus relaciones jurídicas. Pero en el derecho extrapatrimonial, a saber, en el área de familia y personas, tal principio cede por estar impregnadas sus normas de la noción de orden público. Cabría preguntarnos para el desarrollo de nuestra investigación: ¿La autonomía de la voluntad actúa específicamente en el derecho civil de carácter patrimonial?, ¿es que acaso la materia sobre los atributos de la persona, las nociones del inicio y fin de la personalidad, los derechos de la personalidad, la capacidad, la no presencia y ausencia, Registro del Estado Civil y posesión de estado no muestra evidencia o injerencia alguna de la voluntad o están enteramente impregnadas de la noción de orden público? Estas y otras interrogantes serán analizadas en nuestra investigación.

Para tal efecto, tocaremos así los temas más relevantes de la asignatura de Derecho Civil I Personas, según el programa de la Facultad. De allí que la investigación nos resulte interesante en el ámbito académico así como a nivel práctico, la intervención de la voluntad en materia de personas.

Para la elaboración del presente estudio, dirigimos nuestra atención no sólo a la Doctrina de Derecho Civil nacional y extranjera, sino también a la de Introducción al Derecho, para profundizar la autonomía de la voluntad y trasladarla al mundo del Derecho de Personas. Vale referir, igualmente, su búsqueda a nivel jurisprudencial, así como decisiones de nuestro Máximo Tribunal y Tribunales de Instancias. Tal información será sistematizada y analizada según el esquema que presentaremos.

Nuestra investigación será enfocada en dos capítulos: el primero de ellos toca el principio de la autonomía de la voluntad y sus límites; y el segundo capítulo se refiere a la participación de la autonomía de la voluntad en materia de personas, exclusivamente en lo atinente a los temas más relevantes del programa de la asignatura: los atributos de la persona, inicio y fin de la personalidad, los derechos de la personalidad y la capacidad, no presencia y ausencia, Registro del Estado Civil y posesión de estado. Examinaremos como entrelazar dos importantes instituciones del derecho, la autonomía de la voluntad con el Derecho de la Persona, concretamente a la persona natural o humana.

1. El principio de la autonomía de la voluntad

1.1. *Noción*

El Derecho Civil pertenece al Derecho Privado, el cual regula intereses particulares y, como expresa Bonet, el principio que tradicionalmente informa al sistema del Derecho Privado es el de “autonomía de la voluntad”, que deja libre iniciativa a los particulares para ordenar y regular sus relaciones jurídicas, del modo que mejor le convenga¹. Esa posibilidad de permitir a los sujetos de

¹ Bonet Ramón, Francisco: **Derecho Civil. Introducción y Parte General**. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Barcelona. 1948, T. I, p. 228. La autonomía de la voluntad parte de dos postulados, a saber, la igualdad jurídica de las partes y la libertad jurídica de ellas. (Spota, Alberto G.: **Instituciones de Derecho Civil. Contratos**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2º edic., 1978, p. 20). Véase también sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional (TSJ/SConst), sent. N° 85, 24-01-2002. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>, sobre el caso de los “créditos indexados”.

derecho regular sus propias relaciones jurídicas, en la medida que la ley lo permita es denominada “autonomía de la voluntad”.

La expresión “autonomía de la voluntad” es propulsada por Weiss, que la utiliza en “*Traité El metarie de Droit Internacional Privé*”, en 1886. Anteriormente los autores empleaban la expresión “autonomía de las partes”, “autonomía del hombre”, “autonomía de los contratantes”, que son similares o sinónimos². Y aparece la misma en la doctrina civilista recién con Works, en 1891 y con Géný, en 1899³.

Etimológicamente, la palabra “autonomía” deriva de: “*autos*” “*nomos*”, significa aquel que se da a sí mismo la propia Ley; que es fuente y fundamento de su Derecho⁴. No existe ninguna disposición legal en nuestro ordenamiento jurídico que ofrezca una definición a la noción de autonomía de la voluntad. Ello responde la necesidad de acudir a la doctrina civilista y a la Teoría General del Derecho para permitirnos concretar el contenido y alcance de su concepto. La manifestación por excelencia de la autonomía de la voluntad en casi todos los ordenamientos jurídicos se produce en el negocio jurídico o acto jurídico, en el que los sujetos de derecho crean, modifican y extinguen sus relaciones jurídicas. “La noción jurídica de autonomía de la voluntad es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX. Enraizada en el individualismo jurídico, la autonomía de la voluntad encuentra sus fundamentos en las obras de Grocio, Puffendorf, Kant y Wolf”⁵.

² Feldstein De Cárdenas, Sara L. **Contratos internacionales. Contratos celebrados por Ordenador Autonomía de la Voluntad Lex Mercatoria**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 57.

³ *Ibid.*, p. 58. Cita la autora al respecto el libro de Works, R., **De la voluntad unilateral considerada como fuente de las obligaciones**, París, 1891, y del Géný, G., **Métodos de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo**, 1ra. ed., París, 1899.

⁴ Bonet, *ob. cit.*, p. 228. La expresión “autonomía” designa el poder de gobernarse por sus propias leyes (Feldstein De Cárdenas, *ob. cit.*, p. 63).

⁵ Solari y Rouhette citados en Madrid Martínez, Claudia: “La limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados”. En: **Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. Colección de Libros Homenaje, N° 14. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, T. I, p. 792.

Una de las conquistas irrenunciables de la civilización es la autonomía de la voluntad, esto es, el poder que, dentro de los límites previstos por las leyes, tiene cada hombre de ser, obrar y de abstenerse, para obtener algo que entra en la escena de su interés⁶. La autonomía privada es el poder atribuido por la ley a los particulares para crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses⁷. Si bien los particulares pueden autorregularse, manejar sus intereses a su conveniencia, recordemos las palabras de Gullón al citar a Cariota Ferrara, al expresar que uno de los límites más acusados de la autonomía de la voluntad consiste en que el particular no puede crear el instrumento para la regulación jurídica de sus propios intereses, sino que debe utilizar el que el ordenamiento reconoce y tal como le reconoce⁸. La autonomía de la voluntad está previamente delimitada por el Legislador, y su estudio se aprecia en diversas materias del Derecho Privado⁹.

⁶ Reale, Miguel: **Introducción al Derecho**, Madrid: Edit. Pirámide S.A., 9 ed, 1989, p. 137.

⁷ Ferri, Luigi: **La autonomía privada**, Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1969, Trad. Luis Sancho Mendizábal, p. 42. Agrega este autor que la autonomía privada, es el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad, y no del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho (Ibíd., p. 43). Observamos que la autonomía privada reposa, para Ferri, en la noción de poder, y entiende este poder jurídico, como la posibilidad de crear normas jurídicas de las que después se derivan deberes y libertades; esto es, derechos subjetivos (Ibíd., p. 41).

⁸ Ibíd., p. 17. Como ejemplo señala el autor que las partes no pueden utilizar el esquema de la donación para comprar y vender (si ésta es su voluntad), ni el de compraventa para realizar una donación, porque es la norma jurídica la encargada de calificar el hecho de las partes teniendo en cuenta, desde luego, su voluntad o propósito (ídem).

⁹ Como se evidencia en los siguientes trabajos: José A. Giral Pimentel: "La teoría de la vinculación. El régimen de la ley aplicable al contrato de ausencia de la autonomía de la voluntad". En: **La Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998. Antecedentes, Comentarios**. Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Arangure. Colección de Libros Homenaje, N° 1. Caracas, TSJ, 2001, T. II, pp. 287-295, versión corregida de la publicada en **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**. UCV, N° 117, Caracas, 2000, pp. 15-26; Giral Pimentel, José A: "Autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado aplicable al pagaré". En: **Ensayos de Derecho Mercantil. Libro Homenaje a Jorge Enrique Núñez**. Colección de Libros Homenaje, N° 15. Caracas, TSJ, 2004, pp. 389-414; Hernández Bretón, Eugenio: "Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional". **Ensayo de Derecho Internacional Privado**. Caracas, UCV, 1985; Alonso

El Derecho Privado parte de dos premisas: la igualdad y la libertad jurídica de las partes y, como aprecia García Amigo, el Derecho Privado está regido por el principio de la autonomía de la voluntad en sentido más amplio, habría que decir la libertad jurídica¹⁰. Esa libertad de autorregulación de los particulares de sus intereses se observa esencialmente en materia patrimonial —aunque se reconoce en cierta medida en materia extrapatrimonial— y se desarrolla fundamentalmente en materia contractual. Es decir, tal posibilidad de los particulares de crear, modificar y extinguir sus relaciones jurídicas es sinónimo de regulación de sus propios intereses; y se advierte, en primer orden, en materia consensual, donde la autonomía de la voluntad juega un papel importante. Indica Mélich Orsini que ya en el Código Civil de Napoleón se entiende al contrato como un acuerdo de voluntades y comienza hablarse del dogma de la autonomía de la voluntad¹¹. La creación de la materia contractual juega gran

García, Manuel: **La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo**, Barcelona (España): Bosch, 1958; Bayón Chacón, Gaspar: **La autonomía de la voluntad en el Derecho de Trabajo**. Madrid: Edit. Lecnos S.A.

¹⁰ García Amigo, Manuel: **Instituciones del Derecho Civil**, Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., 1979, p. 205.

¹¹ Melich Orsini, José: **Doctrina General del Contrato**, Caracas. Madrid: Edit. Jurídica Venezolana, Marcial Pons, 3º ed., 1997, p. 37. En el derecho venezolano, la materia contractual se encuentra regulado en el artículo 1133 del Código Civil “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”. Y esa manifestación de voluntad será obligatoria entre los sujetos que la crearon, como lo señala el artículo 1159 *ejusdem*: “Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por causa autorizada por la Ley”. Advierte Enrique Lalaguna Domínguez que la expresión “fuerza de ley” que utiliza el CC para atribuir cierto valor normativo al contrato ha sido objeto de diversas interpretaciones. La primera interpretación es la que consagra el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como un poder normativo de valor semejante a la ley en el ámbito de intereses regulado por el contrato. La segunda interpretación, el reconocimiento del valor normativo del contrato con “fuerza de ley” no supone una consagración del principio de la autonomía de la voluntad, ya que el contrato goza de valor normativo porque la ley se lo confiere. (Lalaguna Domínguez, Enrique: **Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos**. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A. 1978, pp. 17-18). Indica Chacón que “la autonomía de la voluntad aparece frecuentemente en materia que regula los contratos. Igualmente se manifiesta en la normativa de ciertos derechos individuales

importancia en la autonomía de la voluntad. Pero nos atrevemos a expresar que la autonomía de la voluntad actúa en cualquier acto jurídico, noción más amplia que la contractual o negocio jurídico¹². Pues el negocio jurídico constituye un género del acto jurídico. Al respecto advierte Reale, que el negocio jurídico es un tipo de acto jurídico que no sólo se origina por un acto de voluntad, sino que requiere una declaración expresa de voluntad creadora de una relación jurídica¹³.

Queremos advertir que este principio —autonomía de la voluntad— del Derecho Civil al permitir a los sujetos ejecutar actos jurídicos o negocios jurídicos es reconocido tanto en el campo extrapatrimonial (familia-personas) —afirmación que trataremos de explicar en esta investigación en el ámbito del derecho de la persona natural— como patrimonial, sin desconocer una

tales como la libertad de industria y comercio, el derecho de propiedad, la libertad de cultos, de enseñanza, etc.” (Chacón, Domingo: **Leyes de orden público y de buenas costumbres**. Caracas: Edit. Lithobinder, C.A., 2004, p. 16).

- ¹² Señala León Hurtado que la autonomía de la voluntad se refiere a cualquier acto jurídico y, por consiguiente, es un principio más amplio que el de la libertad contractual. León Hurtado, Avelino: **La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos**. Santiago de Chile: Edit. Jurídica de Chile. 1952. Vol. xxvii, pp. 67-68.
- ¹³ Reale, ob. cit., p. 168. Lacruz Berdejo, distingue también entre acto jurídico y negocio jurídico; en el primero, los efectos jurídicos se producen independientemente si lo persigue el sujeto; en el negocio jurídico los efectos del mismo dependerá si lo quiero no el sujeto (Lacruz Berdejo, José Luis y otros: **Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil**. Barcelona: José María Bosch editor S.A., 1990, Vol. III, pp. 134-135). Igualmente, indica Cancino que “el particular actúa su autonomía privada mediante el otorgamiento de actos y negocios jurídicos, cuyos efectos se darán *ex lege*, si de actos se tratan, o *ex voluntate*, si negocio se refiere” (Cancino, Francisco: **Estudios de Derecho Privado**, Bogotá: Edit. Temis, 1979, p. 35). Manifiesta Torres Vásquez que “en la realidad práctica unas veces se hable de negocio jurídico, especialmente para referirse a los actos de naturaleza patrimonial, y otras de acto jurídico para designar especialmente a los actos familiares. En general, es más apropiado hablar de acto jurídico que de negocio jurídico para referirse a todo tipo de acto, sea patrimonial o familiar” (Torres Vásquez, Aníbal: **Acto jurídico**. Perú: Edit. San Marcos, 1998, p. 52). A su vez, expresa este último autor, que la doctrina no hay acuerdo sobre si denominar acto o negocio jurídico a la manifestación de voluntad con fin inmediato de producir efectos jurídicos (idem).

mayor injerencia de la voluntad en este último, debido a las características propias de sus normas.

La manifestación de voluntad para constituir, modificar y extinguir relaciones jurídicas, materializada en un acto jurídico o negocio jurídico implica el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad. Betti define a la autonomía de la voluntad como la actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas; relaciones que ya están disciplinadas, por normas jurídicas existentes¹⁴. Es un principio del derecho privado permitir a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones¹⁵.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene como concepción o regla fundamental la libertad de los particulares de autorregularse, manejar sus intereses a su conveniencia. Pues el ordenamiento valora la libertad del sujeto y deja a la autonomía de su voluntad el ejercicio de los derechos subjetivos que le concede¹⁶. Como señala León Hurtado, el principio de la autonomía de la voluntad es llamado también la libertad jurídica¹⁷. La posibilidad de establecer

¹⁴ Betti, Emilio: **Teoría general del negocio**, Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 46 y 47.

¹⁵ León Hurtado, ob. cit., pp. 67-68. Para Ludovico Barassi, es la facultad concedida al individuo de regular por sí sus propios asuntos (Barassi, Ludovico: **Instituciones de Derecho Civil**. Barcelona (España): Editor José Bosch, 1955, Vol. I. Traducido por Ramón García de Haro *et al.*, p. 171). La autonomía es poder para autorregular el interés privado y la cumple el particular mediante la creación de normas (Cancino, ob. cit., p. 29). Entiende Gullón Ballesteros que, mediante la autonomía privada, se desplazan las normas de derecho dispositivo, normas estatales que ceden ante las normas creadas por los particulares para la regulación de sus intereses (Gullón Ballesteros, Antonio: **Curso de Derecho Civil**—El negocio jurídico—. Madrid: Edit. Tecnos, 1969, p. 16).

¹⁶ Iturriaga Romero, José: **La representación en el Derecho Privado**, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marco, 1974, p. 18.

¹⁷ León Hurtado, ob. cit., p. 67. El principio de la autonomía de la voluntad domina nuestro derecho y le imprime un sentido esencialmente liberal (Josserand, Louis: **Derecho Civil, Teorías generales del Derecho y de los Derechos. Las Personas**. Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1952, T. I. Vol. I, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, p. 130).

sus propias relaciones jurídicas deriva de la noción de libertad que posee toda persona. Esa esencia de la noción de libertad jurídica la podemos derivar en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV): “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”¹⁸.

Cancino indica que no se concibe el ejercicio de la autonomía de la voluntad por los particulares, sino en la estructura de una libertad decisoria reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico. Allí donde el hombre no sea libre en el sentido político y filosófico del término, mal puede pensarse en que el Estado le atribuya esa función autorreguladora de sus intereses privados, que es lo que en esencia constituye la autonomía privada¹⁹. La regulación legal y la autonomía de la voluntad no constituyen dos sistemas opuestos, sino complementarios siempre presente y conjuntamente en acción en cualquier momento histórico de cualquier país determinado²⁰.

Domínguez Guillén, al respecto, expresa que “la libertad se manifiesta en el ámbito del derecho privado en múltiples circunstancias, pero básicamente se aprecia en forma clara en el ámbito de negociaciones jurídicas que reflejan la plena autonomía del sujeto”²¹. Luego agrega la autora que “la autonomía de la voluntad es una típica manifestación de la libertad dentro de la esfera del derecho privado”²².

¹⁸ Sin embargo, otros señalan que el referido artículo 20 consagran un principio. Véase al respecto a Domínguez Guillén, María Candelaria: “Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)”. En: *Revista de Tribunal Supremo de Justicia*, N° 13, Caracas: TSJ, 2004, pp. 20-28.

¹⁹ Cancino, ob. cit., p. 22.

²⁰ Bayón Chacón, ob. cit., p. 13.

²¹ Domínguez Guillén, María Candelaria: “Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 7, Caracas, 2001, p.189.

²² Ídem.

Fernando Cancino, al citar a Luigi Ferri, resalta que la autonomía, en sentido amplio, es “la libertad natural de determinarse de un modo u otro; y cuando esa autonomía en sentido amplio —libertad— trasciende la órbita jurídica de las relaciones particulares, toma la denominación de autonomía privada²³.”

Todas las nociones aportadas por la doctrina sobre el principio de la autonomía de la voluntad, parten de que el Derecho Privado y la autonomía de la voluntad son dos sistemas complementarios y su presupuesto es la libertad. Libertad que posee toda persona en establecer sus propias relaciones jurídicas y, más ampliamente, su situación jurídica dentro de los límites del orden legal; y ello se aprecia en múltiples instituciones de Derecho Civil, como los diversos negocios jurídicos o actos jurídicos, a saber: el contrato, el testamento, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de la filiación extramatrimonial o cualquier otra manifestación de voluntad. Como indicara Iturriaga, el ordenamiento jurídico valora la libertad del sujeto y deja a la autonomía de su voluntad el ejercicio de los derechos subjetivos que le concede²⁴. El ordenamiento jurídico reconoce y admite el poder autónomo del particular, pero esa autonomía está concebida como un poder de autorregulación para satisfacer sus propios fines en concreto, siempre y cuando estos no pugnen con los mandatos de la ley, el orden público o las buenas costumbres²⁵.

1.2. *Justificación*

Consideramos que, debido a las múltiples diversidades de situaciones jurídicas que tienen lugar entre las personas, el orden legal permite que éstas sean

²³ Cancino, ob. cit., p. 22. Agrega a su vez Fernando Cancino que la libertad (autonomía, en sentido amplio) es presupuesto indispensable para que obre la autonomía privada, no obstante, ambas actúan en círculos diversos, si bien necesariamente complementarios. Así, la primera le permite al hombre una genérica autodeterminación, la segunda le ofrece la posibilidad de autorregular sus intereses privados, siempre y cuando estos merezcan el reconocimiento y la tutela del ordenamiento jurídico (ídem).

²⁴ Iturriaga, ob. cit., p. 18.

²⁵ Cancino, ob. cit., pp. 30-31. Opina Delaume, citado en Feldstein De Cárdenas, que “la voluntad de los particulares, lejos de ser soberana, se detiene a cada instante al choque de leyes imperativas, la autonomía no es total; ella debe inclinarse ante la necesidad de mantener el orden social y ante el mandato del legislador, o al menos teóricamente, por las necesidades sociales y de la voluntad colectiva” (ob. cit., p. 68).

autorreguladas por los protagonistas en vista de la imposibilidad de Estado de prever cada una de ellas. Es por lo que la ley ha permitido que los particulares regulen de cierta forma sus propias relaciones legales²⁶. El verdadero valor de la autonomía privada no está en sí misma, sino considerándola dentro de la vida de relación, como hecho social²⁷. Un ordenamiento jurídico que crece y evoluciona se traduce en otorgarles herramientas a sus destinatarios y una de ellas es permitirles autorregular sus intereses. Intereses que sean dignos de su reconocimiento y protección.

Es común la afirmación que, ciertamente, el principio de la autonomía de la voluntad encuentra explicación o norte en el ámbito del Derecho Privado, y esa posibilidad de autorregulación se percibe ampliamente en el sector patrimonial. Como acertadamente señala Chacón, una de las características del Derecho Privado es su apreciación pecuniaria, es decir, tiene un carácter patrimonial y, en consecuencia, los acuerdos sobre intereses económicos no tienen en principio limitación, es el propio particular que fija las condiciones más convenientes para el incremento de su patrimonio²⁸. En efecto, el principio de la autonomía de la voluntad tiene mayor injerencia en el ámbito patrimonial del Derecho Privado, pero no es menos cierto que se observan determinadas restricciones a los intereses pecuniarios de los particulares, aun en dicha materia. Tal es el caso de que: se prohíbe el pacto comisorio²⁹; límite a los intereses

²⁶ Al respecto, señala Francisco Cancino, que la autonomía privada se nos impone como una necesidad de la vida social, en orden a la satisfacción de los requerimientos del tráfico jurídico particular, que el ordenamiento jurídico, por obvias limitaciones, no puede de antemano establecer ni *ex post ipso* resolver (ob. cit., p. 24). Todo ordenamiento jurídico es dinámico, es decir, un ordenamiento en continua evolución, y el poder jurídico es el instrumento por medio del cual el derecho mismo autoriza y regula su propio desarrollo (Ferri, ob. cit., p. 241).

²⁷ Iturriaga, ob. cit., p. 18.

²⁸ Chacón, ob. cit., p. 73.

²⁹ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Diccionario de Derecho Civil**. Caracas: Panapo, 2009, p. 122: “Acuerdo en virtud del cual acreedor y deudor convienen que en caso de incumplimiento de la obligación, el primero hace suya la propiedad de la cosa dada en garantía o seguridad de su crédito. El mismo está prohibido en materia de prenda, hipoteca y anticresis, de allí que se indique respecto de tales la prohibición de pacto comisorio, es decir, el acreedor hipotecario o prendario no adquiere directamente

(artículo 1746 CC); rechazo a cláusula abusiva o leonina³⁰; la limitación a los créditos indexados³¹; la materia hipotecaria de vivienda³²; de arrendamiento³³; créditos habitacionales³⁴; indemnización por daño y perjuicios en la resolución de los contratos de ventas a plazos, como lo prevé los artículos 36 de la Ley de Propiedad Horizontal³⁵; 17 de la Ley de Venta de Parcela³⁶; 14 de

la propiedad del bien aunque así se hubiere pactado expresamente. Así como tampoco puede disponer o vender la misma directamente para cobrarse del producto. Tales acreedores precisan hacer valer su derecho judicialmente para satisfacer su acreencia. Con ello se pretende evitar el enriquecimiento del acreedor pues generalmente la garantía supera el valor de la obligación garantizada”.

- ³⁰ Véase sobre contrato leonino, CSJ/SPA, sent. 7-7-94, Jurisprudencia Ramírez & Garay (JRG), T. 131, pp. 615-617. Se suelen rechazar las cláusulas abusivas (pecuniarias) que rompen el principio de equilibrio que rige las prestaciones contractuales. Véase también: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: “Cláusulas abusivas”. En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI**. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 257-341.
- ³¹ TSJ/SConst, Sent, N° 85, 24-01-2002. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>. Véase sobre tal sentencia: Madrid Martínez. “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados...”, pp. 757-814.
- ³² **Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda**, publicada GO N° 38.100 de fecha 03-01-2005, obsérvese lo previsto en el artículo 7: “Las disposiciones de esta Ley son de orden público y, en consecuencia, serán nulos cualquier acuerdo, transacción, convenio, pacto o acto de autocomposición procesal, con los cuales se pretenda alterar, disminuir o evadir los efectos o beneficios en ella contenidos”; declara de orden público todo lo referente a las hipotecas sobre crédito de vivienda, considerando el derecho a la vivienda un derecho social digno de protección.
- ³³ *Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda*, GO N° 6.053, del 12-11-2011, artículo 2: “La presente Ley es de carácter estratégico, en el marco de la garantía integral y efectiva del derecho a la vivienda adecuada y un hábitat digno, y se declara de interés público general, social y colectivo toda la materia relacionada con los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda, pensión, habitación o residencia...”.
- ³⁴ Véase, *Ley de Subsistema de Viviendas y Políticas Habitacional*, N° 37.066 del 30-10-2002 GO, “Artículo 5. Se declara de utilidad pública e interés social las actividades inherentes a la asistencia habitacional”.
- ³⁵ Artículo 36 de la *Ley de Propiedad Horizontal*: “Resuelto el contrato de venta de apartamento a plazo por cualquier causa que sea, el vendedor tiene derecho a una justa

la Ley sobre Venta con Reserva de Dominio³⁷ y 1260 del Código Civil³⁸, estas normas otorgan la posibilidad del Juez de disminuir esa indemnización cuando lo considere conveniente, de acuerdo al principio de equidad³⁹. Y así, la doctrina

compensación por el uso del apartamento, equivalente al monto del interés legal sobre el precio fijado por las partes en el contrato resuelto, además de los daños y perjuicios si hubiere lugar a ello. Si se ha convenido que las cuotas pagadas queden a beneficio del vendedor a título de indemnización, el Juez según las circunstancias podrá reducir la indemnización convenida si el comprador ha pagado ya más de una cuarta parte del precio total del apartamento”.

³⁶ Artículo 17 de la Ley de Venta de Parcela: “Resuelto el contrato de ventas de parcelas a plazo por cualquier causa que sea, si se ha convenido que las cuotas pagadas o determinado porcentaje de éstas queden a beneficio del vendedor, a título de indemnización, el Juez, según las circunstancias, podrá reducir la indemnización convenidas si el comprador ha pagado ya más de una cuarta parte del precio total”.

³⁷ Artículo 14 de la Ley sobre Venta con Reserva de Dominio: “Si la resolución del contrato de venta con reserva de dominio ocurre por el incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir las cuotas recibidas, salvo el derecho de una justa compensación por el uso de las cosas, además de los daños y perjuicios si hubiere lugar a ello. Si se ha convenido que las cuotas pagadas queden a beneficio del vendedor a título de indemnización, el Juez, según las circunstancias, sólo cuando se hayan pagado cuotas que excedan de la cuarta parte del precio total de las cosas vendidas, podrá reducir la indemnización convenida”.

³⁸ Artículo 1260 del CC: “La pena puede disminuirse por la Autoridad Judicial cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte”.

³⁹ Estas disposiciones legales están dirigidas como orientadoras para los jueces que deberán considerarlas conjuntamente con los principios que regulan la materia contractual, a saber la buena fe y la equidad. (De Freitas De Gouveia, Edilia: “¿Cómo interpretar la posibilidad del Juez de disminuir la indemnización prevista en los artículos: 36 LPH, 16 LVP; 14 LVRD y 1.260 CCV, dentro del principio dispositivo que rige nuestro proceso y el artículo 12 del CPC?”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 5, Caracas, 2002, p. 339). Se trata de una simple facultad que no puede transformarse en un imperativo para el Juez, a cuyo prudente arbitrio queda hacer o no uso de ella, para lo cual debe tener presente la voluntad de los contratantes; de modo que tal facultad se inspira en una razón de equidad, ya que la obligación ha sido ejecutada en parte. (Ramírez, Florencio: **Anotaciones de Derecho Civil**. Mérida: Dirección de Cultura de la ULA. 1954. T. II, p. 429). Señala Reale, que carece de eficacia la cláusula que priva al magistrado de una facultad que le confiere la ley, pues es él el destinatario de una disposición que tiene por finalidad impedir que el más fuerte obtenga provecho ilícito de las deficiencias económicas de quien contrató con él.

cita diversas leyes especiales en materia patrimonial en las que el Estado establece un control *a priori* sobre la libertad contractual calificándolas de orden público, tales como la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Ley sobre Contrato de Seguros, Ley de Instituciones del Sector Bancario, Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás tarjetas de Financiamientos o Pago Electrónico, Ley Orgánica del Trabajo, etc.⁴⁰. En materia de tarjetas de crédito, la Sala Constitucional hizo un interesante pronunciamiento a propósito de la materias que nos ocupa en sentencia N° 1419 del 10-7-2007⁴¹.

Podría decirse que sólo “en principio” lo patrimonial no tiene limitación porque igualmente las condiciones o cláusulas que rompen el equilibrio de las prestaciones o aquellas que intensifica la desigualdad de las partes —los débiles jurídicamente— serían improcedentes. En cambio, cuando se está frente a una materia no pecuniaria sin valoración económica, como lo es en el Derecho Extrapatrimonial⁴² —familia y personas—, tal principio pareciera que no cede a la idea de la autonomía de la voluntad, por estar sujetas sus normas a la noción de orden público. Esto es debido que al Estado le interesa tutelar por el bien de la colectividad cierto sector del derecho privado de carácter extrapatrimonial, por considerar que el cumplimiento o preservación de ciertas instituciones es vital o fundamental para la sociedad. Generalmente, existe una intervención del Estado en materia de normas extrapatrimoniales del Derecho Privado, cuando las mismas se asocian a la noción de orden público, elemento limitante de la autonomía de la voluntad.

Así lo exige el principio de equilibrio que debe regir las prestaciones y contraprestaciones contractuales según el imperativo de la justicia social (Reale, ob. cit., p. 93).

⁴⁰ Véase: Madrid Martínez, Claudia: *La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo*, pp. 15 y ss, www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf

⁴¹ Véase comentarios de Madrid Martínez en: *Ibíd.*, pp. 26-28.

⁴² Cabe advertir que, las relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial, si bien no tienen un carácter pecuniario, pueden surgir efectos patrimoniales. Véase en este sentido: Domínguez Guillén, María Candelaria: “La Persona: Ideas sobre su noción jurídica”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*. N° 4, Caracas, 2002, p. 326.

Ha expresado la doctrina que la distinción entre relaciones jurídicas de carácter patrimonial o relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial, en el Derecho Privado, no nos permite un marco de referencia para la actuación del principio de la autonomía de la voluntad⁴³. Dentro del ordenamiento jurídico existen normas de carácter extrapatrimonial en las cuales se permiten acuerdos o convenios de los particulares referentes a esa materia y, por el otro lado, existen normas netamente de contenido patrimonial que no pueden ser relacionadas por las partes. Se aprecia así que el Derecho Privado está vinculado por el principio de la autonomía de la voluntad, que surge para regular las relaciones jurídicas entre los sujetos, independientemente de la materia. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, pues el Estado interviene para reducirla en salvaguarda del interés social.

Esa intervención del Estado en las convenciones de los particulares tiene sentido para limitar la autonomía de voluntad, en aras de un equilibrio jurídico bien sea económico, intelectual o psicológico. De lo contrario, la autonomía de la voluntad no sería más que una ilusión destruida por la realidad, como lo afirma Chacón⁴⁴.

Si bien el Derecho Privado existe en función de los particulares, nadie mejor que éstos para determinar los efectos y consecuencias de las relaciones jurídicas que mantengan entre sí. Pero esa libertad no puede ser ilimitada, de allí que la ley fije restricciones a la misma en beneficio de la coexistencia y de los intereses comunes⁴⁵. Una manifestación de la libertad en forma plena puede derivar en arbitrariedades, caos e injusticias, y el ordenamiento jurídico no

⁴³ Véase: Maduro Luyando, Eloy: **Curso de obligaciones**. Caracas: UCAB. 7° ed, 1989, pp. 434-435.

⁴⁴ Chacón, ob. cit., p. 24. Pues en la mayoría de los casos una parte debe someterse a las condiciones que presenta la otra parte, convirtiéndose los contratos consensuales en contratos de adhesión (ídem).

⁴⁵ Valverde Valverde, Calixto: **Tratado de Derecho civil español**. Valladolid: Talleres Tipográficos "Cuesta", 4° edic., 1935, T. I. Parte General, p. 98. Véase también: Agliano, Humberto: **Principios de Derecho Civil**. Buenos Aires: Ediciones de Ciencias Económicas S.R.L. s/f. pp. 11 y 135.

puede ser ajeno ante estas situaciones, pues es necesario mantener el equilibrio y el orden social.

1.3. *Normas imperativas y normas dispositivas*

Hemos mencionado en varias ocasiones que el principio de la autonomía de la voluntad tiene relevancia en el Derecho Privado, por cuanto las relaciones jurídicas derivadas de él son de orden particular. El Derecho Privado no sólo está integrado por leyes dispositivas, sino que también está conformado por normas imperativas o taxativas que imponen a los sujetos su cabal cumplimiento en forma inderogable⁴⁶. La autonomía de la voluntad se presenta fundamentalmente en el Derecho Civil patrimonial; sin embargo, el Derecho de la Persona que se ubica en el Derecho Privado extrapatrimonial puede verse incidentalmente afectado por la voluntad. Veremos que ciertas instituciones del Derecho de la Persona al igual que el Derecho de Familia son dominadas por el interés superior o público y eso limita el ámbito de la autonomía de la voluntad, pues el Derecho Civil extrapatrimonial (personas- familia) está cargado de normas imperativas.

El principio de la autonomía de la voluntad no encuentra asidero dentro de la materia donde esté presente el orden público y las buenas costumbres, así lo dispone el artículo 6 del Código Civil, que prevé:

Artículo 6: No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres⁴⁷.

⁴⁶ Al respecto señala José Puig Brutau, “...en la actualidad se comprende claramente que el Derecho privado no está exclusivamente integrado por normas de Derecho dispositivo, sino que también comprende numerosas normas que se imponen a los particulares de manera obligatoria e inderogable [...] no significa que nos encontramos con normas de Derecho público, sino de Derecho privado, aunque se trate de reglas imperativas”: (Puig Brutau, José: **Compendio de Derecho civil español común y foral**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1987, Vol. I, p. 14).

⁴⁷ El artículo 6 del Código actual (1982) es igual al artículo 6 de los Códigos Civiles de 1922 y 1942, la norma fue inspirada en el artículo 6 del Código Civil francés: “*On ne*

La doctrina nacional indica que el artículo 6 del Código Civil distingue dos especies o categorías de normas: las taxativas o imperativas y las normas dispositivas o permisivas, las primeras simbolizan el *ius cogens* y la segundas al *ius voluntarium*. Las normas imperativas son de carácter absoluto, por ende *erga omnes* y de cumplimiento obligatorio; las normas dispositivas quedan en manos de los particulares para regular sus relaciones jurídicas sin más limite que el orden público y las buenas costumbres⁴⁸.

peut déroger, par des conventions particulieres, aux lois qui intéressent l ordre public et le bonnes moeurs” y el artículo 11 del Proyecto del Código Civil para España de Florencio García Goyena: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”. El artículo 6 del Código Civil sufrió varias modificaciones a través de los diferentes códigos civiles de Venezuela: Código Civil 1862 (artículo 13, Título Preliminar de la Ley Primera: “No pueden relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”; 1867 (artículo 12, se mantuvo igual); 1873 (artículo 4: “La renuncia de las leyes en general no surte efecto. Tampoco pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres”); 1896 (artículo 4, igual); 1904 (artículo 4, igual) y 1916 (artículo 7, se le agregó al contenido de la norma ya prevista en los Códigos 1873, 1896, 1904 que: “lo hecho en contra de estas leyes no surte efecto”. En el Código de 1922, se eliminó tal expresión que se había añadido al código de 1916, y se volvió a la anterior redacción en los Códigos Civiles de 1862 y 1867, y se agregó el verbo “renunciarse” al verbo “relajarse”, tal precepto quedó sancionado de la siguiente forma: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”. Disposición que ha se mantenido inalterable hasta nuestro Código actual -1982- (Código Civil de Venezuela. Artículo 1 al 18, Caracas: UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1989, pp. 297-298). Véase igualmente a: Petzold-Rodríguez, María: “La noción de orden público en el Derecho civil venezolano-doctrina y jurisprudencia”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 110, Caracas, 1998, p. 222.

⁴⁸ Aguilar Gorronzona, José Luis: **Derecho Civil I. Personas**, Caracas, UCAB, 15 ed, 2002, pp. 32-33; Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho Civil I Personas**. Caracas: Paredes Editores, Manuales Universitarios, 2011, pp. 30-31. Indica García Maynez, las normas taxativas son aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Y las normas dispositivas las que pueden dejar de aplicarse, por voluntad expresa de las partes, a una situación jurídica concreta (García Maynez, Eduardo: **Introducción al estudio del Derecho**. México:

Sin duda, el contenido del artículo 6 del Código Civil reconoce desde el punto de vista de la relación jurídica derivada de la voluntad de los particulares dos tipos de normas, a saber: las taxativas o imperativas y las normas dispositivas o permisivas. Como indica Aguilar Gorrondona, la disposición citada establece la existencia de dos clases de normas: unas en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres, las cuales no pueden ser renunciadas ni relajadas por convenios particulares, y otras las cuales pueden renunciarse y relajarse por convenios particulares, por cuanto no están interesado ni el orden público y las buenas costumbres⁴⁹.

Las normas imperativas no permiten la actuación de la voluntad de los particulares, pues se imponen ante éstos. En cambio, las normas dispositivas puede ser relajadas, derogadas, sustituidas por voluntad de los sujetos que actúan en la relación jurídica. Son normas dispositivas por cuanto los sujetos o destinatarios de las misma disponen de su contenido.

La Persona como destinataria de las normas jurídicas se abre antes dos posibilidades fijadas por el poder público —en nuestro caso por el Legislador—, a saber, unas normas que le atribuyen la más amplia libertad de regular su propias relaciones jurídicas, sus propios intereses —normas dispositivas— y, por el otro lado, normas que debe acatar independientemente de su voluntad, pues hay un interés superior al particular, que es el interés de la colectividad

Edit Porrúa SA, 31 ed. 1985, p. 94). Véase también a Reale: las normas dispositivas, son normas de conducta que dejan a los destinatarios el derecho de disponer de manera diversa de lo que en ellas se contiene. Su contenido establece una alternativa de conducta (Reale, ob. cit., p. 93). Las normas imperativas o necesarias son las que se imponen de modo absoluto a la voluntad de los particulares, y no puede ser alteradas ni sustituidas; y las normas permisivas cumple una función supletoria de la voluntad de los particulares (Puig Brutau, ob. cit., p. 6). Las normas imperativas son aquellas dentro de las cuales deben desenvolverse, sin ultrapasar sus límites, la autonomía de la voluntad (Spota, ob. cit., p. 26).

Véase también: <http://www.todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/clasificacionasleyes.htm>.

⁴⁹ Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 32-33. Véase también: Hung Vaillant, Francisco: **Derecho Civil I**, Caracas: Edit Vadell, 2 ed, 2001, p. 46.

—normas imperativas—⁵⁰. Para Valverde, esa libertad no puede ser ilimitada y la ley fija restricciones a la misma en beneficio de la coexistencia y de los intereses comunes⁵¹. Estas limitaciones necesarias e indispensables nutren a las leyes imperativas, las cuales nacen a través de dos fuentes, a saber, el orden público y las buenas costumbres⁵².

Las normas taxativas son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta ni relativamente, por ningún fin determinado que las partes se propongan alcanzar. Las dispositivas son aquellas que valen sólo en tanto en cuanto no existe una voluntad diversa de los sujetos⁵³. Algunas leyes se imponen como preceptos rigurosos sometiendo la voluntad de los particulares, y otras entran en vigor en ausencia de una declaración de la voluntad de los interesados, las primeras constituyen leyes de orden público y las segundas son supletorias⁵⁴.

Las leyes que están identificadas con la noción de orden público son las que, según nuestro ordenamiento jurídico, suelen considerarse imperativas. En cambio, las leyes que solamente regulan intereses de las personas en particular, y son renunciables, permisivas y pueden ser privadas de su efecto por los particulares en sus convenciones, y no afectan el orden público, se las llaman supletorias⁵⁵.

⁵⁰ Como expresa Reale, las diversas posiciones posibles del sujeto obligado frente a la norma, nos marcarán también diversas categorías de norma, (Reale, ob. cit., p. 91).

⁵¹ Valverde, ob. cit., p. 98.

⁵² Ídem.

⁵³ Del Vecchio, Giorgio: **Filosofía del Derecho**, Barcelona: Edit. Bosch, 9ª edic., 1980, p. 350. A su vez, menciona Del Vecchio, que las normas dispositivas pueden ser interpretativas y supletivas: La primera se presentan como aclaratoria o interpretación de una voluntad que las partes hayan expresado de modo incompleto y oscuro; y las segundas presuponen la falta o carencia de alguna declaración de voluntad (Ibid., pp. 350-351).

⁵⁴ Valverde, ob. cit., p. 97. Expresa, a su vez, este autor que la mayoría de las normas contenidas en el Código Civil son supletivas, en razón que el derecho privado se establece a favor de los particulares, y nadie mejor que ellos pueden determinar los efectos y consecuencias de las relaciones jurídicas que mantenga con los demás hombres.

⁵⁵ Cifuentes, Santos: **Elementos de Derecho Civil**. Buenos Aires: Edit. Astrea, 1988, p. 6. Indica Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga que las causas que determinan

Buena parte de la doctrina asimila las normas imperativas con la noción de orden público, como lo señala Cifuentes⁵⁶, De Cupis⁵⁷, Reale⁵⁸ y Borda⁵⁹. Por su parte, Díez-Picazo y Gullón⁶⁰, Cancino⁶¹, Petzold⁶² y Madrid⁶³ sostienen lo

al Legislador a dictar reglas imperativas son de dos especies: 1.- Asegurar el mantenimiento del orden público, es decir, del orden general necesario para el mantenimiento del equilibrio social, la moral pública y la armonía económica; 2. Proteger las personas que por su edad, sexo o condición físicas son incapaces de defender por sí mismas sus derechos (Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga: **Curso de Derecho Civil**. Santiago de Chile: Edit. Nacimiento, 1939, T. I, p. 102).

- ⁵⁶ Asimila la ley imperativa con la de orden público, pues ambas se valora su fuerza de imposición, que proviene de un interés colectivo o general, por oposición a las leyes supletorias o permisivas en las que sólo están a la vista los intereses privados o de los particulares (Cifuentes, ob. cit., p. 6).
- ⁵⁷ Se pregunta De Cupis, si no será inútil la repetición, la doble mención de normas imperativas y de orden público (De Cupis, Adriano: **Teoría y práctica del Derecho Civil**. Barcelona: Librería Bosch. 1960. Traducción Juan Martínez Valencia, p. 19). Igualmente, expresa el autor que el orden público se halla integrado por las normas que, inspirándose en razones de interés general y siendo consideradas como esenciales por la sociedad no pueden ser derogadas por los particulares. Las normas imperativas, son otras de las normas inderogables prevista de eficacia absoluta (Ibíd., p. 9).
- ⁵⁸ “Estos términos, reglas de orden público y *ius cogens*, son a nuestro modo de ver, sinónimos, y no deja de ser una filigrana mental la afirmación de que las normas de orden público son propiamente *ius cogens* en virtud de un interés superior de la sociedad o del Estado” (Reale, ob. cit., p. 92).
- ⁵⁹ El orden público es sinónimo de normas imperativas, por ello son irrenunciables, obligatorias, a diferencia de las de orden privado que son renunciables o permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras (Borda, Guillermo: **Manual de Derecho Civil. Parte General**. Buenos Aires: Edit. Perrot, 7º edic., 1974, p. 44). Además, agrega el autor, que las normas de orden público son normas imperativas, de obligatorio cumplimiento excluido de toda intervención de los particulares, solo el ordenamiento jurídico señalará cuando permite su participación (Ibíd., p. 41).
- ⁶⁰ Indican Díez-Picazo y Gullón, que existen normas en las que falta todo pronunciamiento gramatical acerca de su carácter imperativo, pero no se duda de que constituyen límites a la autonomía de la voluntad porque son de orden público [...] además no toda norma imperativa es de orden público (Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. **Insituciones de Derecho Civil**. Madrid: Edit. Tecnos, 2ª edic., 2000, Vol. I/1, p. 238).
- ⁶¹ Refiere Cancino, es vedado al particular disponer en contra de las leyes de carácter imperativo o prohibitivo, pues por lo general todas ellas tienen contenido de orden

contrario, al indicar que no son nociones afines. Indistintamente de la posesión que asumamos, consideramos que tanto las normas imperativas como el principio de orden público, tienen sin duda como punto común su inderogabilidad y su irrenunciabilidad⁶⁴ por voluntad de los particulares derivada del interés colectivo o general que los impregnan. Todo acto jurídico o negocio jurídico que lo contradigan será tachado de nulidad.

La violación de leyes imperativas conlleva como sanción la nulidad de los actos ejecutados en contra de lo establecido en dichas normas. Observamos que las distintas situaciones en que se ubica el sujeto frente al ordenamiento

público, en cuanto miran a la preservación del orden social, la convivencia, la paz (Cancino, ob. cit., p. 40).

⁶² Petzold expresa que, generalmente, la doctrina clásica otorga un tratamiento idéntico entre ambas nociones, pero que deben ser adecuadamente discernidas; generalmente, las normas imperativas consagran principios de orden público, pero no todos los preceptos imperativos tienen ese carácter. Pues las normas imperativas tienen como objetivo la protección de la persona o de la comunidad por una vía impositiva directa; las de orden público, de manera indirecta (Petzold-Rodríguez, “La noción de orden público...”, ob. cit., p. 210).

⁶³ En tal sentido, Madrid Martínez expresa que es necesario distinguir la noción de orden público con normas imperativas, con la cual frecuentemente se confunde; para lograr tal diferenciación cita a Mélich Orsini quien, según su criterio, es quien mejor lo ha logrado, observa tal autor que las normas imperativas tienen un carácter de inderogabilidad, característica que comparten con los principios protegidos por el orden público; pero las normas imperativas hacen referencia a límites explícitos impuestos a la autonomía privada, el orden público alude a un sistema unitario de valores y principios. Con ello, concluye Madrid Martínez, es al legislador a quien le corresponde calificar la norma como imperativa y el Juez es el encargado de concretizar el orden público (Madrid Martínez, Claudia: “Orden Público: Del Artículo 6 del Código Civil a Nuestros Días”. En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del Siglo XXI. En Commemoración del Bicentenario del Código Civil Francés de 1804**. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2005. p. 378).

⁶⁴ Véase al efecto: Domínguez Guillén, **Manual de Derecho Civil I Personas...**, p. 30, “La doctrina distingue en el Derecho Civil las normas taxativas o imperativas de las normas dispositivas o permisivas; las primeras son obligatorias o de orden público por lo que no rige la autonomía de la voluntad (CC, art. 6) mientras que las segundas entran en aplicación a falta de previsión de las partes, en aquellas materias de interés privado o particular, son pues subsidiarias o potestativas, ya que rigen si las partes no han dispuesto otra cosa”.

jurídico nos permite distinguir diversas categorías de normas, tales como: las imperativas y dispositivas. Como expresa Bonet, en las primeras, es cerrada la puerta a la iniciativa de los particulares; en las segundas, es abierta a la autonomía de la voluntad⁶⁵.

Cabría preguntarnos: ¿Cómo identificar en el ordenamiento jurídico cuando estamos en presencia de una norma imperativa?⁶⁶. Para ello nos orienta Moro Almaraz y Sánchez Cid al indicar que las normas imperativas se caracterizan por los términos gramaticales en que están redactadas, expresiones como “deberán”, “se tendrá que”, “ha de hacerse” y cualesquiera otras que denoten un orden o donde se observe la necesidad inexcusablemente de un determinado comportamiento, nos permite conocer que estamos en presencia de una norma imperativa⁶⁷. Por su parte, las normas dispositivas presentan en su redacción la idea de supletoriedad o carácter subsidiario; las mismas entran en juego si los particulares no disponen otra cosa⁶⁸.

⁶⁵ Bonet Ramón, Francisco: **Compendio de Derecho Civil**, Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1959, T. I, p. 103.

⁶⁶ Al respecto se pregunta Oscar Ochoa, ¿cuál es el criterio a emplear para determinar que una norma particular es imperativa o supletoria?, la cual responde: En algunos casos la ley lo dice expresamente, señalando que la norma es de aplicación obligatoria so pena de nulidad cualquier estipulación en contrario, o que su disposición es de orden público, pero ello no es común. Lo usual en el Derecho positivo es que nada se precise al respecto. Por ello corresponde a los Tribunales en la oportunidad de decidir expresarse sobre el particular sopesando el interés protegido por la norma, particular o colectivo (Ochoa E., Oscar G.: **Derecho Civil I. Personas**. Caracas: UCAB, 2006, p. 58).

⁶⁷ Moro Almaraz, María Jesús e Ignacio Sánchez Cid. **Nociones básicas de Derecho Civil**, Madrid: Edit. Tecnos, 1999, pp. 40-41.

⁶⁸ Colín y Capitant clasifican a las leyes imperativas de una parte, y las leyes supletivas o declarativas de otra. Lo mismo ocurre el derecho Civil, que tienen por objeto las relaciones de familia, el estado del individuo, la protección de los incapaces. Las disposiciones supletorias o declarativas determinan las consecuencias de los actos jurídicos en el solo caso en que las partes interesadas no las hayan previsto y regulado de manera diferente, pues el legislador supone que la voluntad del individuo se habría pronunciado en ese sentido si se hubiera manifestado, no hace más que suplir la expresión de la voluntad libre del individuo, declara esta voluntad inexpressada, pero sobreentendida. Agrega como una tercera categoría a las normas dispositivas; se refieren a situaciones en las cuales la voluntad no desempeña ningún papel, y en el caso de

A su vez, las normas taxativas suelen subdividirse en normas preceptivas y en normas prohibitivas⁶⁹ según establezcan un deber ser o impongan una prohibición, respectivamente. En tanto que las normas dispositivas se subdividen en interpretativas o supletorias⁷⁰. Las normas dispositivas interpretativas, como su nombre lo indica, sirven para interpretar la voluntad de las personas que han intervenido en un negocio jurídico; las supletorias se aplican en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes⁷¹. Como anuncia Aguilar Gorrondona, las normas interpretativas determinan el contenido de la voluntad de los particulares cuando éstos lo han expresado dudoso o incompleto. Las normas supletorias son aquellas que rigen a los particulares en aquellos supuestos no regulados por la voluntad de los mismos⁷². El contenido de las normas dispositivas supletorias establece una alternatividad de conducta, sus destinatarios pueden someterse a lo que la norma determina, o bien regular ellos mismos la relación social⁷³.

La doctrina venezolana denota como ejemplos de normas taxativas prohibitivas los artículos del Código Civil: 1481, 1482 y 1484; y como normas dispositivas interpretativas a los artículos 535 y 536 del Código Civil; como normas dispositivas supletorias a los artículos 1492, 1528 y 1529 del Código

conflicto obliga al legislador a pronunciarse a favor de aquel interés que le parezca más digno de protección. Refiere como ejemplo: a quién le pertenece la adquisición de un objeto robado, la ley se pronuncia a favor del adquirente de buena fe, es una ley dispositiva (Colín, Ambrosio y Capitant: **Curso elemental de Derecho Civil**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 2da ed., 1941, T. I, Traducido por José Castán Tobeñas, pp. 16-19).

⁶⁹ Las normas preceptivas son las que mandan hacer algo, las que establecen un *status*; las normas prohibitivas, son las que niegan la practica de ciertos actos (Reale, ob. cit., p. 94).

⁷⁰ Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 34. Véase igualmente a Delgado Ocando al indicar que la imperatividad del Derecho queda patente en las normas preceptivas y en las prohibitivas, aquellas en que el mandato de hacer o de no hacer se contiene y expresa de modo tajante e indubitado (Delgado Ocando, José Manuel: **Lecciones de introducción al Derecho**. Caracas: Edit. Vadell hermanos, 4º ed, 2001, pp. 311-312).

⁷¹ Del Vecchio citado en García Maynez, ob. cit., p. 94.

⁷² Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 33.

⁷³ Reale, ob. cit., p. 93.

Civil⁷⁴. Podríamos anunciar, además, como ejemplos de normas taxativas prohibitivas lo previsto en los artículos: 44 (se prohíbe el matrimonio con el mismo género), 46 (edad requerida para contraer matrimonio), 154 (la prohibición de disponer a título gratuito, sin el consentimiento del otro cónyuge de sus bienes propios), 297, 339, 336, 365, 367, 370, 640, 1483 (prohíbe la venta de la cosa ajena), 1650 y 1890 del Código Civil. Como normas taxativas preceptivas vale citar los artículos 137 (...Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente), 139, 181 (los cónyuges separados de bienes deben contribuir con los gastos de alimentación y educación de sus hijos), 235 (toda persona debe poseer unos apellidos y el legislador determina su orden), 282, 376, 1139 y 1810 del Código Civil; los artículos 346 y 366 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA). Como normas dispositivas supletorias, el artículo 117 (la solicitud de nulidad del matrimonio por la ausencia de los testigos requeridos o por la incompetencia del funcionario), así como: el primer párrafo del artículo 137 (La mujer casada podrá usar el apellido del marido), 141 (el legislador da la posibilidad a los contrayentes de elegir el régimen de su bienes al contraer matrimonio), 632, 807 (si los particulares no fijaron la disposición de los bienes por testamento lo determinará la ley, es decir la ley suple la voluntad de los particulares), 1126, 1434, 1583, 1646, 1652, 1653, 1676, 1737 (el deudor asume el costo de la inflación si está en mora) y 1843 del Código Civil. Normas dispositivas interpretativas, artículos 1137 y 1295 del

⁷⁴ Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 33. Véase igualmente: Domínguez Guillén. **Derecho Civil I Personas**..., pp. 30-31; Domínguez Guillén, *Alcance*..., ob. cit., p. 34. Al leer cada una de las disposiciones observamos como muestra Moro Almaraz y Sánchez Cid que los términos gramaticales en que está redactados las mismas, siempre hay una orden o un mandato la cual el sujeto debe inexorablemente observar. Véase del CC las siguientes disposiciones: artículo 1481: “Entre marido y mujer no puede haber venta de bienes”; artículo 1482: “No pueden comprar, ni aun en subasta pública, ni directamente...”; en materia de tutela, artículo 339: “No pueden obtener estos cargos...”; artículo 336: “El tutor no podrá entrar en el ejercicio de la tutela si no hay protutor...”; materia de hogar, artículo 640: “El hogar no podrá enajenarse ni gravarse sin oírse previamente a todas las personas...”; en capacidad artículo 1890: “No podrá hipotecar validamente sus bienes sino quien tenga capacidad para enajenarlos”.

Código Civil, consideramos al igual que Reale que este tipo de normas son aquellas otorgadas por la doctrina o por la jurisprudencia⁷⁵.

En el Derecho Privado comprende el orden público y orden privado, se une el primero con la imposición de normas imperativas de inderogable cumplimiento; y el segundo faculta al sujeto con sus normas dispositivas o supletorias regular sus intereses. Al individuo se le abre dos puertas normativas, unas irrenunciables de carácter obligatorio y otras renunciables y permisivas, lo cual juega un papel fundamental la voluntad del sujeto.

1.4. *Límites*

El principio de la autonomía de la voluntad no es pleno o absoluto, pues, como expresa Diez-Picazo y Gullón, la naturaleza del hombre y el respecto a la persona exige el reconocimiento de la autonomía, pero el orden social precisa que esta autonomía no sea absoluta, sino limitada⁷⁶. Por ende, debe existir un equilibrio entre la autonomía de los sujetos y los intereses sociales o el orden social de un Estado.

Advertimos que no todos los límites establecidos por las normas tienen el mismo fin, pues observamos, como señala Cancino, que unos están dirigidos a proteger intereses generales, otros particulares y aquellas normas que establece una protección en lo que respecta a la estabilidad y publicidad del acto jurídico o negocio jurídico, otras limitantes se refieren a las normas relativas a las condiciones de existencia y validez del acto o negocio jurídico⁷⁷.

⁷⁵ Reale, ob. cit., p. 96.

⁷⁶ Diez-Picazo y Gullón: ob. cit., p. 236.

⁷⁷ No todos los límites están orientados por iguales criterios protectores: una veces la limitante obedece a consideraciones protectoras del interés general, por ejemplo: las que impiden renunciar a derechos personalísimos, también las normas que prohíben la enajenación entre cónyuges, entre padre e hijo sometido a patria potestad. Otras veces la ley limita la iniciativa privada en orden a proteger el propio interés del particular, como sucede a la norma que impide al alimentario, toda forma de transmisión, venta o cesión del derecho de pedir alimento. Por último, existen limitaciones legales que tienden a proteger la estabilidad y la publicidad de los actos y negocios jurídicos entre par-

En el Código Civil se establecen varios supuestos, en los cuales la autonomía de la voluntad presenta límites: Las convenciones de los particulares no pueden dejar sin efecto las leyes cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres⁷⁸. Según indicamos *supra*, el principio de la autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento jurídico está previsto en el artículo 6 del Código Civil y permite renunciar o relajar normas en las cuales no estén presentes las nociones del orden público y las buenas costumbres.

Observamos que el artículo 6 del Código Civil, deja sin eficacia los actos realizados por los sujetos contrarios a las normas en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. La disposición en cuestión no fija la pauta para precisar que se entiende por orden público y buenas costumbres; será la doctrina y la jurisprudencia las que nos permitan acercarnos a una concepción más o menos elaborada.

Podemos afirmar que para el estudio y comprensión de la autonomía de la voluntad en el derecho venezolano, se debe acudir a las nociones de orden público y buenas costumbres. Sin embargo, no realizaremos un análisis detallado sobre la noción de orden público y buenas costumbres, pues ello escaparía del punto fundamental de nuestra investigación. No obstante, daremos ciertas nociones generales y someras antes de referirnos propiamente a la autonomía de la voluntad en el tema del derecho de la persona natural.

La noción jurídica de orden público y las buenas costumbres es poco precisa y cambiante; dependerá del escenario político, económico, social y moral en que nos ubiquemos. Es el intérprete quien debe asumir un papel cuidadoso de la época en que analiza la norma en cuestión. Los estudiosos de la materia han conseguido gran dificultad en determinar en forma concreta su contenido. Nos

ticulares. Por ejemplo: las que obligan al registro civil del matrimonio, muerte, etc. Asimismo, son limitantes las normas que se refiere a las condiciones de existencia y validez del negocio o acto jurídico; por ejemplo limitado al que no es plenamente capaz, cuando la causa es ilícita o falsa, etc. (Cancino, ob. cit., pp. 40-41).

⁷⁸ Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto: **La autonomía de la voluntad en el contrato moderno**. Buenos Aires: Edit. Abeledo-Perrot, 1989, p. 18.

atreveremos en la presente investigación a acercarnos a la noción de orden público y de buenas costumbres, según veremos a continuación.

1.4.1. Orden público

1.4.1.1. Noción

Una de las afirmaciones más nombradas en el mundo jurídico cuando se analiza la autonomía de la voluntad, es acotar que tal principio no aplica cuando esté presente el orden público y las buenas costumbres. Es innegable que donde existen normas de orden público, no pueda actuar la libertad individual, y no participa la autonomía privada; tales normas son irrenunciables e inderogables, por considerarse preceptos en los cuales se regulan instituciones en cuya observancia tiene fundamental interés el Estado y la sociedad. Pero el problema no queda allí, se traslada a determinar cuando estamos en presencia de una disposición o precepto de este tipo.

El orden público configura uno de los límites al principio de la autonomía de la voluntad. María Petzold indica, en este sentido, que son declarados ineficaces, con fundamento al artículo 6 del Código Civil, todos los actos jurídicos por los cuales se renuncie o se relaje algunos principios considerados en las leyes como base fundamental de la organización política, económica, social, moral, etc.⁷⁹. Igualmente advierte Madrid Martínez, que el orden público es un factor limitante de la autonomía de la voluntad, y la forma como está dispuesto en el artículo 6 del Código Civil, le da un tinte negativo a la institución, pues va dirigida a impedir toda clase de actos y negocios jurídicos que pudieran implicar renunciaciones, derogaciones o relajamientos de ciertas leyes consideradas como base de nuestra organización política, social, económica o moral⁸⁰. La voluntad de las partes no es absoluta e incondicionada; tiene un

⁷⁹ Petzold-Rodríguez, “La noción de orden público...”, ob. cit., p. 226.

⁸⁰ Madrid Martínez, “La limitaciones...”, ob. cit., p. 796. Véase también de la misma autora su trabajo: “Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado”. En: **Temas**

límite perfectamente definido que está previsto en el artículo 6 del Código Civil. Esto nos dice que la potestad para construir normas destinadas a regular las relaciones jurídicas entre ellas y que hemos llamado “autonomía” no debe confundirse con la idea de “soberanía”⁸¹.

El artículo 6 del Código Civil parte del principio jurídico que toda la materia concerniente al orden público escapa de la autonomía de la voluntad. Hasta los momentos tenemos el conocimiento que los particulares no podrán suprimir o derogar normas jurídicas donde esté interesado el orden público. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Qué se entiende por orden público? Una de las afirmaciones comunes en el mundo jurídico es que determinadas normas son de orden público⁸², concepto realmente árido en la búsqueda de una aproximación.

de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Colección de Libros Homenaje, N° 12. Caracas: TSJ, 2003, p. 361 y ss.

⁸¹ Melich-Orsini, ob. cit., pp. 38-39. Para Aftalion, García y Villanova expresan que las consecuencias emanadas del orden público son tres: 1. Las leyes de orden público derogan toda convención de los particulares; no rige respeto de ellas la autonomía de la voluntad; 2. Impiden la aplicación de la ley extranjera; 3. No se puede invocar contra ellas derechos irrevocablemente adquiridos, es decir, hacen excepción al principio de irretroactividad et al. (Aftalión, Enrique; García Olano, Fernando y Villanova, José: **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: 8va ed., La Ley, 1967, p. 531).

⁸² Algunas normas cuando se dirigen a la noción de orden público lo hace como sinónimo de tranquilidad, quietud o paz pública, como ocurre con los artículos 68 y 332 de la Constitución. Los artículos 131, 281, 496, 508 y 545 del Código Penal. El artículo 7 de la Ley de Universidades. Los artículos 7 y 501 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así como ocurrió con la derogada Ley para garantizar el Orden Público y el Ejercicio de los Derechos Individuales, del 20 de junio de 1936, Gaceta Oficial N° 18.987 de los Estados Unidos de Venezuela. En este sentido refiere Oscar Ochoa, que no debe confundirse con la expresión “orden público” que significa paz social, tranquilidad social con la noción de “orden público” que significa que simplemente que ciertas leyes deben cumplirse porque en ella contiene los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico (Ochoa G.: **Derecho**, ob. cit., p. 55). A su vez ejemplifica que un acto jurídico puede ser contrario al orden público sin que por ello afecte la paz social o a la tranquilidad social (ídem). Para Enrique Jiménez, orden equivale a vida tranquila, paz interior de una Nación, y por consecuencia orden público se asimila a orden tranquilo con independencia de todo criterio político o social (Jiménez Asenjo, Enrique: **Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público**. Madrid: Gráficas Benzal,

Como bien expresa Borda, se trata una de las nociones más difíciles de definir⁸³. Igualmente, manifiesta León Hurtado que definir el orden público es muy difícil porque encierra un contenido tan amplio que toda definición resulta imprecisa e incompleta⁸⁴. A su vez, Alessandri y Somarriva expresan que Giorgi, el ilustre maestro de las obligaciones, confiesa sentirse incapaz de circunscribir, a una frase el significado del orden público; y concluyen acertadamente estos autores: ¿Cómo no adherirse a esta demostración de sinceridad?⁸⁵

1961, p. 13). Véase igualmente: **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina S.R.L., 1964. En otras normas la noción de orden público es mucho más amplia, debido que su contenido tiene una gran importancia esencial para el Estado, cuyo fin es privar todos los efectos de los actos o negocios jurídicos contrarios a la misma, tales como: Los artículos 20, 59 y 260 de la Constitución; artículos 6 numeral 4, 14 y 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; artículo 191 Código Penal; artículos 6, 709, 1157 y 1176 del CC; artículos 11 y 212 del Código de Procedimiento Civil (CPC); 7 de la Ley del Deudor Hipotecario de Vivienda; los artículos 5, 8 y 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado; los artículos 10 y 492 de la Ley Orgánica del Trabajo; Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de Bienes y Servicios, publicada en GO N° 39.358 de fecha 01-02-2010, artículo 2, “las disposiciones de la presente ley son de orden público e irrenunciables por las partes”.

⁸³ Borda, ob. cit., p. 42. Esto con ocasión de preguntarse ¿Qué es una ley de orden público?

⁸⁴ León Hurtado, ob. cit., p. 72.

⁸⁵ Alessandri y Somarriva: ob. cit., p. 221. Giorgi indica que la noción de orden público tiene una significación tan vaga y extensa que mal podría hallarse una definición precisa (citado en Chacón, ob. cit., p. 67). Igualmente indica Valverde que precisar el concepto de orden e interés público es cosa difícil (Valverde, ob. cit., p. 128). La noción de orden público es difícil y problemática su configuración y se ha tildado a las concepciones existentes como poseídas de vaguedad e imprecisión (Spota, ob. cit., p. 29). “Largos años ha tomado a la doctrina y a la jurisprudencia formular una noción más o menos adecuada del orden público. Hubo que separarlo del derecho público de las llamadas leyes de orden público, para así precisar que se trata de una institución de derecho privado y para el derecho privado” (Jayme, Erik: “Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*. Caracas, 1991, N° 82, p. 219. Al respecto nos evidencia Madrid Martínez, que con solo leer la introducción del clásico *L'ordre public et le contrat* de Malaurie, se entiende la dificultad que se presenta a la hora de definir orden público, y este autor citando a Pilon, afirma que definir orden público es aventurarse sobre arenas movedizas; y tomando las palabras

Afirmación de la que se hace eco buena parte de la doctrina y a la que nosotros nos plegamos, pues en definitiva se siente evidente dificultad en su determinación. Trataremos en lo posible de acercarnos a la noción de orden público con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia.

Domínguez Guillén reseña que el orden público es una de las nociones más utilizadas y menos tratadas por la doctrina jurídica⁸⁶. Agrega la autora que, si bien es difícil dar una noción del orden público, se admite que aquellas instituciones donde el mismo está en juego no encuentra aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, porque existen materias e instituciones en cuyo cumplimiento el Estado y la sociedad tienen interés porque las considera vitales para su desarrollo⁸⁷. Forma parte de la estructura del Estado y como tal, no puede ni debe ser transgredido, y el hacerlo trae como consecuencia la obligación del Estado de restablecerlo. Aun oficiosamente y aunque nadie se lo solicite, pues todo órgano del Estado tiene la obligación de defender y hacer valer el orden público⁸⁸.

de Vareilles-Sommieres estima un suplicio para la inteligencia, y usando la imagen sugerida por el juez Burrough entiende que definir al orden público es como montar un caballo muy fogoso del cual jamás sabremos hacia donde nos transporta (Madrid Martínez., “Orden...”, ob. cit., p. 384).

⁸⁶ Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20...”, ob. cit., p. 32.

⁸⁷ Ídem. Las leyes de orden público son las que afectan la existencia y organización del Estado y son la excepción en el Derecho Civil. Son normas que en conexión inmediata con las bases fundamentales que constituyen el orden social mira a la utilidad e interés de la comunidad que se impone incondicionalmente a la voluntad de los particulares y se sustrae a su iniciativa siendo inderogables por ellos (Bonet Ramón, Francisco: **Introducción al Derecho Civil**. Barcelona: Librería Bosch, 1956, pp. 280-281. Citado por Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20...”, ob. cit., p. 32). Véase igualmente: Domínguez Guillén, “Aproximación”, ob. cit., p. 75: “...en materias en que está de por medio el orden público, no encuentra aplicación el principio de autonomía de la voluntad, y las normas en cuestión no pueden ser relajadas por los particulares, porque se trata de materias esenciales para el desarrollo del orden jurídico y social. Esto se evidencia del artículo 6 del CC”. Véase también Domínguez Guillén, María Candelaria: “El nombre civil”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 118. Caracas, 2000, p. 219; Domínguez Guillén. *Ensayos...*, ob. cit., p. 422.

⁸⁸ Fuenmayor G., José Andrés: **Opúsculos Jurídicos. Evolución y perspectiva del Derecho Procesal en el país**. Caracas: Edit. Texto C.A., 2001, p. 213. El autor agrega

En efecto, son los órganos jurisdiccionales quienes aun de oficio garantizarán el cumplimiento de las normas en que estén en juego el orden público⁸⁹, de conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que prevé: “En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sin previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la Ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no lo soliciten las partes...”. De la disposición anteriormente transcrita se transfiere la potestad a la autoridad judicial su actuación oficiosa ante la trasgresión de normas de interés social como son las impregnadas por el principio de orden público⁹⁰.

que, es la autoridad judicial quien tiene la carga de defender, declarar y restablecer el orden público aun de oficio de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 del CPC. Véase igualmente las ideas de éste autor citado en sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo de fecha 30 de junio del 2005. En: <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/898-30-GP02-L-2005-000349-GH022005000177.html>.

⁸⁹ Como ocurre en materia de menores. Pues la intervención del Juez de oficio lo marca las materias de orden público. Así observamos como el Juez puede actuar de oficio en la indexación cuando se refiere a materia laboral y no así en derechos privados disponibles (Véase a Abreu Burelli, Alirio y Mejía Arnal, Luis Aquiles: **La Casación Civil**, Caracas: Edit. Jurídica Alva, 2000, p. 291); Domínguez Guillén, indica que en virtud del carácter imperativo e irrenunciable de las normas laborales, el juez puede acordar de oficio la indexación laboral (Domínguez Guillén, María Candelaria: “Consideraciones Procesales sobre la indexación Laboral”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 117, Caracas, 2000, p. 264). Igualmente afirma, que las materias de interés privado no tiene lugar de oficio la corrección monetaria, a diferencia de las relaciones ajenas a la autonomía de la voluntad (Domínguez Guillén, María Candelaria: “Comentarios a la sentencia del 17-05-2000 de la Sala de Casación social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación. (Caso José Tesorero Yáñez contra Hilados Flexilón S.A.)”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 119, Caracas, 2000, p. 214). Véase también CSJ/Cas., Sent. 17/03/93, OPT, pp. 350-355.

⁹⁰ Indica Henríquez La Roche, que el artículo 11 del CPC da al Juez la potestad de iniciar de oficio una causa, contra el inveterado principio *nemo iudex sine actore*, significaría desconocer en el ámbito procesal la autonomía individual que es el fundamento de toda la regulación del Derecho sustantivo privado. Pero ello no significa que tal autonomía no pueda ser limitada y aun suprimida en los casos que lo exija el interés público (Henríquez La Roche, Ricardo: **Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento**

Bonet define al orden público como el conjunto de principio de orden superior, no solamente jurídicos (públicos y privados), sino también políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, por ser considerados esenciales para la conservación del orden social, en un pueblo y una época determinados⁹¹.

Igualmente, indica Bonet que, generalmente, las normas de orden público se ubican dentro de las leyes de Derecho Público, todas aquellas dirigidas a la organización y distribución de los diferentes poderes y de sus agentes, así todo lo derivado a los derechos y obligaciones de los particulares en materia política, elecciones, impuestos, servicio militar, etc⁹². Pero, además, existen normas que pertenecen al Derecho Privado y son de orden público, motivadas por el interés general que, según Bonet, se pueden reducir a cuatro categorías: a) Las que regulan el estado y capacidad de las personas; b) las que organiza la propiedad, y especialmente la propiedad inmueble; c) las que imponen a las partes prohibiciones, o medidas dictadas en interés de los terceros, y d) las que tienden a la protección de uno de los contratantes frente a otro⁹³.

Civil. (Concordado y anotado). Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. 1986, p. 90). La formulación de la segunda parte del artículo 11 del CPC atempera el principio dispositivo, al aumentar los poderes del Juez, cuando exista mandato legal expreso por aconsejarlo así razones de orden público o de las buenas costumbres (Calvo Baca, Emilio: **Código de Procedimiento Civil de Venezuela**. Caracas: Ediciones Libra. 2000, p. 111). La participación oficiosa en forma expresa lo observamos en el artículo 395 del CC cuando establece que, el Juez puede iniciar de oficio el procedimiento de interdicción además el artículo 734 del CPC prevé pruebas de oficio por el Juez en los juicios de interdicción.

⁹¹ Bonet **Derecho...**, ob. cit., p. 282. Según José Andrés Fuenmayor, “El orden público es el entrettejido que une a los miembros de una sociedad humana con el fin de mantener el orden social. Ese entrettejido está constituido por una serie de valores políticos, sociales, económicos y morales, los cuales son esenciales para mantener la tutela del Estado sobre sus ciudadanos...” Citado por: Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, fallo *supra* citado.

⁹² Bonet, **Derecho...**, ob. cit., p. 278.

⁹³ *Ibid.*, p. 279. Véase igualmente Josserand: Entre las leyes que interesan al orden público, se pueden citar todas las que forman parte integrante del derecho público, y ciertas disposiciones del derecho privado, tales como las que regulan el estado y la capacidad de las personas o bien la organización de la propiedad inmueble (Josserand, ob. cit., pp. 133-134). En este sentido expresa Oscar Ochoa que generalmente las leyes del

Al respecto, destaca Contreras que en principio las ideas de orden público es aplicable a las normas de Derecho Público, pero a su vez posee una gran penetración en algunas instituciones de derecho privado, como sucede con las normas relativas al estado y capacidad de las personas físicas, las normas de ámbito familiar (matrimonio, patria potestad, divorcio, separación de cuerpos, filiación, tutela, adopción, interdicción e inhabilitación)⁹⁴.

En consecuencia de lo anterior podríamos afirmar que generalmente —pero no necesariamente— se asimilan las normas de Derecho Público con la noción de orden público, pero no es menos cierto que el Derecho Privado reconoce al orden público en varias instituciones reguladas por él, tales como el estado civil, la capacidad, el matrimonio, la filiación, la adopción, cierto sector de la materia de sucesiones, integridad humana, normas que ampara a los débiles jurídico —económicos e intelectuales— pues obedecen a la protección de un interés general sobre el particular⁹⁵.

La doctrina ha entendido el orden público como la organización que existe en cierta sociedad, basada en determinadas ideas políticas, económicas, sociales, religiosas y morales que un momento histórico dado se consideran fundamentales para obtener el normal y correcto funcionamiento de dicha sociedad⁹⁶.

Derecho público (vgr. las que regulan los Poderes Públicos) son de orden público. Pero lo recíproco no es cierto. Muchas leyes de derecho privado son de orden público, como son las normas legales que regulan los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, los deberes de la guarda, custodia y de educación que la patria potestad confiere a los padres sobre sus hijos. En consecuencia es imposible identificar orden público y Derecho público (Ochoa, **Derecho...**, ob. cit., p. 56).

⁹⁴ Contreras Briceño, Gustavo: **Manual de Derecho Civil I. Personas**. Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 5° edic., 2002.

⁹⁵ Al respecto, señala Alessandri y Somarriva, que las leyes de orden público del Derecho Privado son: 1. Las leyes que rigen el estado y capacidad de las personas; 2. Las leyes que organiza la propiedad, especialmente la agraria; 3. Las leyes que adoptan resguardo al derecho de terceros, son aquellas que se reducen principalmente a inscripciones, inserciones, notificaciones, fijación de carteles, etcétera; 4. Leyes que se dirigen a proteger un contratante contra el otro. Esto se debe que no siempre dos contratantes se hallan en un mismo pie de igualdad, ciertas normas tienden a amparar al más débil (Alessandri y Somarriva, ob. cit., p. 223).

El orden público traduce la prelación o primado de un interés tutelado por la regla, lo que implica la exigencia irrefragable de su cumplimiento, independiente de las intenciones o deseos de las partes contratantes o de los individuos a los que se dirigen⁹⁷. Las reglas de orden público son aquellas a la que todos estamos obligados⁹⁸.

Domínici señalaba que orden público significa para las normas del Código Civil el interés general de la sociedad, que sirve de garantía a los derechos de los particulares y sus relaciones recíprocas⁹⁹. La noción de orden público desde el campo de derecho privado, lo entiende Torr  como “la resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de una determinada colectividad”¹⁰⁰.

Cuando reposa en la ley la necesidad de satisfacer un interés común, general sobre el particular, estamos en presencia de normas de orden público; en consecuencia, las mismas no pueden ser derogadas ni relajadas por convenios particulares. Indica Domínguez Guillén que son aquellas normas que est n excluidas de la libre disposición de los particulares, y en consecuencia el Estado est  interesado en su cumplimiento, por lo tanto solo participa la voluntad de los particulares en la medida que la propia ley lo permita¹⁰¹.

A lado de la voluntad individual est n los intereses superiores del orden público y el orden moral o buenas costumbres, los cuales no pueden ser derogados

⁹⁶ Bonet, **Derecho...**, ob. cit., p. 222.

⁹⁷ Reale, ob. cit., p. 91.

⁹⁸  dem.

⁹⁹ Dom nici, Aníbal. **Comentarios al Código Civil venezolano** (reformado en 1896). Edit. Rea, Caracas, 1962, T. I, pp. 25-26. Véase en este mismo sentido a Bonet, quien resalta que las leyes de orden público son las que afectan la existencia y organización del Estado, la misma constituyen el orden social y miran a la utilidad o interés de la comunidad, por lo que se imponen incondicionalmente a la voluntad de los particulares (citado en: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil**. Caracas: TSJ, Colección de Autores, N  1, 2001, p. 25).

¹⁰⁰ Torr , Abelardo: **Introducción al Derecho**, Buenos Aires: Edit. Abeledo-Perrot, 1965, p. 457.

¹⁰¹ Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 25 y 422.

o modificados por ningún negocio jurídico, porque frente a tales intereses no cabe hablar de voluntades autónomas, sino más bien de voluntades subordinadas a dichos intereses superiores de la colectividad¹⁰².

Como podemos observar, sin caer en la dificultad de precisar la noción de orden público, el mismo constituye un límite de la autonomía de la voluntad, por cuanto todas aquellas libertades particulares no deben sobreponerse a la satisfacción de las necesidades sociales o colectivas, que impone o persigue todo ordenamiento jurídico.

El principio de la autonomía de la voluntad permite al individuo o al sujeto de derecho ejecutar diversos actos jurídicos o negocios jurídicos con el fin de regular sus propios intereses sin perjudicar los intereses colectivos. Cuando la ley determina una prelación de preferencia entre el interés general sobre el particular no existe duda de que estamos en presencia de normas de orden público y por su naturaleza escapa de la voluntad de la persona, pues exigen su cumplimiento incondicional por ser inderogables, irrenunciables e indisponibles elementos característicos del orden público. Desde el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional ha indicado:

El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica¹⁰³.

Igualmente, el Máximo Tribunal ha indicado en Sala de Casación Civil:

El concepto de orden público que ha mantenido la Sala, expresado en sentencia de fecha 24 de febrero de 1983, según el cual “representa una

¹⁰² Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve: **Derecho Civil (Parte general y Personas)**, Bogotá: Edit., Temis, 1997, T. I, p. 510.

¹⁰³ TSJ/SConst, sent. N° 2201, 16-09-2002. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/2201-160902-01-1968.htm>.

noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exijan observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuando se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público”¹⁰⁴.

En sentido semejante, otra decisión de la misma Sala Civil indicó:

En lo referente al concepto de orden público, esta Sala, elaboró su doctrina sobre el concepto de orden público, con apoyo de la opinión de Emilio Betti, así: “...Que el concepto de orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuándo se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público” [...] Orden público consiste en el respeto por todos los habitantes de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia sobre los que reposan la organización de una colectividad determinada. Y más correctamente, resulta de observancia de un conjunto de normas jurídicas, cuyo cumplimiento es indispensable, para preservar el mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal. Estas normas son, precisamente, aquéllas que rigen el proceso judicial al que acuden los ciudadanos para lograr la tutela de sus derechos¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Civil (TSJ/SCC), sent. N° 135, 22-05-2001. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-0135-220501-99073.htm>

¹⁰⁵ TSJ/SCC, sent. N° 301, 10-08-2000. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/R.C.%20301%20100800%2099-340.htm>. Igualmente: TSJ/SCC, sent. 16-11-01, JRG, T. 182, p. 526, cita las ideas de Emilio Betti, plasmadas en la sentencia de fecha 24 de febrero de 1983, *Gaceta Forense* (GF) N° 119. VI. 3° etapa, p. 902 y ss;

Todas las definiciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia se limitan a describir los elementos de la noción de orden público, destacándose, que está presente en normas dirigidas al interés general, superior, colectivo, común y de convivencia, lo que conlleva por parte de los particulares una observancia incondicional, inderogable e ineludible de las disposiciones en cuestión. Acertadamente manifiesta Nieto Blanc que debe admitirse que “el bien común”, “el interés general” y demás locuciones similares “son el resultado, el efecto, la consecuencia final del orden público, pero no integran su concepto”¹⁰⁶.

Nos adherimos una vez más a lo remitido por la doctrina en el sentido que la noción de orden público es compleja y difícil de conceptuar. No obstante puede considerarse que donde aparezcan normas de orden público no tiene cabida el principio de la autonomía de la voluntad.

1.4.1.2. Caracteres

La noción de orden público es variable, flexible, elástica y está sujeta a los cambios de ideas, costumbres, situaciones económicas, políticas y sociales, la cual dificulta una definición precisa y satisfactoria que permita un alcance

TSJ/SCC, sent. 22-06-01. JRG, T. 177, p. 700; CSJ/SCC, sent. 09-06-98, JRG, T. 104, pp. 370-371; CSJ/SCC, sent. 20-11-91. JRG, T. 119, pp. 416-417. Señala que: “... todas las leyes son hechas con interés social pero también son sancionadas en interés de los particulares. Hay algunas que interesan más directamente a los particulares que a la colectividad, y, otras al contrario interesan más a la sociedad. La primera pueden ser renunciadas y relajadas por convenios privados, mientras que las segundas que son en las que está interesado el orden público y las buenas costumbres, no quedan a voluntad de los particulares, en cuanto a su cumplimiento”; CSJ/SCC, sent. 12-05-77. JRG, T. 56, pp. 167-168. Esta sentencia cita a Cuenca, el orden público por su fin social vigila la tranquilidad ciudadana, el respeto mutuo y la paz colectiva. Políticamente mantiene el equilibrio de las Instituciones y jurídicamente la seguridad de la justicia; TSJ/SConst, sent. 30-04-2003, JRG, T. 198, pp. 320-322; TSJ/SCC, sent. 17-09-03, En: **Jurisprudencia Oscar Pierre Tapia (OPT)**, N° 9, 2003, p. 525; TSJ/SConst, sent. 19-02-2004, JRG, T. 208, pp. 283-285; CSJ/SCC, sent. 24-02-83. En: OPT, N° 2, 1983, pp. 72 y 74; CSJ/SCC, sent. 24-02-83, JRG, 24-02-83, T. 81, p. 133.

¹⁰⁶ Citado en Chacón, ob. cit., p. 69.

permanente¹⁰⁷. Pero ante la imposibilidad de ofrecer una definición de orden público vale la afirmación de Emilio Betti, según la cual la noción de orden público es incondicional y, por consiguiente, indisponible por los particulares. En efecto, expresa el autor: “representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exijan observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuando se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público”¹⁰⁸.

Aquellas instituciones jurídicas rodeadas de los caracteres incondicionales e inderogables por los particulares con el propósito de tener en cuenta el interés general, supone la presencia del orden público. Algunos doctrinarios, al tratar ciertas figuras jurídicas del derecho de persona, tales como: el nombre civil y el estado civil revelan que son de orden público, al explicar este carácter expresan que es: indisponible o irrenunciable, intransmisible, inalienable, inembargable e imprescriptibles¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Véase a Lucía María Aseff: “El ser cambiante constituye una de las propiedades definitorias del concepto de orden público, ya que se refiere a intereses que el legislador —a veces también el juez— considera prevalentes en la sociedad en un momento determinado, motivo por el cual deben ser especialmente protegidos: obviamente su caracterización dependerá entonces de las circunstancias sociales, económicas y políticas vigentes”, (“La Noción de Orden Público: Entre la Tópica Jurídica y el Análisis Crítico del Discurso”. XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Córdoba 30 de octubre al 1 de noviembre de 2003. En: http://www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/17_Aseff.doc).

¹⁰⁸ CSJ/SCC, sent. 24-02-1983, GF N° 119, Vol. I, 3° etapa, p. 902 y ss. TSJ/SCC, sent. N° 135, 22-05-2001. En: www.tsj.gov.ve

¹⁰⁹ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, ob. cit., pp. 421-423. Hace referencia a los caracteres del nombre civil, entre ellos se destaca que es de orden público lo cual se deriva que es: necesario, indisponible, inmutable, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible. Véase igualmente: Domínguez Guillén, María Candelaria: “El Estado Civil”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas, TSJ, 2002, Vol. I, pp. 387-390; Aguilar Gorrondona, **Derecho...**, ob. cit., pp. 171-172. La Roche, Alberto José: **Derecho Civil I**,

En efecto, toda figura jurídica sumergida en la noción de orden público se caracterizará por ser indisponible irrenunciable, intransmisible, inalienable, inembargable e imprescriptible. En consecuencia, la autonomía de la voluntad no encuentra en principio aplicación ante instituciones de orden público. Veremos *infra* cuáles instituciones del Derecho de la Persona natural están afectados por tal orientación.

Otra de las características de la noción de orden público es aludirlo a un concepto indeterminado. Ha manifestado la doctrina que el orden público, las buenas costumbres, la buena fe, la tolerancia, la equidad, etc.¹¹⁰, son conceptos jurídicos indeterminados generalmente marcados por elementos éticos sociales o morales no definidos por el Legislador; y es el Juez quien deberá fijar su contenido, quien deberá completar la ley.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado¹¹¹ y éste a su vez, tal como lo denota su nombre, un elemento de figura legal con límites fluidos.

Maracaibo: Edit. Metas C.A., 2º edic., 1984, Vol. II, p. 249; Marín Echeverría, Antonio Ramón: **Derecho Civil I. Personas**. Caracas: McGraw-Hill Interamericana, 1998, pp. 55 y 56; Hung, ob. cit., pp. 193 y 195.

¹¹⁰ Señala Leopoldo Márquez Áñez como ejemplos de nociones no definidas: las buenas costumbres (6, 1157, 1176, 1200 y 1447 del CC), orden público (6, 1157 y 1176 *ejusdem*), buena fe, mala fe, culpa grave, artificio o fraude, diligencia, equidad, entendimiento verosímil, buen padre de familia, imprevisibilidad, caso fortuito, cosa imposible, abuso de derecho, actos violentos o clandestinos, circunstancias graves y urgentes, fraude, justa causa, justos motivos, justa causa, error excusable, persona sensata, fundado temor, temor reverencial, negligencia, intención, imprudencia, discernimiento, fuerza mayor, peligro inminente, equidad, actos urgentes, malicia, temeridad, abuso, excesos o sevicias, etcétera (Márquez Áñez, Leopoldo: **El Recurso de Casación, la cuestión de hecho y el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Fondo de Publicaciones UCAB-Fundación Polar, 1994, pp.100-103). Es el Juez de mérito a quien corresponde fijar su entendimiento, relacionándolos con los hechos establecidos en la causa. Regirá así la soberanía del Juez (Ibíd., p. 103). Afirma Julliot De La Morandiere que es al Juez quien le corresponde distinguir a menudo si una ley es de orden público, pues a menudo la ley no da suficientes elementos para hacer la distinción (De La Morandiere, Julliot: **La Noción de Orden Público en el Derecho Privado**. Bogota: Editores Alberto Hernández Mora y Alberto González Ortiz. 1956. Traducido por Francisco Blasco y Fernández de Moreda, pp. 282 y 288).

Según Henke, su contenido no está fijado debido a su fluidez, lo cual resulta especialmente apto para dar cabida a significados nuevos¹¹². El concepto indeterminado se destaca por su “carácter abierto”; con el auxilio del concepto indeterminado el legislador puede transferir al juez la concertación de una norma¹¹³. Esa formulación indeterminada de las normas ponen las condiciones de dar debido cumplimiento a las máximas de la ética social, éstas que son flexibles, por ser dependientes de la situación¹¹⁴. Los conceptos “indeterminados” (“abiertos”) representan un factor móvil del ordenamiento jurídico. Atenúan la rigidez del sistema cerrado y sirven para la adaptación y especificación de las leyes. Los conceptos determinados son, pues, el elemento estático; los indeterminados, el elemento dinámico de las normas jurídicas¹¹⁵.

El orden público no requiere un pronunciamiento implícito por el legislador, determinadas situaciones o circunstancias fijarán las pautas para ubicarnos frente al mismo. “No todas las limitaciones derivadas del orden público serán expresas, es decir, tales limitaciones no precisan ser enumeradas expresamente por el orden jurídico”¹¹⁶.

¹¹¹ Véase en este sentido a Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20...”, ob. cit., p. 34, “...el concepto de orden público es un concepto jurídico indeterminado y es el juez quien debe rellenarlo para así hacerlo efectivo”.

¹¹² Henke, Horst-Eberhard: **La cuestión de hecho. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad**. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. s/f. Traducido por Tomas A. Banzhaf, p. 56.

¹¹³ Ídem. Además refiere Henke que la formulación indeterminada de la ley se explica ante la necesidad de someter el derecho en lo posible, al imperio de valores éticos y dar al enfoque valorativo prioridad sobre la decisión técnica-jurídica (ibíd., p. 59). Pues el concepto indeterminado adapta la ley al cambio de circunstancias, preservándola así de la petrificación (ibíd., p. 63).

¹¹⁴ Ibíd., p. 65.

¹¹⁵ Ibíd., p. 71. No solo se deben pensar que aquellas normas en blanco tiene un marcado nivel de exigencia ética, pues observamos normas de formulación exacta que tiene un contenido claro ético, como son por ejemplo: el reconocimiento de la capacidad jurídica a todos los seres humanos; la nulidad de los pactos sobre herencia de un tercero vivo, el divorcio por adulterio (ibíd., p. 66).

¹¹⁶ Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20...”, ob. cit., p. 34.

Además, deriva de la noción de orden público los caracteres de abierto, variabilidad, flexibilidad, elasticidad, de graduación y está sujeto a los cambios de ideas, costumbres, situaciones económicas y sociales de su entorno, así se nota en la doctrina nacional como extranjera que se refleja en Petzold¹¹⁷, Fuenmayor¹¹⁸, Domínguez Guillén¹¹⁹, Abreu y Aquiles¹²⁰, Madrid Martínez¹²¹, De Ruggiero¹²², Josserand¹²³, Couture¹²⁴, y Lalaguna¹²⁵, entre otros. La noción

¹¹⁷ Señala que la noción de orden público es uno de los más indefinidos a lo largo de la historia de las ideas jurídicas, pues no es un concepto unívoco sino más bien elástico, es decir flexible o adaptable según las circunstancias espacio-temporales y los valores socialmente en vigor (Petzold-Rodríguez, María: “Algunas consideraciones sobre la noción de orden público”. En: **Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social**. Libro Homenaje a José Manuel Ocando. Caracas: TSJ, Fernando Parra Aranguren, Editor, Colección Libros Homenajes N°4, 2001, Vol. II, p. 12). En consecuencia, la noción de orden público no responde, por lo tanto, a un concepto rígidamente delimitado, sino que constituye un problema de valoración jurídica (ibíd., p. 14). Véase igualmente: Petzold-Rodríguez, “La noción de orden público...”, ob. cit., p. 207, “el orden público es una noción variable, dinámica, es decir, que ella va a estar sujeta a las condiciones sociales, políticas, económicas, que rijan en una determinada época o país [...] es el reflejo de la comunidad jurídica donde se encuentre”.

¹¹⁸ Él puede variar de acuerdo con el momento histórico, las costumbres sociales, el concepto y tratamiento legal de la familia, y el valor moral de las relaciones humanas, sean éstas económicas o de cualquier otra naturaleza (Fuenmayor, ob. cit., p. 213).

¹¹⁹ Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20...”, ob. cit., p. 35.

¹²⁰ Abreu Burelli y Mejía Arnal, ob. cit., p. 287. El concepto de orden público varía de acuerdo con la rama del derecho en el cual se utilice (ibíd., p. 289).

¹²¹ Madrid Martínez: “Orden...”, ob. cit., p. 383, indica que precisamente su mutabilidad en tiempo y en espacio contribuyen a dificultar su concretización.

¹²² Una determinación absoluta y universal del orden público no es posible, porque este principio es en sí mutable y contingente, varía con el variar de la constitución orgánica de la sociedad, con las diversas fases de conciencia colectiva de cada pueblo (De Ruggiero, Roberto: **Instituciones de Derecho Civil**. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/f, 4ta ed, Vol. I, p. 51).

¹²³ Para la aplicación de las normas de orden público y buenas costumbres se toma en cuenta el estado de las costumbres y la opinión pública, la cual no debe perder el carácter mutable y evolutivo de la moralidad jurídica. Expresa este autor como ejemplo que en la antigua Francia el préstamo a interés era considerado como una operación inmoral, al igual que el seguro de vida, las ideas que tienen los franceses sobre ambos puntos han evolucionado notablemente (Josserand, ob. cit., p. 134).

de orden público varía en el tiempo y espacio. Así se evidencia en algunas instituciones que en algún momento en la sociedad no eran consideradas tan importantes y primordiales para mantener el orden social y luego eran ciertamente admitidas y necesarias¹²⁶. Las normas de orden público tienen como norte la utilidad o el interés de la comunidad sobre las conveniencias de los particulares, pues existe un orden superior político, económico, moral necesarios para la organización de la sociedad.

1.4.2. Buenas costumbres

El artículo 6 del Código Civil expresa que los particulares no pueden renunciar ni relajar normas cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. El artículo 1157 del Código Civil señala como causa ilícita de los contratos contrariar las buenas costumbres o al orden público. El artículo 1176 del Código Civil prevé indemnización en aquellos supuestos de gestión de negocios realizadas por el gestor, a pesar de la prohibición del dueño por ser contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Al igual que ocurre con la noción de orden público, el concepto de buenas costumbres no es definida por el Legislador. De allí que debemos acudir a las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia para aproximarnos a una definición.

Debemos partir de que la institución de las buenas costumbres tiene un matiz moral. Josserrand observa que las leyes que interesan a las buenas costumbres son las que prohíben ciertas convenciones, cláusulas o combinaciones que

¹²⁴ Señala Couture, que el orden público es determinado por un momento histórico que fundamenta su derecho positivo y que éste tiende a tutelar (Couture, Eduardo: **Vocabulario Jurídico**, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental de Uruguay, 1960, p. 449).

¹²⁵ El orden público se caracteriza por su relatividad determinada por el dinamismo del orden social (Lalaguna Domínguez, ob. cit., p. 45).

¹²⁶ Un ejemplo de ello en el derecho venezolano es el divorcio, institución aceptada por nuestro Código de 1904. Igualmente ocurre con el concubinato o relación estable de hecho (artículo 77 de la Constitución) y la facilidad en el establecimiento de la filiación extramatrimonial.

adolecen de inmoralidad¹²⁷. Esto conlleva que en algunas situaciones se hace complejo determinar si ciertas nociones morales son recogidas por orden jurídico¹²⁸. En efecto, dependerá de la idea moralmente aceptable, que se tenga ante un acto jurídico o negocio jurídico determinado.

Las buenas costumbres responden a un concepto mutable, cambiante y variable en el tiempo; se trata de reglas de conductas humanas aceptadas por la conciencia general de un país en una época determinada. Tiempo y lugar determinan la variabilidad de las buenas costumbres: lo que es bueno hoy puede no serlo mañana; lo que es correcto aquí puede no serlo allá¹²⁹. La noción de buenas costumbres supone aquellas reglas tradicionalmente establecidas conforme a la decencia, la honestidad y la moral¹³⁰.

Cancino, al citar al profesor chileno Avelino León Hurtado, manifiesta que “la limitación impuesta por las buenas costumbres no es otra cosa que el respeto que debe guardarse a las normas morales imperantes, que quedan sin duda incluidas en el orden público, y cuyo respeto por los particulares es esencial para la vida en la sociedad. Por esto, toda convención en que no se respete la moral o las buenas costumbres, adolece de objeto ilícito o causa ilícita y es nula absolutamente”¹³¹. Igualmente, Maduro Luyando sostiene que “el concepto de buenas costumbres implica el cumplimiento de preceptos de índole moral, vigentes en una comunidad”¹³². Se destaca así el carácter eminentemente moral de la noción de las buenas costumbres; sólo la sociedad determinará su contenido de conformidad con la moral y la ética.

¹²⁷ Jossierand, ob. cit., pp. 133-134.

¹²⁸ Señala Chacón, que no siempre las normas morales son elevadas a la categoría de derecho positivo (ob. cit., p. 83).

¹²⁹ Alessandri y Somarriva, ob. cit., p. 224.

¹³⁰ Dominici, ob. cit., p. 36.

¹³¹ Cancino, ob. cit., p. 44.

¹³² Maduro Luyando, ob. cit., p. 436. Agrega este autor: En la gran mayoría de los casos las buenas costumbres han sido incorporadas al ordenamiento jurídico positivo, convirtiéndose en normas jurídicas de orden público (ídem). En el mismo sentido, sostiene Ferrara que la noción de buenas costumbres entra en el campo de la moralidad, propia de un ambiente histórico determinado y se hallan al margen de la órbita jurídica, y por lo tanto constituye un sistema normativo distinto del jurídico (De Cupis, ob. cit., p. 20).

Al igual que la noción de orden público, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado son los órganos jurisdiccionales quienes garantizarán el cumplimiento de las normas que estén en juego aun de oficio, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil¹³³. Por otro lado, el Tribunal no debe admitir demanda que fuere contraria a las buenas costumbres, y expresará los motivos de su negatividad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil¹³⁴.

Los dos artículos anteriormente mencionados del Código de Procedimiento Civil, facultan la actuación del juez aun de oficio en aquellos supuestos violatorios de las normas contra las buenas costumbres y concede la posibilidad de rechazar las demandas cuando fuesen contrarias a las buenas costumbres. Bajo estos postulados cabe preguntarse: ¿Cuándo el juez está ante la violación de principios contra las buenas costumbres? Recordemos que nos encontramos en presencia de un concepto marcado por un matiz moralista. Las buenas costumbres tienen un carácter variable, flexible, elástico y mutable; sólo el juez analizará el caso concreto a los fines de aplicar o rellenar tal noción. Vale considerar aquí las ideas de Domínguez Guillén al señalar que no todas las limitaciones del orden público serán expresadas o enumeradas por el orden jurídico, sino que dependerá del caso concreto. Solo el intérprete sabe distinguir cuando no es posible una actuación porque así lo impone el orden público, o las buenas costumbres, agregamos nosotros¹³⁵. Los conceptos de orden público y buenas costumbres “no dependen de su conciencia individual, sino de la conciencia social”¹³⁶.

¹³³ Artículo 11: “En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sin previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la Ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no lo soliciten las partes...”.

¹³⁴ Artículo 341: “Presentada la demanda, el Tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley. En caso contrario, negará su admisión expresando los motivos de la negativa...”.

¹³⁵ Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20...”, ob. cit., pp. 34-35.

¹³⁶ Raimundo Salvat, citado en Chacón, ob. cit., p. 250. “En efecto, si fuéramos a estar expuestos a que cada juez decidiera según los dictámenes de su conciencia sin tomar en cuenta los demás aspectos que rodean el problema, tendríamos tantas nociones de

En efecto, el Legislador no define las “buenas costumbres” Al igual que indicamos *supra*, la doctrina y la jurisprudencia tratan de precisar su alcance. Así en sentencia de la Sala Política Administrativa del 11 de agosto de 1993, se indicó que:

...por buenas costumbres se entiende aquellas reglas tradicionalmente establecidas conforme a la decencia, honestidad y moral. Ciertamente la determinación de la moral pública o de las buenas costumbres no puede ser el producto de la concepción individual o subjetiva de algún funcionario en particular. Configurando esta manifestación de la cultura general de un pueblo...¹³⁷.

Se aprecia que el Máximo Tribunal reproduce la definición que ha dado la doctrina, en particular Dominici, al indicar que las buenas costumbres son reglas de moralidad, de honestidad y decencia. La limitación del principio de la autonomía de la voluntad impuesta por las buenas costumbres no dependerá del criterio subjetivo del juez, sino de la valoración moral impuesta por la sociedad en un momento determinado, aun cuando ciertamente el juzgador la explicará en su sentencia.

2. La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural

2.1. Consideraciones preliminares

Nuestra labor en esta parte de la investigación es más ardua, pues, sin pecar de pretensivos, trataremos de determinar la posible incidencia de la auto-

orden público y de buenas costumbres como jueces existieran. Y no siendo este el caso, el juez debe actualizar su criterio y no seguirse por sus propios sentimientos sino por los aceptados generalmente por la comunidad en un determinado tiempo y lugar. Josserrand aconseja al juez tener en cuenta muy prudentemente el estado de las costumbres, de la opinión pública y no perder de vista el carácter mutable de estos conceptos” (citado en Chacón, ob. cit., pp. 250-251).

¹³⁷ CSJ/SPA, 11-08-93. En: OPT agosto-septiembre, pp. 292-293.

mía de la voluntad en un área del Derecho Civil extrapatrimonial, esto es, en el ámbito del Derecho de “Personas”, específicamente atendiéndonos a la persona por excelencia, la natural o humana. Veremos así, específicamente, cómo interviene la voluntad en esta área, paseándonos por cada uno de los temas que conforman la materia. Nos ocuparemos de figuras e instituciones características de la persona humana que suelen estudiarse en Derecho Civil I¹³⁸, a saber, los atributos, inicio y fin de la personalidad, los derechos de la personalidad y capacidad, la no presencia y ausencia, Registro del estado civil y posesión de estado.

El principio de la autonomía de la voluntad, según indicamos, rige o aplica básicamente en el Derecho Civil Patrimonial, porque su orientación pecuniaria se presta para que los particulares regulen tales relaciones como a bien tengan. Por su parte, la participación de la autonomía de la voluntad en el Derecho Civil Extrapatrimonial, se encuentra opacada por la naturaleza de la materia, y así en el Derecho de Personas igualmente no encontramos ante un área matizada por dicha orientación. Es así que la propia ley da cabida a la intervención de la voluntad y determina sus efectos según la institución de que se trate.

Todo dependerá del sentido que se le atribuya a la noción de “autonomía de la voluntad”, pues, según indica la doctrina, tiene dos significados: uno filosófico inspirado en la libertad del hombre, y el segundo derivado del pensamiento jurídico como órgano productor de Derecho¹³⁹.

En el presente capítulo, enfocaremos nuestro estudio respecto de la autonomía de la voluntad en el primer sentido, a saber, en un sentido amplio, que vincula simplemente la intervención o manifestación de la voluntad en función de la libertad que permite o prevé el propio orden legal. Pues en definitiva aunque la autonomía de la voluntad no juegue, en principio, en el Derecho de

¹³⁸ Según el programa de la materia que se estudia en nuestra Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

¹³⁹ Feldstein De Cárdenas, ob. cit., p. 68.

la Persona el mismo papel que en el Derecho Civil Patrimonial¹⁴⁰, es incuestionable que en cada una de sus instituciones juega un papel fundamental la “voluntad” en un sentido amplio.

En el Derecho de Personas, instituciones como el nombre civil, la sede jurídica, el estado civil, los derechos de la personalidad, la capacidad, la no presencia y la ausencia, Registro Civil y posesión de estado se caracterizan por estar inmersas dentro de la noción del orden público. Sin embargo, ello no es óbice para la participación de la voluntad de los particulares. Toda intervención de la voluntad en materia de orden público debe ser tolerada y estatuida por la ley; la voluntad entra en juego en el Derecho de la Persona cuando el propio ordenamiento jurídico lo permita. Si bien los atributos como el nombre, la sede jurídica y el estado civil son de orden público, también es cierto que, por ejemplo, el presentante selecciona el nombre de pila del recién nacido y que algunos de los estados civiles, como la nacionalidad adquirida, la condición de soltero, pueden variar por efecto de la voluntad. Precisamente, en las siguientes líneas nos dedicaremos a reflexionar sobre cada una de las figuras jurídicas del Derecho de Persona Natural, en que la voluntad juega un papel determinante o preponderante.

2.2. La intervención de la voluntad en algunas instituciones

2.2.1. Atributos de la persona

Los atributos son aquellas cualidades que se le asigna a toda persona para individualizarla en una relación jurídica. Como señala Domínguez Guillén, los atributos son aquellos elementos necesarios de la persona que la individualizan en una relación jurídica y, gracias a ellos, se logra la determinación del sujeto en una relación de derecho¹⁴¹. Dentro de esos elementos que per-

¹⁴⁰ Esto es, que se permitan acuerdos que tiendan a regular, extinguir, o iniciar las relaciones jurídicas.

¹⁴¹ Véase: Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 411; Domínguez Guillén, **Derecho Civil I Personas...**, pp. 119-134; Domínguez Guillén, “El nombre Civil”, ob. cit., pp. 201-269; Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 59. Véase también a:

miten individualizar a la persona se señalan: el nombre, la sede jurídica y el estado civil. Algunos autores agregan la capacidad de goce y patrimonio¹⁴².

Cada uno de los atributos de la persona, a saber, el nombre, la sede jurídica y el estado civil configuran instituciones jurídicas desarrolladas dentro del Derecho de Personas, y se analizará cómo actúan la autonomía de la voluntad o, específicamente, la actuación de la voluntad sobre cada uno de ellos.

2.2.1.1. Nombre civil

El nombre civil configura el atributo esencial de la persona con el objetivo de permitirle la identificación e individualización dentro de la relación jurídica¹⁴³.

Cifuentes, Santos: **Elementos de Derecho Civil**. Buenos Aires: Edit. Astrea, 1991, p. 105. Los atributos son “las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto-persona puede individualizarse y formar parte de una relación de derecho”; Llambías, Jorge Joaquín: **Tratado de Derecho Civil Parte General**. Buenos Aires: Edit. Perrot, 17° edic., 1997, T. I, p. 261; Karaman Betancourt, María Petriz y María del Carmen Valencia Vargas: **El Nombre como atributo de la Persona Humana**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1984, p. 28.

¹⁴² Enumeración que sigue: Cifuentes, ob. cit., p. 107; Jossierand, ob. cit., p. 193; Karaman, ob. cit., p. 28; Marín Echeverría, ob. cit., p. 47. Acertadamente indica Domínguez Guillén que el nombre, la sede jurídica y el estado civil configuran verdaderos atributos por lograr una verdadera individualización en una relación de derecho, situación que no ocurre con la capacidad de goce y el patrimonio aun cuando lo posea toda persona por el simple hecho de serlo, (Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., pp. 59-60).

¹⁴³ Sobre el nombre civil, véase: Pliner, Adolfo: **El nombre de las personas**, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966; Luce Gil, Francisco: **El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1978; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, ob. cit., p. 405 y *passim*; Domínguez Guillén, “El nombre...”, ob. cit., pp. 201 y 269; Karaman Betancourt, ob. cit., pp. 7 y 198; Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 159 y 179; Hung, ob. cit., pp. 193 y 195; Marín Echeverría, ob. cit., pp. 55-56; Acuña Anzorena, Arturo: **Consideraciones sobre el nombre de las personas**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961; Karaman Betancourt: Valencia Vargas, ob. cit., Domínguez Guillén, **Derecho Civil I Personas...**, pp. 135-163; Varela Cáceres, Edison Lucio: “El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 33, Caracas, 2010, pp. 249-303; Varela Cáceres, Edison Lucio: **La modificación del nombre propio**

A través del nombre le permite al sujeto una individualización no solo en las relaciones jurídicas, sino también familiares y sociales.

El nombre civil presenta como característica que es de orden público, y esto incluye como elementos que el nombre civil sea necesario, obligatorio, indisponible, inmutable, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible¹⁴⁴. Al participar la noción del orden público en la institución del nombre civil, queda limitada la voluntad del sujeto respecto de tan importante institución.

El nombre civil es necesario porque permite la individualización del sujeto de derecho; su socialización como persona en la comunidad es a través del nombre que lo distingue de los demás. Además, es obligatorio, porque la ley es imperativa al respecto, el sujeto debe utilizar su nombre para el desarrollo de sus relaciones jurídicas. Como indica Acuña, el nombre es obligatorio en cuanto que toda persona, aun en contra su voluntad, debe necesariamente llevar un nombre¹⁴⁵. La persona no puede escapar a este imperativo, a menos que se elimine la sociedad misma¹⁴⁶.

Desde el mismo momento de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, la persona debe poseer un nombre a tenor de lo que preveía el derogado artículo 466 del Código Civil, actualmente el artículo 93, numeral 4 de la Ley Orgánica de Registro Civil. Por otro lado, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Identificación¹⁴⁷ prevé que: “Los venezolanos y venezolanas desde el momento de su nacimiento tienen derecho a poseer un medio de identificación otorgado por el Estado...”, y en el artículo 8 de la misma Ley expresa: “Son elementos básicos de la identificación de los ciudadanos y ciudadanas: sus nombres, apellidos,

en los niños y adolescentes. Serie Trabajos de Grado N° 17. Caracas: UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2008.

¹⁴⁴ Sobre el carácter de orden público del nombre civil, véase: Aguilar, Gorrondona, ob. cit., pp. 171-172, Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 421 y 423; La Roche, ob. cit., p. 249; Marín Echeverría, ob. cit., pp. 55-56; Hung, ob. cit., pp. 193 y 195.

¹⁴⁵ Acuña, ob. cit., p. 16.

¹⁴⁶ Pliner, ob. cit., p. 98.

¹⁴⁷ Ley Orgánica de Identificación, publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.458 de fecha 14 de junio del 2006.

sexo, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, los dibujos de sus crestas dactilares y cualquier otro medio de identificación”¹⁴⁸.

El nombre civil es indisponible, como bien extrapatrimonial que es, no está sujeto a la comercialización; no se podrá ceder, enajenar pues escapa de la voluntad del sujeto, en consecuencia es intransmisible e inalienable. Paralelamente a ello, el nombre es inmutable o invariable, pues la sociedad y al Estado les interesa conservar la identidad de las personas y obtener mayor seguridad jurídica en sus relaciones. La posibilidad del cambio, según veremos, es eminentemente excepcional.

Como lo hemos expresado en las líneas anteriores, el nombre civil es una institución jurídica de orden público, en consecuencia indisponible¹⁴⁹, y sólo se podrá tolerar la participación de la voluntad cuando la ley lo considere pertinente. Cabría preguntarse, cuándo el orden jurídico permite la intervención de esta última en el nombre civil. Al respecto señala Hung, al referirse a una de las características más importantes del nombre civil, a saber, su indisponibilidad, según la cual la persona por acto de voluntad no puede crear, modificar, transmitir, ni extinguir su nombre salvo que la ley le conceda tales facultades a la persona para crear, modificar o extinguir un estado civil y conlleve con ello un cambio de nombre civil¹⁵⁰. Advierte como supuestos: 1. Determinación

¹⁴⁸ El artículo 16 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) prevé: “Todos los niños y adolescentes tienen derecho a un nombre y a una nacionalidad”. Igualmente el artículo 7, ordinal primero de la Convención sobre los Derechos del Niño: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre...”. El artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresa: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La Ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

¹⁴⁹ Señala Luces Gil, que una ley que permita varios supuestos de intervención de la autonomía de la voluntad para la determinación o cambio del nombre, afectaría la indisponibilidad como una nota esencial ante el atributo del nombre. Considera que, para que una característica pueda calificarse de esencial no debe admitir excepciones. Si las hay, ya deja de serlo (ob. cit., p. 82).

¹⁵⁰ Hung, ob. cit., p. 194.

del nombre de pila del recién nacido; 2. Cambio del nombre del pila y apellido con motivo a la adopción; 3. Establecimiento voluntario o judicial de la filiación; impugnación de la paternidad del hijo nacido o concebido durante el matrimonio; 4. Nulidad o impugnación del reconocimiento del hijo, nacido fuera del matrimonio¹⁵¹. Hung, acertadamente, refiere que cuando la ley nos faculta en la creación, modificación o extinción de un estado civil, derivada por la voluntad de la persona, puede, en principio, permitir cambio en el nombre civil o la determinación del nombre de pila.

Consideramos pertinente para el análisis de la participación de la voluntad en la institución del nombre civil, determinar o distinguir los elementos que lo configuran tales como: el nombre de pila o prenombre y el apellido o nombre patronímico, para una mayor explicación de la incidencia de la voluntad en los mismos.

2.2.1.1.1. Determinación del nombre de pila

En la determinación del nombre de pila de la persona, encuentra aplicación la voluntad del presentante o de los progenitores al momento de su inscripción ante el funcionario competente del Registro Civil, no existen restricciones expresas en nuestra legislación al respecto para la elección del mismo. Como nos remite Contreras, “su elección es enteramente libre”¹⁵². De acuerdo al artículo 93 numeral 4 de la Ley Orgánica de Registro Civil, el acta de nacimiento deberá contener los nombres y apellidos del presentado¹⁵³. Además, en las directrices para la identificación inmediata de los niños y niñas, cuyo nacimiento hayan ocurrido en

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² Contreras, ob. cit., p. 147. Señala también Contreras, que es posible designar a la criatura con un nombre inventado, o cualquier otro al capricho, ya que ninguna disposición lo prohíbe (ídem). Echeverría: No existe ninguna normativa que lo prohíbe los declarantes pueden indicar al funcionario los nombres de pila que se les antoje (ob. cit., p. 49).

¹⁵³ En nuestro ordenamiento jurídico no expresa que el padre o la madre debe designar el nombre, pero ha señalado la doctrina que se deriva como efectos de la patria potestad. En este sentido se ha expresado Domínguez Guillén: La designación del nombre civil en principio le corresponde a los padres, aunque no exista una indicación expresa, ello es un atributo de la patria potestad (**Ensayo...**, ob. cit., p. 431). Véase también: Pliner, ob. cit., p. 222, y Contreras, ob. cit., p. 148. En el supuesto que el declarante no señale

las instituciones, centros y servicios de salud del país; en su artículo 3 numeral 5 expresa que la constancia de nacimiento vivo debe contener la identificación del recién nacido o recién nacida, como es su nombre, sexo, talla, etc.¹⁵⁴.

La ley no orienta los términos o palabras que pueden escoger los responsables ante el funcionario del Registro Civil, y en ese sentido rige la libertad en la selección, pero el nombre elegido no debe ser inmoral, ridículo o vergonzoso. El término seleccionado debe respetar la dignidad de la persona¹⁵⁵. De allí que la voluntad del presentante no puede llegar a seleccionar como nombre de

ningún nombre, la selección lo realizará el funcionario, como lo prevé el artículo 466 del CC. Al respecto, indica Hernández-Bretón que, "...el nombre se adquiere con el nacimiento de la personas, en virtud de una relación filiatoria [...] En la determinación del nombre civil interviene, cuando menos en la elección del nombre de pila, la voluntad de los progenitores o del funcionario actuante. La voluntad de los particulares tiene mucho menor intensidad en la determinación del(os) apellido(s)" (Hernández-Bretón, Eugenio: "El nombre Civil y el Sexo de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado Venezolano". En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas: TSJ, 2002, Vol. I, p. 599). Agrega a su vez que, en "nuestro país no hay mayores restricciones a la elección del nombre o nombres de pila por los progenitores, salvo la cláusula general del orden público y buenas costumbres, cláusula que en nuestro medio no parece ser muy recurrida" (ibíd., p. 601).

¹⁵⁴ Directrices para la identificación inmediata de los niños y niñas, cuyo nacimiento hayan ocurrido en las instituciones, centros y servicios de salud del país del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, publicado en GO N° 37.771 del 09-09-2003. Prevé en su artículo 3 que la Constancia de Nacimiento Vivo es la certificación donde consta el acto biológico del nacimiento y sus respectivos datos, debidamente expedida por el médico responsable de dicho acto [...] en el numeral 1° expresa que es de obligatorio cumplimiento que todo nacimiento que se produzca en una institución, centro y servicio de salud público o privado en el país conste en ella. Véase el artículo 92 de la Ley Orgánica de Registro Civil (LORC).

¹⁵⁵ Indica Aguilar que el funcionario del estado civil puede rechazar las palabras seleccionadas como nombre si dichas palabras no puede ser consideradas nombre de pila, conforme al significado que tiene esta expresión en nuestra lengua (ob. cit., p. 162). Igualmente, siguiendo las ideas de Aguilar, se pronuncia Domínguez Guillén: el funcionario en casos extremos puede negarse a asentar la palabra indicada si configura una grosería o un impropio (**Ensayos...**, ob. cit., p. 434). En sentido contrario, Marín Echeverría, ob. cit., p. 49. En España la elección del mismo no es absoluta, permite al

pila un término contrario a la dignidad humana; amén del respeto que se impone al interés superior del menor¹⁵⁶.

Si bien nuestras normas no indican en forma expresa limitaciones o prohibiciones en la elección del nombre de pila, su designación es controlada indirectamente por el orden público y las buenas costumbres; y qué mejor implicación del orden público que preservar la dignidad del ser humano en la selección del nombre que lo afecta.

2.2.1.1.2. Determinación del apellido

Con el apellido ocurre todo lo contrario que con el nombre de pila, su determinación no queda a la libertad del presentante sino del Legislador, su atribución depende de lo ordenado en la ley. Los artículos 235 y siguientes del Código Civil fijan las pautas para el mismo, el cual se deriva de la filiación. La transmisión del apellido se produce *ope legis* y no en virtud de un acto de disposición del titular¹⁵⁷.

2.2.1.1.3. Cambio del nombre de pila

El cambio del nombre de pila o prenombre en nuestra legislación en principio no está permitido, en razón de su carácter inmutable y, por ende, definitivo, a objeto de garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas de las personas. No obstante, nuestro legislador consagra la posibilidad del cambio del nombre de pila por vía principal en el supuesto de la adopción¹⁵⁸.

registrador rechazarlo cuando el nombre sea extravagantes, impropios de persona, irreverentes o subversivos, así como la imposición del nombre de un hermano, al no ser que haya fallecido; la designación de un nombre que por su pronunciación u ortografía induzca error sobre el sexo, no podrá imponerse más de dos nombres. Véase al respecto Puig Brutau, ob. cit., p. 232, quien citando a Puig Ferriol, expresa que la libertad de imposición de nombre “no debe tener, en principio, otros límites que los exigidos por el respeto a la dignidad de la propia persona”.

¹⁵⁶ Véase a Domínguez Guillen, **Ensayos...**, ob. cit., p. 434; Varela Cáceres, “El nombre civil...”, pp. 265-266.

¹⁵⁷ Luces Gil, ob. cit., p. 81.

Ha sugerido la doctrina la posibilidad del cambio del nombre de pila por vía principal, en “aquellos casos donde el nombre impuesto a la persona atente contra la dignidad del ser humano”¹⁵⁹. Sin lugar a dudas, ¿cómo permitir a un ser humano utilizar toda su vida un nombre ridículo, denigrante, vergonzoso o grosero? Ciertamente, en lo atinente a una institución fundamental, su dignidad está sobre todo¹⁶⁰. Si bien la doctrina y la jurisprudencia habían considerado la posibilidad del cambio del nombre de pila cuando afecte la dignidad del ser humano. Ello fue expresamente consagrado en la Ley Orgánica de Registro

¹⁵⁸ El artículo 501 LOPNNA expresa: “...El adoptado o adoptada debe conservar su nombre propio, amenos que se haya solicitado oportunamente la modificación del mismo y el juez o jueza autorice”.

¹⁵⁹ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, ob. cit., p. 454.

¹⁶⁰ Véase al respecto, sentencia del 21 de enero de 2003, de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Exp. N° C-021 121 (30399), indica: “...Ahora bien, la evolución operada del Derecho de las Personas, en particular, por la notabilísima influencia que ha recibido en los últimos cuarenta años con la incorporación del derecho de los Derechos Humanos, conduce a plantear el cuestionamiento jurisprudencial de tal postura doctrinaria, puesto que ya nuestros tribunales civiles han sentado importantes precedentes, sobre todo cuando el cambio se ha tratado de nombres o apellidos vergonzosos o ridículos que exponen la dignidad de quienes lo portan (casos Kagasekine, Mion Pet, Amor Bastardo y otros) [...] hoy por hoy del derecho a tener un nombre digno es un derecho esencial a la persona humana (artículos 11 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (JRG, T. 196, pp. 27 y 29). Igualmente, decisiones regionales por afectación la dignidad de la persona como es el caso que se solicita el cambio del nombre de MARCIANA DEL CARMEN VALERA a MARIANA DEL CARMEN VALERA, Sala del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa. Guanare, 25-06-2007. En: <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/1625-25-00413-C-06-.html>. “...en el derecho esencial que tiene toda persona humana a tener un nombre digno, el cual constituye un derecho inherente a su dignidad personal; por lo que a juicio de esta Juzgadora es impretermisible declarar el cambio de nombre civil solicitado, en consecuencia se rectifica la mencionada partida de nacimiento en el sentido de que en donde se lee: “...HITLER JOSÉ RANGEL BAUTISTA...” debe leerse: “...GABRIEL JOSÉ RANGEL BAUTISTA. Así se decide”, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Cabimas, 05-12-2006. En: <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2006/diciembre/516-5-31253-1324.html>.

Civil en su artículo 146, al permitir por vía administrativa, ante el Registrador, dicho cambio si el nombre de pila es infamante, someta a la persona al escarnio público, atente contra la integridad moral, honor y reputación, o no se corresponda con su género¹⁶¹. Algunos consideran que la previsión de la Ley Orgánica de Registro Civil no es óbice para acudir a la jurisdicción¹⁶².

Otro de los supuestos que agregaba la doctrina nacional del cambio del nombre civil, es el caso de los extranjeros. Al tratarse de extranjeros se le aplicaba la ley de su nacionalidad, y era posible el cambio del nombre si lo autorizaba su ley nacional. Esta norma fue derogada por la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁶³. Ahora se determina por el factor del domicilio y no por la nacionalidad, y el artículo 11 de la misma Ley califica el domicilio como residencia habitual¹⁶⁴. Al respecto, explica Domínguez Guillén, que los extranjeros que tenga su domicilio en Venezuela no podrán efectuar cambio de nombre, porque nuestra ley no lo prevé, salvo que afecte a la dignidad¹⁶⁵.

2.2.1.1.4. Cambio del apellido

Nos parece interesante resaltar cómo actúa la voluntad en cada uno de los supuestos planteados para el cambio del apellido. Con relación al apellido, su cambio por vía principal se rige por las mismas ideas reflejadas anteriormente

¹⁶¹ Véase al respecto, Varela Cáceres, **La modificación del nombre propio...**, ob. cit., p. 154.

¹⁶² Véase: Guite Andrade, Tomás Enrique: **La rectificación de partidas y nuevos actos del estado civil**. Caracas: UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, 2011 (tutor: María C. Domínguez G.). Dicho trabajo igualmente fue presentado para ascender a la categoría de profesor asistente (defendido el 28 de marzo 2012). El autor sostiene que la posibilidad de cambio de nombre bien puede seguir siendo conocida por la Jurisdicción a través del procedimiento consagrado en los artículos 768 y ss. del CPC.

¹⁶³ Artículo 16 de la Ley de Derecho Internacional Privado expresa: “La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el derecho de su domicilio”. Véase al respecto a Barrios. Haydée: “Del Domicilio”, En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 117. Caracas, 2000, pp. 41-66.

¹⁶⁴ Artículo 11 de la Ley Internacional de Derecho Privado: “El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del estado donde tiene su residencia habitual”.

¹⁶⁵ Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 453.

con respecto al nombre de pila; podría sostenerse cambio de los apellidos por ante el juez si el término afecta la dignidad de la persona. Ahora bien, el cambio de apellido por vía de consecuencia tiene lugar en aquellos casos de cambio de estado civil, a saber: adopción; reconocimiento voluntario o el establecimiento judicial de la filiación; desconocimiento del hijo matrimonial; nulidad o impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial; nulidad de la adopción.

En el caso de la adopción, prevé el artículo 502 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que no existe discrecionalidad en la determinación del apellido en la adopción, lo mismo ocurre en la determinación de la filiación prevista en el artículo 235 y siguientes del Código Civil. En efecto, la determinación de los apellidos derivados de la filiación o estado tiene lugar *ipso iure*, por el simple efecto de la ley, no se aplica en modo alguno la voluntad.

En los supuestos de reconocimiento, desconocimiento e impugnación de la filiación no actúa, en principio, la voluntad de la persona; el legislador determina su fijación y el orden de los apellidos tanto para los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, o cuando la filiación es precisada sólo respecto a uno de los progenitores —a excepción de lo previsto en los artículos 236 y 237 del Código Civil.

Así pues, la voluntad no encuentra asidero en la determinación inicial del apellido, porque su orden (primero del padre seguido por el primero de la madre; artículo 235 del CC), viene impuesto por la ley. Acertadamente nos refiere Domínguez Guillén que la determinación de los apellidos para la filiación extramatrimonial se aplica sin excepción el contenido de tal disposición si la presentación se efectuó en forma simultánea o inmediatamente sucesiva.

Con excepción al análisis descrito en las líneas anteriores, la voluntad sí entra en juego cuando el interesado solicita ante el servicio de identificación el cambio del apellido correspondiente por vía de consecuencia (reconocimiento voluntario o judicial). En efecto, el artículo 236 del Código Civil prevé:

Si la filiación ha sido establecida con posterioridad a la partida de nacimiento, el hijo podrá usar los nuevos apellidos. En este caso deberá comunicar el cambio al Servicio Nacional de Identificación, mediante la presentación del instrumento o la sentencia judicial en que conste la prueba de su filiación.

Igualmente, el artículo 237 del Código Civil dispone:

Si el establecimiento de la filiación tiene lugar durante la minoridad del hijo, el cambio de apellido a que contrae el artículo anterior podrá ser formalizado del mismo modo, por el padre o la madre, con autorización del Juez de Menores del domicilio del hijo, quien lo acordará oído al menor, si éste es mayor de doce (12) años. El derecho de que trata este artículo cesa para los padres cuando el hijo haya contraído matrimonio; en este caso la opción corresponde únicamente a él.

De las dos normas se deriva que si el reconocimiento voluntario o judicial del hijo se realiza con posterioridad al levantamiento de la partida de nacimiento, el hijo tiene la facultad de usar los nuevos apellidos. Si el hijo es menor de edad y no ha contraído matrimonio, el cambio es decidido por los padres con autorización del juez, quien oír al menor al margen de su edad. Si es mayor de edad o menor de edad, pero ha contraído matrimonio, le corresponde a éste y debe comunicarlo al Servicio Nacional de Identificación. Indica Domínguez Guillén que el cambio de apellido en tales casos es enteramente discrecional; pues puede el sujeto continuar con sus apellidos originales y ello no afecta los derechos derivados de la filiación posteriormente declarada¹⁶⁶.

El cambio de apellido producido por el reconocimiento, sea este voluntario o forzoso, después del levantamiento de la acta de nacimiento, es potestativo del hijo; consiente así el legislador la participación de la voluntad de la persona. Pensamos al igual que Domínguez, que el cambio obligatorio del apellido generaría en algunos supuestos serios inconvenientes derivados de la necesidad

¹⁶⁶ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, ob. cit., p. 444.

de modificar la documentación¹⁶⁷. En opinión de la autora, la Ley para la Protección de las Familias, la maternidad y la Paternidad (LPFMP) no cambia el orden indicado por el Código sustantivo, no obstante el procedimiento para instar al reconocimiento previsto en dicha normativa¹⁶⁸.

Vemos así que la voluntad en la determinación del nombre civil juega un papel más trascendental respecto del nombre de pila, pues la precisión del apellido es impuesta por la ley. Sin embargo, como indicamos, la discrecionalidad en el cambio de apellido por vía de consecuencia es un reflejo interesante, aunque más tenue de la voluntad respecto del atributo en estudio.

Cabe también indicar lo referente al apellido de la mujer casada; el artículo 137 del Código Civil prevé, en su primer aparte, que la mujer casada podrá usar el apellido del marido. Estamos ante una norma dispositiva, la cual faculta a la mujer a usar o no el apellido del marido, dependerá de la voluntad de la mujer en optar o no el cambio de su apellido. Por otro lado, el artículo 137 del Código Civil no indica expresamente que la mujer divorciada pueda usar el apellido del exmarido, no obstante ha manifestado la doctrina, que en tal supuesto, la mujer no podrá seguir utilizando el apellido del exmarido, porque no sería indicativo del estado¹⁶⁹. Algunos autores, como D' Jesús, Ripert

¹⁶⁷ Ídem. Véase así mismo los planteamientos de Domínguez Guillén, referente a lo previsto en los artículos 27 de la LPFMP y el artículo 91 de la Ley de Orgánica de Registro Civil, relativo a mantener la discrecionalidad del cambio del apellido en el supuesto cuando ocurre la invalidación de la primera partida (Domínguez Guillén, **Derecho Civil I Personas...**, p. 155).

¹⁶⁸ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho de Familia**. Caracas, TSJ, Colección Estudios Jurídicos N° 20, 2008, p. 331 y ss. (también en: “Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para protección de las familias, la maternidad y la paternidad”. En: **Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social**. Colección Estudios Jurídicos N° 19, TSJ, 2008, pp. 227 y 249). En sentido contrario: Aguilar C., Ramón Alfredo: **Consideraciones sobre los avances científicos y nuevas normativas en materia de establecimiento, desconocimiento e impugnación de la filiación paterna**. Trabajo de ascenso para optar a la categoría de profesor Asistente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, 2012 (tutora María C. Domínguez G.).

¹⁶⁹ Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 447; Marín Echeverría, ob. cit., p. 52.

y Boulanger¹⁷⁰, comentan que algunos tribunales han autorizado el uso del apellido de exmarido por la mujer divorciada, acertadamente no valdría autorización o acuerdo de las partes por tratarse de instituciones de orden público y no se aplica el principio de la autonomía de la voluntad.

Ha planteado la doctrina que una vez que la mujer decida cambiar el apellido y utilizar el de su esposo puede dejarlo de usarlo a *posteriori*. Al respecto, explica Domínguez Guillén, que consideran algunos que no pueden retornar a sus apellidos originales, porque ello afectaría la seguridad en las relaciones con terceros. Sin embargo, la autora se manifiesta en sentido contrario, pues el supuesto de adición del apellido de la mujer casada no puede regirse por los mismos criterios de irrevocabilidad que implican un cambio de apellido producto de la filiación. La mujer casada nunca pierde sus dos apellidos originales, éstos se derivan de su filiación¹⁷¹.

2.2.1.1.5. Seudónimo

El seudónimo es un nombre artificial escogido por el sujeto para un ámbito determinado. Podría decirse que, a diferencia del nombre civil, el seudónimo sí constituye verdaderamente una manifestación de la autonomía de la voluntad. Es precisamente su carácter voluntario lo que lo distingue del nombre civil o atributo individualizador por excelencia. En efecto, puede utilizarse en lugar del nombre civil, en un área particular e inclusive excepcionalmente fuera de ésta, si el sujeto ha sido ampliamente reconocido y además podrá utilizarlo en aquellos actos donde no sea exigible el nombre civil¹⁷². Apunta Ochoa, que el seudónimo se adquiere por voluntad deliberada y unilateral del individuo, y es independiente de su estado civil, de su filiación¹⁷³.

¹⁷⁰ Citados por Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 448-449.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 451.

¹⁷² Véase a Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 457 y 460; Marín Echeverría, ob. cit., p. 68; Luces Gil, ob. cit., pp. 29 y 33.

¹⁷³ Ochoa, **Derecho...**, ob. cit., p. 255.

Por último, la Ley sobre Derechos de Autor hace una mención expresa sobre el seudónimo en sus artículos 7 y 8; de dichas disposiciones se desprende que la determinación del autor de una obra puede darse por su nombre civil o un seudónimo.

2.2.1.2. Sede jurídica

La sede jurídica¹⁷⁴, al igual que el nombre civil y el estado civil, constituyen atributos de la persona que permiten la individualización de la persona a nivel geográfico o territorial para fines jurídicos. El artículo 50 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho de libertad de movimiento y desplazamiento del sujeto natural; y con ello hace que su ubicación espacial pueda llegar a ser difícil de precisar, lo que genera problemas de localización de la persona a los efectos jurídicos¹⁷⁵. En consecuencia, el derecho no se opone a tal libertad, pero sí requiere establecer con precisión cuál es la sede jurídica del sujeto para derivar los efectos jurídicos: “De no existir este punto de referencia territorial, ciertas relaciones jurídicas serían especialmente precarias porque no habría un nexo de conexión que permitiera vincular al sujeto a un lugar determinado para ciertos efectos jurídicos”¹⁷⁶.

Se constituye así la sede jurídica como el lugar donde el derecho considera localizada una persona para un efecto jurídico determinado, aunque dicha persona no se encuentre allí efectiva y físicamente¹⁷⁷. Para nuestro ordenamiento jurídico, las principales sedes jurídicas son: el domicilio, la residencia

¹⁷⁴ Véase sobre la sede jurídica: Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 181-199; Hung, ob. cit., pp. 211-234; Marín Echeverría, ob. cit., pp. 69-88; La Roche, ob. cit., pp. 251-264; Domínguez Guillén, María Candelaria: “La Sede Jurídica”, En: **Temas de Derecho Civil**. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección de Libros Homenaje, N° 14. Caracas, TSJ, 2004, T. I, pp. 449-495; Barrios, ob. cit., pp. 41-66.

¹⁷⁵ Hung, ob. cit., p. 213.

¹⁷⁶ Domínguez Guillén, “La sede...”, ob. cit., p. 451.

¹⁷⁷ Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 181. Así la persona que constituye su domicilio en un lugar determinado, realiza solamente un acto voluntario lícito, porque lo guía únicamente el propósito de vivir con su familia, pero este hecho le producirá consecuencias jurídicas aunque no las haya querido (Angliano, ob. cit., p. 75).

y el paradero. Denota Domínguez Guillén¹⁷⁸, que la distinción entre el domicilio, la residencia y el paradero tiene que ver con la magnitud del nexo territorial; si es permanente y sólido se está antes la principal sede jurídica, cómo lo es el domicilio; si es menos estable, pero con cierta permanencia territorial porque es el lugar donde vive una persona se está ante la residencia; y, por último, el paradero es la sede menos estable y configura el lugar donde se encuentra una persona en un momento determinado.

2.2.1.2.1. Domicilio

El domicilio puede ser general o especial; el primero rige para la mayoría de la relaciones jurídicas y puede ser voluntario o legal; el voluntario¹⁷⁹, como su denominación lo indica, depende de la voluntad (una voluntad reflejada en hechos) de la persona; la determinación del domicilio legal lo realiza el Legislador (artículo 33 del CC). El domicilio especial está regulado para ciertos efectos, se distinguen el de elección y el conyugal (artículos 140 y 140-A del CC y artículo 754 del CPC). El domicilio de elección es aquel determinado por las partes en un contrato para la ejecución del mismo; y el domicilio conyugal fija la competencia ante los órganos jurisdiccionales en materia derivada del matrimonio.

2.2.1.2.1.1. Domicilio de elección

En lo que se refiere al domicilio en nuestro derecho positivo, pueden plantearse algunos supuestos que otorgan valor a la autonomía de la voluntad, nos referimos específicamente al domicilio de elección. Es en esta especie de domicilio especial en el que se encuentra mayor aplicación el principio en estudio.

¹⁷⁸ Domínguez Guillén, “La sede...”, ob. cit., p. 455.

¹⁷⁹ Artículo 27 del CC. Nos referimos a este domicilio a una voluntad objetiva y no subjetiva, pues su determinación se realizará no en virtud, donde la persona lo establezca, sino por un conjunto de circunstancias, tales como la ubicación de sus negocios y sus intereses de toda índole —afectivos, morales, familiares—.

El artículo 32 del Código Civil señala que se puede elegir un domicilio especial para ciertos asuntos y actos, esa elección debe constar por escrito. Las partes, al suscribir un contrato, pueden elegir a qué jurisdicción de los tribunales someterse, produciéndose así una sustitución del domicilio general voluntario¹⁸⁰. Esta derogatoria está consagrada igualmente en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil¹⁸¹. El domicilio de elección es una de las manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad y el mismo no es procedente cuando se trate de causas en que deba intervenir el Ministerio Público¹⁸², ni en cualquier otra en que la ley expresamente lo determine¹⁸³. El domicilio por elección se perfila positivamente ante el principio de la autonomía de la voluntad, pero sin vulnerar las normas de orden público, el mismo no se aplica en materia de divorcio, filiación, menores de edad, para la apertura de la sucesión, para las inscripciones de algunos estados civiles, en materia fiscal, etc.

¹⁸⁰ Para esos negocios jurídicos o contratos en particular. Sin que la persona vea afectada su domicilio general voluntario, el cual es irrenunciable. Vale señalar que, erróneamente se menciona un domicilio de elección, cuando verdaderamente existe es una derogatoria convencional del domicilio general voluntario.

¹⁸¹ Que indica: “La competencia por el territorio puede derogarse por convenio de las partes, caso en el cual la demanda podrá proponerse ante la autoridad judicial del lugar que se haya elegido como domicilio. La derogación no podrá efectuarse cuando se trate de causas en las que debe intervenir el Ministerio Público, ni en cualquier otro en que la ley expresamente lo determine”. Véase al respecto: Rengel Romberg, Aristides: **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano**, Caracas: Edit. Arte, 2da edic., 1992, Vol. I, p. 353. Delgado Ocando, Carlos: “De los efectos de la elección de domicilio en el Código de Procedimiento Civil venezolano”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 9, Caracas, 2003.

¹⁸² Vid. artículo 131 del CPC.

¹⁸³ Véase a: Domínguez Guillén, “La Sede...”, ob. cit., p. 482. Véase igualmente: “El Tribunal considera que el domicilio de elección es una de las expresiones de la autonomía de la voluntad para que los contratantes puedan manifestarse libremente, y tal fijación no puede implicar la violación de una Norma imperativa o prohibitiva del derecho vigente. El domicilio de elección debe estar, desde luego, ubicado dentro de los límites de la República, pues la Ley se ha hecho para que tenga aplicación en ese ámbito, dejando a salvo la aplicación extraterritorial, que nuestro sistema acoge con algunas limitaciones, superado como ha sido el concepto rígido de la territorialidad. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas. 19-09-2003. En: <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2003/septiembre/132-17-5719>.

En torno al domicilio de elección, existe una polémica doctrinaria si el mismo tiene carácter facultativo en vista del contenido del artículo 47 del CPC, o en su defecto posee un carácter exclusivo y excluyente, si las partes lo indicaran expresamente en el contrato¹⁸⁴. Criterio que se ha reflejado en nuestros tribunales con diversas interpretaciones, para algunos jueces es facultativo¹⁸⁵, mientras para otros tiene un carácter netamente excluyente¹⁸⁶. Al respecto ha expresado Delgado Ocando, que el contenido del artículo 47 del CPC, tiene un carácter netamente facultativo al utilizar la frase “la acción podrá ser propuesta”¹⁸⁷ y no excluyente. El autor agrega que en el artículo en referencia faculta a las partes, mas no las obliga a proponer la demanda ante el tribunal del domicilio elegido, “pues no otro es el sentido del verbo poder que significa tener expedita la facultad de hacer algo, en sentido potencial de aquello que está en calidad de posible”; además, agrega, al citar a Chiovenda que una cosa es que el demandante tenga la opción de escoger entre diferentes fueros, en cuyo

¹⁸⁴ Véase Hung, ob. cit., p. 228. Domínguez Guillén, “La Sede...”, ob. cit., p. 483.

¹⁸⁵ Véase las decisiones regionales de nuestro Tribunales al respecto: 1. Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental. En: <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/1037-10-BP02-R-2005-000596-.html>. 2. Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del estado Miranda. Los Teques, 20-03-2003, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/marzo/99-20-03-4925-.htm>. 3. Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. En: <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/2142-22-8149-.html>.

¹⁸⁶ Igualmente véase al respecto decisiones regionales: 1. Juzgado Superior Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas. Maiquetía, 08-09-2000. En: <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/128-8-1377-685.html>). 2. Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Lara Barquisimeto, 11-11-2003. En: <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2003/noviembre/649-11-KP02-R-2003-1018-.html>. 3. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo. En: <http://carabobo.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/721-10-50.414-.html>. 4. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico. San Juan de los Morros, 25-08-2005. En: <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/agosto/368-25-5587-.html>.

¹⁸⁷ Delgado Ocando, ob. cit., pp. 19, 21 y 23.

caso se trata de un derecho que la ley expresa con el facultativo “la acción podrá ser propuesta”; y otra caso es que el fuero sea exclusivo. Concluye el autor que “las partes no pueden, en base al citado artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, cuya interpretación debe ser restrictiva por ser una excepción al artículo 5 *eiusdem*, dejar sin efecto el fuero concurrente electivo allí previsto, por un fuero exclusivo o necesario”¹⁸⁸. Para el autor las partes le es imposible darle al domicilio de elección un sentido excluyente de los demás fueros de competencia territorial¹⁸⁹.

Entendemos que para lograr una efectiva interpretación de las normas que nos ocupa (artículos 32 del CC y 47 del CPC) se debe partir de los principios que rigen la materia sobre competencia judicial; si bien ésta está sumergida dentro del concepto de orden público, la competencia territorial es susceptible de derogatoria por convenios a diferencia de la competencia por la materia y la cuantía que no admite ninguna interferencia de la voluntad. Al fijar de antemano el domicilio los contratantes tienen conocimiento en la determinación del tribunal ante el cual eventualmente pueda ser interpuesta la demanda, garantizando así su derecho a la defensa. Domínguez Guillén acertadamente nos advierte que “no vemos óbice en que las partes le concedan al domicilio de elección carácter excluyente porque precisamente en aras de la seguridad jurídica, a los efectos de la competencia, es que los contratantes han decidido en forma inequívoca tal selección. Pensamos que la invalidez de la cláusula excluyente sólo puede tener carácter excepcional, es decir, en aquellos supuestos donde el carácter excluyente de dicha selección toque el límite de la violación del derecho de la defensa, especialmente en los casos de contratos leoninos o abusivos”¹⁹⁰.

Ciertamente, la competencia de los jueces se fija por la materia, la cuantía y el territorio; las dos primeras son de carácter absoluto, su quebrantamiento es

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Véase: *Ibid.*, pp. 40-46. No se deriva del artículo 47 del CPC, que dicho domicilio de elección sea exclusivo, porque las partes no pueden dejar sin efecto el fuero concurrente electivo allí previsto (*ibid.*, p. 26).

¹⁹⁰ Domínguez Guillén, “La sede...”, *ob. cit.*, p. 485.

nulo; la competencia por el territorio no afecta el orden público, y puede ser relajada por las partes, en forma escrita de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 del Código Civil, lo que responde a una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad. En efecto, si bien existe una preferencia por el fuero del demandado, ambas partes, a los efectos del contrato, pueden elegir la competencia territorial de los tribunales que quieren someterse, se establece una potestad entendida en que la demanda se puede proponer ante el órgano judicial del lugar elegido como domicilio, consideramos que, al atribuirle el carácter de excluyente al mismo, garantiza a ambas partes contratantes sortear lo engorroso de la determinación del domicilio general voluntario.

2.2.1.2.1.2. Domicilio conyugal

El domicilio conyugal¹⁹¹ recordemos que antes de la Reforma del Código Civil de 1982, la mujer casada tenía un domicilio legal, que venía fijado por el correspondiente marido. Actualmente, el domicilio general voluntario de cada uno de los cónyuges se determina por lo previsto en el artículo 27 del Código Civil. El domicilio conyugal, de acuerdo al contenido del artículo 140-A del Código Civil, será aquel donde el marido y la mujer tenga establecida de mutuo acuerdo su residencia, pero esta norma debe ser complementada con lo dispuesto en el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, que fija como domicilio conyugal aquel lugar donde los cónyuges ejercen los derechos y deberes de su estado. Como advierte Domínguez Guillén¹⁹² al seguir las ideas de Esparza¹⁹³ el domicilio conyugal no es aquel que decidan los esposos sino donde realmente cumplen las funciones derivadas de su estado civil.

El domicilio conyugal tiene una gran importancia procesal, pues permite fijar la competencia ante los órganos jurisdiccionales en materia de divorcio, separación de cuerpos y de bienes, nulidad de matrimonio y fija el domicilio legal

¹⁹¹ Véase al respecto a: Esparza, Jesús: "El Domicilio Conyugal a la luz de los artículo 140-A del Código Civil y 754 del Código de Procedimiento Civil". En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la LUZ*, Maracaibo, N° 68, 1992, pp. 45-61.

¹⁹² Domínguez Guillén, *La sede...*, ob. cit., p. 487.

¹⁹³ Esparza, ob. cit., pp. 47-49.

de los menores si los padres tienen domicilio general voluntario diferente. Si bien hay una participación subjetiva en la fijación porque imperará el acuerdo de ambos cónyuges o más bien su voluntad traducida en hechos, será complementado con un elemento objetivo derivado del lugar que realmente cumpla los derechos y deberes conyugales. Esto implica que la autonomía de la voluntad no fija la determinación ni modificación del domicilio conyugal. Los cónyuges no podrán interponer acciones para la disolución del vínculo matrimonial por otro Tribunal diferente al de su domicilio conyugal, ni aun en el supuesto que ambos cónyuges mutuamente deseen modificarlo. Así, como lo expresa Esparza, “La competencia territorial en materia de orden público es improrrogable, no pueden los cónyuges fijar a su arbitrio el domicilio conyugal, a los fines de una controversia matrimonial”¹⁹⁴. Al respecto la jurisprudencia indica:

...En los juicios de divorcio y de separación de cuerpos el domicilio conyugal es excluyente y esta regla no admite excepción y no pueden los cónyuges modificarla eligiendo unilateralmente o conjuntamente un domicilio distinto para solicitar el divorcio o la separación de cuerpos [...] por tratarse una competencia determinada por el orden público, bien pudieron los jueces de la recurrida pronunciarse de oficio sobre tal punto sin que ello supliera una defensa a la demanda¹⁹⁵.

El domicilio conyugal, a diferencia del domicilio contractual, es extraído del principio de la autonomía de la voluntad. Recordemos que en las causas en que debe intervenir el Ministerio Público no procede dicho principio, ejemplo de ello, son acciones relativas al matrimonio, la filiación e incapacitación.

¹⁹⁴ Esparza Bracho, Jesús: “El domicilio conyugal en la Reforma del Derecho de Familia venezolano”. En: *LEX, R.C.A.Z.*, Maracaibo, enero-marzo de 1983, p. 12.

¹⁹⁵ CSJ/SCC, sent. 12-03-68. JRG, T. 18, p. 312. Véase igualmente: CSJ/SCC, sent. 3-10-68. JRG, T. 19, pp. 404-406; CSJ/SCC, sent. 8-12-75. JRG, T. 49, pp. 607-609; CSJ/SCC, sent. 25-05-76. JRG, T. 52, pp. 526-527; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en Maracaibo, 19-06-2006. En: <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2006/junio/513-19-53.212-659.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, en la ciudad de San Juan de los Morros, 06-03-2007. En: <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2007/>

2.2.1.2.2. La residencia y el paradero

Se entiende por residencia el lugar donde habita de una forma permanente, habitual y estable una persona natural. El artículo 31 del Código Civil prevé que “La mera residencia hace las veces de domicilio respecto de las personas que no lo tienen conocido en otra parte”; y el paradero, a diferencia de la residencia, es donde se halla accidentalmente una persona natural, es decir, es una permanencia breve o transitoria.

Expresa nuestra norma adjetiva en su artículo 40 que la competencia por el territorio, relativa a derechos personales y derechos reales sobre bienes muebles, se propondrán ante el juez del lugar donde el demandado tenga su domicilio o, en su defecto, su residencia; en el supuesto que el demandado no tuviere ni domicilio ni residencia conocida, la demanda se propondrá en cualquier lugar donde él se encuentre¹⁹⁶. Tanto la residencia como el paradero determinan la competencia del territorio sobre derechos personales y reales sobre bienes muebles, cuando se desconoce el domicilio del demandado. Primero, debe agotarse la determinación del domicilio, a su defecto su residencia y por último su paradero.

Por otro lado, cabe destacar, que el contenido del artículo 46 del CPC, prevé la posibilidad de renunciar al domicilio general voluntario, lo que se traduce en que se podrá demandar al obligado donde se encuentre¹⁹⁷. En este supuesto, el sujeto “por su voluntad” puede renunciar a su domicilio general voluntario y esto da lugar a que se interpongan las acciones respectivas en el Tribunal

marzo/368-6-4259-02-.html: “...todo lo relacionado con la materia de familia está indisolublemente relacionada con las normas de orden público, que con tal carácter son de estricto cumplimiento, es inevitable concluir que los procedimientos de separación de cuerpos y de bienes están regulados por normas de orden público, en razón del cumplimiento a la normas que lo rigen establecidas en la Ley sustantiva y adjetiva...”

¹⁹⁶ Véase artículo 40 del CPC. Norma similar se observa en los procedimientos de intimación, en el artículo 641 del CPC.

¹⁹⁷ Artículo 46 del CPC: “Cuando el obligado haya renunciado a su domicilio podrá demandársele en lugar donde se encuentre”.

de su paradero. Esta renuncia no configura una pérdida del domicilio general voluntario de la persona, porque estamos en presencia de un atributo irrenunciable, lo que conlleva es que para todos los efectos jurídicos de la renuncia se podrá demandar al sujeto donde se encuentre sin la necesidad de determinar su domicilio general voluntario¹⁹⁸. Al renunciar el sujeto su domicilio se ubica en la misma condición de la persona que carece de domicilio y residencia conocidos, al ser demandado donde se halla.

En efecto, como pudimos observar, la competencia territorial de los Tribunales es de orden privado en las materias en que no deba intervenir el Ministerio Público; por ende, las reglas de competencia territorial pueden ser modificadas o relajadas por las particulares en dos supuestos: primero, por acuerdo bilateral de elección (artículo 32 del CC en concordancia artículo 47 del CPC)¹⁹⁹; segundo, se produce por la voluntad unilateral del sujeto al renunciar a su domicilio general voluntario (artículo 46 del CPC). Pues se deriva que el principio fundamental de la elección del domicilio y la renuncia del domicilio es la determinación de la competencia del tribunal por el territorio; el primero en el lugar señalado por las partes en el contrato; y el segundo permitiéndole al obligado ser demandado donde se encuentre. Ciertamente, el Legislador previó la libertad en la fijación de la competencia territorial de los Órganos Jurisdiccionales por voluntad de los particulares al permitir su derogatoria o relajación, lo cual se traduce en la materialización del principio de la autonomía de la voluntad en esta materia. Ahora bien, esa manifestación de voluntad del sujeto de renunciar a su domicilio deberá ser escrita y expresa por aplicación analógica lo previsto en artículo 32 del Código Civil, para el domicilio de elección²⁰⁰. No obstante, la renuncia al domicilio debe verse con

¹⁹⁸ Véase: Domínguez Guillén, "La Sede...", ob. cit., p. 494.

¹⁹⁹ Véase: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Lara Barquisimeto, 25-01-2005. En: <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/650-24-KP02-R-2004-001989-.html>; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Menores y Amparo Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, en la ciudad de Mérida, 14-01-2004. En: <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2004/enero/957-14-02229-.html>.

²⁰⁰ Véase en este sentido sentencia: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón. Expediente

recolo en aquellos contratos de adhesión y leoninos donde no existió libertad real en la selección de tan importante efecto.

2.2.1.3. Estado civil

Uno de los puntos más importantes del Derecho de Personas es el estado civil²⁰¹, que se le ha conceptualizado desde un punto de vista amplísimo como “el conjunto de cualidades o condiciones de las personas que la ley toma en consideración para atribuirles efectos jurídicos”²⁰². A su vez, la noción amplia del estado civil limita esas condiciones o cualidades a tres instituciones: El Estado, la familia y la persona en sí misma, a saber: *status civitatis, familiae, personae*. Configurado el primero por los elementos de nacionalidad, regionalidad y ciudadanía; el segundo por el parentesco y el matrimonio y para algunos el concubinato y el tercero básicamente por la edad, el sexo y la profesión.

Los elementos que configuran los tres *status* del estado civil pueden verse afectados en forma voluntaria o involuntaria²⁰³. En efecto, la adquisición,

Nº 3299. Con sede en Santa Ana de Coro, 08-07-2003. En: <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2003/julio/163-8-3299-075-J-08-07-03..html>: “el artículo 32 del CC, que exige que en estos casos, la elección de otro domicilio debe constar por escrito, de donde se extrae que a tales efectos toda renuncia al domicilio debe ser expresa y no implícita; y así se establece.” Para algunos la renuncia del domicilio es tácita cuando el demandado comparece a las actas procesales y no opone previamente la incompetencia territorial del Tribunal; Juzgado Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, en Barcelona, 02-02-2007. En: <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/1040-2-BP02-R-2006-001020-.html>.

²⁰¹ Sobre el tema del estado civil véase a: Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 71 y ss; Hung, ob. cit., p. 111 y ss; Marín Echeverría, ob. cit., p. 89 y ss; La Roche, ob. cit., pp. 265-276; Domínguez Guillén, María Candelaria: “El Estado Civil”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, Nº 5. Caracas, TSJ, 2002, Vol. I, p. 359 y ss; Lete del Río, José: **Derecho de Persona**. Madrid: Edit. Tecnos, 3º edic., 1996. p. 33 y ss; Serrano Alonso, Eduardo: **Derecho de la Persona**. Madrid: La Ley-Actualidad, 2ª edic., 1996, pp. 6-14.

²⁰² Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 523. Véase igualmente: Domínguez Guillén, “El Estado...”, ob. cit., p. 368.

²⁰³ Véase a Domínguez Guillén, “El estado...”, ob. cit., p. 382; Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 77-78.

constitución y extinción del estado civil podrá depender de la voluntad de la persona, o podrá trascender a la misma²⁰⁴.

Existen ciertos elementos del estado civil que dependen de la voluntad de la persona para su constitución o extinción. Esta participación de la intención de la voluntad para la modificación de un estado civil conlleva a que nos ubicamos bajo la presencia del principio de la autonomía de la voluntad.

Es preciso recordar que el estado civil puede originarse de un hecho jurídico o de un acto jurídico²⁰⁵. Los hechos jurídicos, “son acontecimientos que conforme con el derecho objetivo producen la adquisición, pérdida o modificación de un derecho subjetivo”²⁰⁶. Un hecho jurídico significativo como creador o extinción del estado civil es por ejemplo el nacimiento y la muerte. Con el nacimiento vivo, la ley reconoce la existencia de una persona y con ello la titularidad de derechos y deberes. Con el nacimiento se obtiene el estado de hijo. En el acto jurídico existe una declaración de voluntad²⁰⁷ para obtener tal efecto jurídico, como ocurre con el matrimonio, el reconocimiento voluntario de la filiación.

Los actos jurídicos se traducen en una declaración de la voluntad para crear, modificar o extinguir derechos; existe una “deliberación y decisión humana al que la norma jurídica le confiere consecuencias jurídicas”²⁰⁸. La volición

²⁰⁴ Véase al respecto a Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 77-78.

²⁰⁵ Véase al respecto, Domínguez Guillén, “El estado...”, pp. 393 y 394; Torres Vázquez, ob. cit., pp. 14-15; Cifuentes, ob. cit., pp. 145 y ss.

²⁰⁶ León Hurtado, ob. cit., p. 14. Los hechos jurídicos no son obra del hombre sino obra de la naturaleza, y permite la creación o extinción de un acto jurídico, como lo es el nacimiento y la muerte. Reale, ob. cit., p. 164, entiende por hecho jurídico, todo hecho de orden físico o social inserto en una estructura normativa.

²⁰⁷ Señala León Hurtado al respecto que la voluntad “es la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos [...] La voluntad no manifestada no existe para el derecho. Y con esto tenemos establecido el primer requisito de la voluntad jurídica: debe ser manifestada (ob. cit., p. 41).

²⁰⁸ Reale, ob. cit., p. 166. Para León Hurtado, el acto jurídico es la manifestación de voluntad hecha con la intención de lograr un determinado fin práctico y que produce los efectos jurídicos que el derecho determina para la consecución de ese fin (ob. cit., p. 17); Rico, Francisco: **La Conducta de la Personas en el Derecho Civil**. Madrid, 5ª edit.

o intención es el principal elemento del acto jurídico, por ende, donde se fundamenta el principio de la autonomía de la voluntad: “La autonomía de la voluntad se refiere a cualquier acto jurídico y, por consiguiente, es un principio más amplio que el de la libertad contractual”²⁰⁹. Esa manifestación de voluntad no es plena, pues tiene como limitante el interés social, como ocurre con las ideas del estado civil sumergidas dentro de la noción de orden público y las buenas costumbres. Como señala León Hurtado, en algunas situaciones la voluntad de los particulares sólo es eficaz para generar el acto jurídico, pues todo el acto en su contenido y efectos está reglamentado por la ley, sólo pueden modificarlo bajo las determinaciones prevista en la ley misma²¹⁰. En efecto, la voluntad juega un papel secundario, pues estas instituciones se rigen primordialmente por las disposiciones especiales de la ley²¹¹.

Vista esta fijación conceptual entre hecho jurídico y acto jurídico, observamos que este último requiere la declaración o manifestación de voluntad de la persona, y esa declaración de voluntad puede significar una modificación, creación o extinción del estado civil.

De Mauro Lozano, 1973, pp. 173-183. Al respecto advierte Maduro Luyando, que la manifestación de voluntad en los actos jurídicos pueden ser de diferentes naturalezas y obtener diversos efectos. Existen actos que consisten en la ejecución inmediata de una voluntad, que están dirigidos necesariamente a la obtención inmediata de un resultado material, sin requerir la intencionalidad de dirigir a otra persona esa manifestación de voluntad (por ejemplo, posesión ocupación de un inmueble); por otro lado aquellos actos constituido por manifestación de voluntad encaminadas a obtener determinados efectos que por disposición de legislador producen efectos distintos de los que el autor quiso originalmente; por último, aquella manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos considerados por el legislador como emanados directa y dependientemente de la voluntad del sujeto (ob. cit., pp. 373-374).

²⁰⁹ León Hurtado, ob. cit., p. 68.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 70. Sostiene que en este caso se encuentran casi todos los actos jurídicos del derecho de familia: matrimonio, legitimación, adopción, etc., e igual ocurre en gran parte del derecho sucesorio: indignidades, desheredamiento, asignaciones forzosas (*ídem*).

²¹¹ Galiano, ob. cit., p. 134. Cuando repercuten en el estado civil de las personas, dicho radio está sensiblemente disminuido, porque los particulares no pueden alcanzar otros fines que los predispuestos en la Ley (Gullón, ob. cit., p. 18).

El estado civil se desarrolla bajo la institución del orden público, se refuerza así su carácter imperativo, de cumplimiento obligatorio y sus normas quedan sustraídas de la voluntad de los particulares²¹². Queda determinar cómo la autonomía de la voluntad participa ante una institución de orden público, como lo es el estado civil. Para ello, vamos a referirnos a los distintos elementos que conforma cada uno de los estados en el orden indicado, a saber: el *status civitatis*, *familiae*, *personae*.

2.2.1.3.1. *Status civitatis*

2.2.1.3.1.1. Nacionalidad

En cuanto al *status civitatis*, en su elemento de la nacionalidad, éste puede derivarse de la voluntad del sujeto o prescindir de ella. Recordemos que la adquisición de la nacionalidad venezolana puede ser originaria o derivada. En efecto, el artículo 32 de la Constitución de 1999 permite la posibilidad de adquirir la nacionalidad por el *ius soli* y por el *ius sanguinis*. Los ordinales uno y dos del artículo mencionado prevén la adquisición de la nacionalidad originaria, los que hubieren nacido en el territorio de la República y los nacidos en el extranjero de padres venezolanos por nacimiento. Además, los ordinales tercero y cuarto del artículo 32 indican que adquieren la nacionalidad venezolana originaria, aquellos nacidos en territorio extranjero si uno de los progenitores es venezolano por nacimiento o por naturalización, bajo ciertas circunstancias o requisitos²¹³.

La nacionalidad venezolana originaria deriva del nacimiento y, a su vez, depende de circunstancias posteriores, aun cuando vinculadas a hechos ocurridos al

²¹² Advierte Marín Echeverría, que la regulación del estado civil está directamente interesado el orden público, por lo que es muy reducido el espacio que queda a la autonomía de la voluntad para intervenir en su determinación y, aun en este caso, bajo severos controles (ob. cit., p. 92).

²¹³ Véase la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, publicada en Gaceta Oficial N° 37.971, del 01-06-2004.

momento del nacimiento²¹⁴. Cuando la nacionalidad se produce por efecto del *ius soli* no influye la voluntad sino del simple hecho del nacimiento —son venezolanos los nacidos en el territorio de la República—; igualmente ocurre con los hijos nacidos en el extranjero de padre y madre venezolanos por nacimiento, son venezolanos por nacimiento producto del *ius sanguinis*; se adquiere la nacionalidad venezolana automáticamente sin mediar la voluntad²¹⁵. Como nos revela Parra-Aranguren, en esta hipótesis el *ius sanguinis* funciona automáticamente como criterio atributivo de nacionalidad venezolana originaria, sin necesidad de ningún requisito adicional²¹⁶.

En cambio, los hijos nacidos en el extranjero, cuando uno solo de los progenitores es venezolano por nacimiento, o hijos de padres venezolanos por naturalización, no se produce la atribución automática de la nacionalidad originaria y se exige el cumplimiento de requisitos adicionales²¹⁷. Prevé el artículo 32 de la Constitución y el artículo 9 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía:

Artículo 9. Son venezolanos y venezolanas por nacimiento: (...) 3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezca su residencia en el territorio de la República o declare su voluntad de acogerse

²¹⁴ Parra-Aranguren, Gonzalo: **La nacionalidad venezolana originaria**, Caracas: publicaciones de la Facultad de Derecho, UCV, 1963, T. II, p. 587. Véase igualmente a De Maekelt, Tatiana: “El régimen de la nacionalidad y ciudadanía”. **Ciclo de Conferencias dictadas en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, del 3 al 11 de mayo de 2000, sobre “La Constitución de 1999”**, Caracas, Ediciones Arauco, 2000, p. 322.

²¹⁵ Véase al respecto: Rincón Urdaneta, Iván: “Nacionalidad y Ciudadanía en la Constitución de 1999”. En: **Ley de derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)**. Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Colección de Libros Homenaje, N° 1. Caracas, TSJ, 2001, Vol. II, pp. 16 y 19. Bajo el principio de *ius soli*, se adquiere la nacionalidad venezolana por nacimiento, todo aquel que nazca en el territorio venezolano, aun cuando el nacimiento se produzca por accidente o al azar (es decir aun en los casos que los padres no lo hayan deseado) (ibíd., p. 18).

²¹⁶ Parra-Aranguren, ob. cit., p. 599.

²¹⁷ Ibíd., p. 595.

a la nacionalidad venezolana. 4. Toda persona nacida en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización, siempre que antes de cumplir dieciocho (18) años de edad establezca su residencia en el territorio de la República, y antes de cumplir veinticinco (25) años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

En el primer supuesto, el *ius sanguinis* no es suficiente para adquirir la nacionalidad venezolana originaria, solo se permite a la persona adquirirla cumpliendo los requisitos exigidos, a saber: establecer la residencia en la República o declarar su voluntad de ser venezolano²¹⁸. En el segundo supuesto, la norma es mucho más exigente para atribuir la nacionalidad venezolana originaria, pues se entiende que la circunstancia de ser venezolano por naturalización uno de los progenitores no constituye garantía de que los hijos nacidos en el extranjero se encuentren compenetrados con nuestro país. En tal virtud requiere el cumplimiento acumulativo de ambas condiciones²¹⁹.

De estas dos últimas hipótesis analizadas se observa que la adquisición de la nacionalidad venezolana originaria dependerá de la voluntad del interesado más las condiciones exigidas por el ordenamiento. Primero, establecer su residencia

²¹⁸ Al respecto señala Parra-Aranguren, que las condiciones exigidas no son acumulativas sino alternativas. En consecuencia, la persona nacida en el extranjero en tales circunstancias podrá en cualquier momento realizar uno de los dos requisitos indicados, siempre y cuando uno de los progenitores sea venezolano por nacimiento para obtener automáticamente la nacionalidad venezolana originaria (ibíd., p. 601). Igualmente, indica de Maekelt que los requisitos son de carácter alternativo y no tienen limitación temporal (ob. cit., p. 322).

²¹⁹ Parra-Aranguren, a su vez, observa que tales lapsos son de caducidad (antes de cumplir dieciocho años de edad, establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad), y una vez vencidos no podrá reabrirse, aun cuando el interesado compruebe no haber podido ejercer las facultades que le confiere la Constitución por causa que no le sea imputable (ob. cit., p. 603). Y agrega este autor: “Debe señalarse cómo la nacionalidad no es una cualidad biológica que se transmite según determinadas reglas hereditarias. Así lo demuestra la legislación de diversos países, en los cuales no se atribuye importancia decisiva al *ius sanguinis*” (ibíd., p. 606).

en la República o ante un acto de declaración de voluntad de ser venezolano (hijos nacidos en el extranjero cuando uno solo de los progenitores es venezolano por nacimiento); segundo, antes de cumplir dieciocho años de edad, debe establecer su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad ha de declarar su voluntad de acogerse a la nacionalidad (cuando sus progenitores o uno de ellos son venezolanos por naturalización)²²⁰.

La nacionalidad venezolana originaria puede atribuirse, ya sea por la voluntad de la persona y en otros supuestos se extrae de la voluntad de la misma; pues si la persona nace en el territorio venezolano es venezolano por nacimiento (involuntario *ius solis*), y si nace en el extranjero de padre y madre venezolanos por nacimiento es venezolano por nacimiento (involuntario *ius sanguinis*). Sin embargo, si nace en el extranjero y solo uno de sus progenitores es venezolano por nacimiento o es venezolano por naturalización, deberá existir su declaración de voluntad de ser venezolano y además cumplir con las condiciones establecidas por la ley.

La nacionalidad venezolana derivada, es decir, por naturalización, requiere la declaración o manifestación de voluntad del interesado para adquirirla cumpliendo los extremos exigidos por la Constitución y la ley²²¹.

Igualmente ocurre con la renuncia y recuperación de la nacionalidad la cual interviene la voluntad de la persona²²². La Carta Magna y la Ley de Naciona-

²²⁰ Además, el artículo 10 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía prevé que: “La declaración de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana formulada por los hijos o hijas nacidos en el exterior, de padre o madre venezolanos por nacimiento o por naturalización, se hará conforme con lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley y se inscribirá en el Registro Civil de la jurisdicción del último domicilio de sus padres en el territorio de la República”.

²²¹ Véase el artículo 33 CRBV y los artículos 21 y 22 la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía.

²²² Véase el artículo 36 CRBV y los artículos 14, 15, 16, y 22 la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía. Observamos que en el contenido de ambas disposiciones el artículo 16 LNC y el 36 CRBV el nexo de conexión con la República es diferente, la primera es la residencia y en la Constitución el domicilio. Sabemos que ambas nociones jurídicamente son diferentes, pues el domicilio implica requisitos más amplios que la residencia. Cabe también indicar que de los artículos anteriormente indicados que la renuncia

lidad y Ciudadanía prevén la probabilidad de renunciar y recuperar la nacionalidad venezolana; consideramos que tales oportunidades se hacen efectivas en función de la intención del sujeto. Indica la disposición transitoria segunda de la Constitución, en su última parte, que: “Mientras se dicta la ley prevista en el artículo 38 de esta Constitución [...] Las declaraciones de voluntad previstas en los artículos 32, 33 y 36 de esta Constitución se harán en forma auténtica por la persona interesada cuando sea mayor de edad, o por su representante legal, si no ha cumplido veintiún años”²²³. Ahora bien, se promulgó la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, y la declaración de voluntad para la renuncia de la nacionalidad venezolana originaria se efectuará ante el funcionario del Registro Civil de la jurisdicción donde se halle inscrita su partida de nacimiento (artículo 14 LNC); y la renuncia de la nacionalidad venezolana que se efectúe en territorio extranjero, deberá hacerse mediante documento autenticado o ante la representación consular venezolana correspondiente, y la misma deberá ser enviada por la persona interesada al Registro Civil de la jurisdicción donde se halle inscrita su partida de nacimiento (artículo 15 LNC).

2.2.1.3.1.2. Regionalidad

Otros de los elementos del *status civitatis* es la regionalidad²²⁴. Consideramos que la regionalidad se adquiere por la voluntad del propio interesado, y tiene importancia para los efectos electorales. La regionalización dependerá para ciertos ejercicios electorales pasivos o activos tanto para los nacionales como para los extranjeros. Otros denominan a la regionalidad “vecindad civil”, como ocurre en el Derecho español. Puig Brutau advierte que “la regionalidad o vecindad civil puede concebirse como el punto de conexión que permite determinar la

y la recuperación de la nacionalidad por nacimiento requiere de un acto de declaración de voluntad del sujeto, además de los requisitos exigidos por la ley. En cuanto a la renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana por naturalización véase los artículos 46, 47 y 49 la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía.

²²³ Creemos que la última parte de tal disposición contiene una impropiedad, pues la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años de edad y no a los veintiún años.

²²⁴ La regionalidad es el vínculo de pertenencia de un individuo a una región, se resalta más en los estados federados; tiene importantes efectos electorales (Domínguez Guillén, “El estado...”, ob. cit., pp. 372-373).

sujeción a los diferentes ordenamientos jurídicos subsistente en España para las cuestiones que afectan el estatuto personal”²²⁵.

En cambio, en Venezuela, únicamente se reconoce la regionalidad para propósitos electorales, pues las normas civiles se aplican absolutamente en todo el territorio venezolano; no poseemos normas civiles forales, como ocurre en España. Pues, en Venezuela, no se producen efectos civiles diferentes por ser oriental, andino, llanero, etc. Al respecto, explica Albaladejo, que si la pertenencia a una comunidad nacional es un estado de la persona (se es español, francés, etc., se tiene nacionalidad española, francesa, etc.), la pertenencia —dentro de aquélla— a otra Comunidad regional constituye también otro estado (dentro de ser español, se es castellano, catalán, navarro, etc.). Y así como el anterior estado se le denomina de nacionalidad, a éste se le denomina de vecindad civil. No rigen normas civiles absolutamente iguales en toda España, sino que, junto al derecho civil común, hay otros, los derechos civiles forales, aplicables, aquél y éstos, a ciertos territorios; la persona estará sometida al que rija en el territorio cuya vecindad civil posea²²⁶. Cuando nos ubicamos sobre los efectos electorales derivados de la regionalidad, depende de la voluntad del individuo en la fijación de su residencia. Como se aprecia en la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal²²⁷:

Artículo 85. El alcalde o alcaldesa deberá ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años de edad, de estado seglar y haber residido, al menos durante tres años, en el Municipio por el cual se postula. En el caso de ser venezolano o venezolana por naturalización, deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en el país no menos de quince años, de los cuales los tres últimos años previos a la elección, deben ser en el Municipio al cual se postule...

²²⁵ Puig Brutau, ob. cit., p. 226. Define Moro y Sánchez a la vecindad civil como “el vínculo que une a una persona con un determinado lugar o área geográfica del territorio nacional y que determina diferente capacidad, derechos y obligaciones según la respectiva ley que rige en dicho lugar” (ob. cit., p. 168).

²²⁶ Albaladejo, ob. cit., pp. 314-315.

²²⁷ Publicada en la GO Extraordinario N° 6015 del 28 de diciembre de 2010.

Artículo 93. Para ser concejal o concejala se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veintiún años de edad, y tener residencia en el Municipio durante, al menos, los tres últimos años previos a su elección. En el caso de los municipios fronterizos, los venezolanos por naturalización deben tener más de diez años de residencia en el Municipio.

De las normas previamente citadas se deduce que para el ejercicio electoral de los cargos de alcaldes y concejales se requerirá mínimo tres años de residencia en el municipio que pretendan sus postulaciones. Igualmente, el alcalde debe mantener su residencia.

Se aprecia que ese vínculo de pertenencia con una región (regionalidad) se asocia mayormente a sede jurídica, que al lugar de origen del sujeto. La citada Ley Orgánica de Registro Civil igualmente refiere normas relativas a la residencia como dato registrable en sus artículos 12 numeral 3, 139 y ss.

2.2.1.3.1.3. La ciudadanía

La ciudadanía²²⁸ es otro de los elementos que configura al *status civitatis*; nos permite el ejercicio de los derechos políticos (artículo 39 de la CRBV y artículo 50 de la LNC). La condición de ciudadano se les otorga en principio a los venezolanos por nacimiento o por naturalización (artículo 40 de la CRBV y artículo 51 de la LNC)²²⁹. Exige la Constitución para el ejercicio de derechos políticos:

²²⁸ La ciudadanía es el vínculo político de una persona frente a un Estado y del que se derivan derechos y deberes asociados al sufragio, sean activos o pasivos. Se distingue de la noción de la nacionalidad, pues no todos los venezolanos son ciudadanos, solo aquellos que la ley le otorga derechos políticos.

²²⁹ La Constitución del 1999 reproduce en materia de derechos políticos el mismo régimen constitucional precedente: derechos políticos privativos de los venezolanos e igualdad entre los venezolanos por nacimiento y por naturalización. Sin embargo, en materia de sufragio pasivo, aunque se amplían los derechos de ciudadanía de los venezolanos por naturalización, en particular para los altos funcionarios del Poder Público en cualquiera de sus niveles políticos territoriales, se encuentra excepciones a este principio, en las cuales se requiere para algunos cargos la condición de venezolano por nacimiento y sin otra nacionalidad. Como ocurre con lo expresado en el artículo 41 de la CRBV (Rincón, ob. cit., p. 25; Véase igualmente de Maekelt, ob. cit., pp. 332-333).

no estar sujeto a interdicción civil ni a inhabilitación política, así como cumplir la edad requerida; además, la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía indica como causales de suspensión del ejercicio de la ciudadanía, la aceptación de funciones políticas u honores de otro Estado o la prestación de servicios militares a otro Estado, sin la previa autorización de la Asamblea Nacional; y también la ofensa a los símbolos patrios (artículo 52).

El *status* de ciudadano depende de la condición de ser venezolano; dicha nacionalidad se adquiere, como lo habíamos apreciado anteriormente, en forma voluntaria e involuntaria. Ciertamente que la voluntad del sujeto actúa en su ciudadanía al adoptar la nacionalidad venezolana por naturalización y así obtener determinados efectos políticos. Para el ejercicio de la ciudadanía se exige una edad mínima que varía según se trate de sufragio activo o pasivo²³⁰. Cuando nos ubicamos antes el supuesto de la edad para el ejercicio de la ciudadanía, obviamente se está en presencia de un elemento que escapa de la voluntad del sujeto, pues éste dependerá del día que ocurra el hecho del nacimiento.

2.2.1.3.2. *Status familiae*

En el *status familiae* nos ubicamos ante los elementos del parentesco y el matrimonio. Nos toca determinar la participación de la voluntad en la creación del *status familiae*. Dicho *status* es protegido por las llamadas “acciones de

²³⁰ Activo 18 años: artículo 64 de la CRBV. Pasivo: Gobernador: 25 años, artículo 160; Diputado Nacional o Estatal: 21 años, artículos 188 y 132; Alcalde: 25 años, artículo 174; Presidente y Vicepresidente: 30 años, artículo 227 y 238; Defensor del Pueblo: 30 años, artículo 280; Contralor General de la República: 30 años, artículo 288; Ministro: 25 años, artículo 244. Para Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 263; Procurador General, artículo 249 y Fiscal General, artículo 284: se requiere 35 años (Rincón, ob. cit., p. 24). A los extranjeros se le exige además de ser mayor de 18 años para el ejercicio del derecho del voto para elecciones parroquiales, municipales y estatales tener más de diez años de residencia en el país. Igualmente en Ley Orgánica de Sufragio y Participación Política prevé: artículo 86. Los extranjeros que tengan más de diez (10) años de residencia legal en el país, tendrán derecho a votar en las elecciones Municipales y Parroquiales que correspondan a su lugar de residencia, en las mismas condiciones establecidas para los venezolanos.

estado” y tiene como finalidad obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales sobre un determinado estado civil (por ejemplo, el divorcio, la separación de cuerpos, la impugnación de paternidad, limitaciones de la capacidad). En aquellos procedimientos que se origina por el intento de acciones de estado debe participar el Ministerio Público por ser materia de orden público, de acuerdo a lo previsto en el artículo 130 del CPC²³¹. El legislador es quien reconoce cuáles acciones de estado posee la persona, y cuáles son los efectos de las mismas sin facultar al particular en su modificación²³².

2.2.1.3.2.1. Parentesco

El parentesco es involuntario; en principio, el estado familiar filiatorio transciende de la voluntad, pues nadie decide ser hijo de determinada persona (al menos que se derive del parentesco por adopción conocido como un parentesco por consanguinidad legal).

El reconocimiento voluntario de la filiación depende de la intención de la persona y constituye así un estado familiar filiatorio. En efecto, el reconocimiento es un acto jurídico que, por medio de la voluntad, se determina el vínculo entre el progenitor e hijo²³³. Requerirá la declaración de voluntad para el establecimiento de

²³¹ Véase: Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 99; La Roche, ob. cit., p. 271.

²³² Ejemplo de ello, cuando intentamos la acción de divorcio es por las causales establecidas por el legislador, no actúa la autonomía de la voluntad en otras causales diferentes a las previstas en el artículo 185 del CC.

²³³ Véase sobre el reconocimiento voluntario: Grisanti Aveledo de Luigi, Isabel: **Lecciones de Derecho de Familia**, Valencia: Vadell Hermanos Editores, 4ta ed., 1988, pp. 380-400. Domínguez Guillén, María Candelaria: “El reconocimiento voluntario de la filiación”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 23, Caracas, 2006, pp. 27-68. Ferri indica que el reconocimiento de un hijo natural no se trata de una mera declaración sino una manifestación de una intención (de reconocer), (ob. cit., p. 390). Cabe destacar que el reconocimiento voluntario de la filiación es propio de las relaciones extramatrimoniales, esto se deriva que el hijo matrimonial está sujeto a las presunciones de paternidad establecidas en el CC. Afirma Domínguez Guillén que “el reconocimiento es una institución característica de la filiación extramatrimonial, que consiste en esencia, en un negocio jurídico, esto es, una declaración de voluntad dirigida a producir efectos legales, que tiene por objeto el establecimiento voluntario y espontáneo de la filiación extramatrimonial” (“El reconocimiento...”, ob. cit., pp. 28-29).

la filiación, pero las condiciones y efectos del mismo lo determina la ley por ser materia de orden público. Para Enrique Díaz De Guijarro, la voluntad es esencial para la celebración del acto jurídico familiar, representa un elemento activo y creador, en cambio es pasivo su papel en cuanto a la naturaleza y a los efectos típicos de ese acto; naturaleza y efectos que se encuentran preestablecidos en la Ley²³⁴.

El reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial constituye un negocio o acto jurídico familiar que afecta el estado civil de las personas naturales, razón por la cual la declaración de voluntad en ellos es limitada por la ley al igual que los efectos del mismo están determinados por las normas jurídicas y no por el sujeto que lo realiza. La declaración de voluntad en el reconocimiento filiatorio sólo debe realizarse en forma auténtica, como lo prevén los artículos 217 y 218 del Código Civil; debe constar en un documento público. Tales medios que exige nuestro legislador pueden ser: en el acta o partida de nacimiento; en acta especial realizada ante el funcionario del Registro Civil; efectuada en la acta de matrimonio de los padres; en el testamento; en cualquier otro documento público o auténtico en donde se realice la declaración del reconocimiento en forma directa o incidental²³⁵. Es un acto unilateral, pues

²³⁴ Díaz Guijarro, Enrique: “La voluntad en el Acto Jurídico Familiar”. En: **Libro Homenaje a Luis Loreto**. Caracas: Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, 1975, p. 496. Igualmente indica Díez-Picazo y Gullón, cuando la autonomía individual repercute en el estado civil de la persona, está sensiblemente disminuida, porque los efectos jurídicos están ya determinados en la mayoría de los casos en la misma ley (ob. cit., p. 313). Señala Ferri, que el acto de reconocimiento (habla del reconocimiento del hijo natural), es una manifestación de una intención —de reconocer— y los efectos del tal reconocimiento son los que la ley establece, y no corresponde al sujeto ningún poder de conformación, ni siquiera puede establecer el sujeto el momento a partir del cual el reconocimiento debe tener eficacia (ob. cit., p. 390).

²³⁵ Véase en este sentido: Domínguez Guillén, “El reconocimiento...”, ob. cit., pp. 36-37. Igualmente, véase la sentencia de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, del 05-02-2007, refiere sobre las formas o solemnidades previstas por la ley para efectuar el reconocimiento: “el reconocimiento del hijo extramatrimonial por su madre o por su padre, mediante cualquier tipo de documento público o auténtico, debe ser efectuado personalmente por la parte reconociente o mediante apoderado especial constituido al

carece de la participación de la voluntad del reconocido, sólo es necesario el consentimiento del hijo si éste es mayor de edad o si ha fallecido el de su cónyuge y descendientes, salvo en el caso que gozara en vida de posesión de estado de conformidad con el artículo 220 del Código Civil²³⁶.

No obstante, es interesante agregar que si bien la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, en su artículo 21 señala que la madre debe indicar el nombre y apellido del padre, no significa que se determine la paternidad hasta tanto sea legalmente establecida por vía administrativa o judicial. En efecto, se deberá notificar al presunto padre para que comparezca y acepte la paternidad; aceptada la misma se produce el reconocimiento voluntario (artículo 27 de la LPFMP), de lo contrario se acudirá a la prueba de filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) (artículo 28 de la LPFMP), y de no ser posible establecer la paternidad se remitirá al Fiscal del Ministerio Público (artículo 31 *ejusdem*).

Cabe también preguntarnos qué ocurre con la problemática de la filiación derivados de las nuevas técnicas para generar vida humana. Nos enseña Dilia Ribeiro que en la legislación venezolana no existe hasta ahora prohibición expresa alguna, donde se proscriba la utilización de las modernas técnicas de reproducción del individuo²³⁷. Los nuevos métodos de reproducción humana pueden derivarse por inseminación artificial o la fecundación *in vitro*²³⁸. Este

efecto por la madre o por el padre, según fuere el caso. No obstante, como en este último caso el instrumento de poder tiene que ser también público o auténtico, por mandato del artículo 1169 del CC, el mismo documento del mandato constituyente en sí y de por sí, reconocimiento del hijo extramatrimonial de quien se trate”. En: <http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2007/febrero/443-5-713-.html>.

²³⁶ Véase al respecto: Grisanti, ob. cit., p. 383; Domínguez Guillén, “El reconocimiento...”, ob. cit., pp. 37-39; Díaz de Guíjarro, ob. cit., p. 498.

²³⁷ Ribeiro Sousa, Dilia María: “Situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas: UCV, N° 118, 2000, p. 276.

²³⁸ La inseminación artificial es un método que permite concebir sin coito, no comprende la unión sexual entre un hombre y una mujer. La fecundación *in Vitro*, en éste la fertilización

tipo de prácticas han conllevado a grandes polémicas en el ámbito jurídico, a saber, sobre la paternidad, la maternidad y la filiación. Nuestro Código Civil señala en su artículo 204:

El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente. El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.

Observamos de la norma anterior que nuestro ordenamiento civil accede a las técnicas científicas o artificiales para generar vida humana. Acertadamente, indica Dilia Ribeiro que de la norma —204 Código Civil— se infiere la licitud de estas técnicas: “al no condenar el legislador el uso de estas nuevas formas para generar vida, se puede concluir que las mismas son lícitas”²³⁹. El marido, al otorgar su consentimiento para la utilización de estos métodos (por

tiene lugar en un laboratorio. La técnica de fertilización desarrollada a partir de la fecundación en un laboratorio de un óvulo femenino con un espermatozoide e implantado seguidamente el embrión resultante en el útero de la mujer, (Bernad Mainar, Rafael: **Efectos Jurídicos de las Nuevas Técnicas de Reproducción humana**, Caracas: UCAB, 2000, p. 31). La inseminación artificial ha sido el primer método para concebir sin coito (se entiende que es el acto sin relaciones sexuales). En el día a día se resuelve la esterilidad masculina a través del espermatozoide del donante. En su aplicación clásica un hombre casado acepta que su esposa conciba gracia a un espermatozoide de un donante anónimo y el esposo asume la responsabilidad paterna a raíz de este embarazo. Desde el punto de vista quirúrgico lo que implica la paternidad biológica y la paternidad social, con la desviación de la regla tradicional de la procreación en el interior del matrimonio. Está claro que con este método se dan respuestas a muchas dudas, que es un método alternativo de la reproducción, y se aleja las reglas del adulterio y se aleja la elaboración de un esquema contractual y que tenga un efecto vinculante que se tenga que depender de las partes interesadas (Shalev, Carmel: **Naceré Per Contratto**, Milano Giuffré editore, 1992, p. 63). Véase también, Aguilar Gorrondona, Jorge: “Reflexiones sobre los efectos jurídicos en Materia de Derecho de Familia de la Reproducción asistida”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas: TSJ, 2002, Vol. I, pp. 33-35. Véase igualmente: TSJ/SConst, sent. N° 1456 de fecha 27-07-2006. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm>.

²³⁹ Ribeiro, ob. cit., p. 277.

fecundación homóloga: cuando el esperma procede del marido, o heteróloga: el esperma procede de un donante), hay una manifestación de voluntad, pero los efectos están determinados por la ley, a saber, no podrá desconocer la paternidad, y por otro lado se le considerará padre del niño²⁴⁰.

Como explica Shalev, el hombre puede reaccionar con voluntad autónoma en la determinación de las consecuencias jurídicas de su procreación. La definición jurídica de la paternidad, en otros términos, no es simplemente una cuestión de predeterminación biológica, sino una intención racional del hombre. La disociación entre la paternidad biológica y social en la inseminación artificial mediante el donante deroga así a la norma tradicional, según la cual la relación jurídica padre-hijo se atiende por el parentesco biológico, proponiendo en el mundo jurídico una proposición largamente aceptada en otros campos de la ciencia; vale decir, los asuntos científicos (en este caso biológico) no tienen otro significado normativo si no aquel que logran atributos de la interpretación moral realizada por los seres humanos²⁴¹.

Ahora bien, la situación se hace más compleja en este ámbito de la reproducción asistida, cuando la mujer, por diversas circunstancias, que no se estudiarán aquí —pues escaparía al alcance de nuestra investigación—, requiere de una tercera persona para la gestación y, posteriormente, el alumbramiento de un ser humano, ocurriendo así las llamadas madres sustitutas, madres subrogadas o madre de alquiler²⁴².

²⁴⁰ Es la solución adoptada por la mayoría de las legislaciones, Código Suizo, Código Portugués; Código Holandés, Costa Rica, Español, Francés (Bernad, ob. cit., p. 97).

²⁴¹ Shalev, ob. cit., p. 88. Señala Jorge Aguilar Gorrondona, no estar de acuerdo con la donación de semen, pues el tercero no podría librarse su responsabilidad de paternidad por un simple contrato. Comparte las ideas de López Herrera, al advertir que es nulo por ilicitud del objeto (negocio del semen u óvulos) ya que es materia que está fuera del comercio, como lo están las personas por ser el comienzos de esas vidas, y agrega además este autor, que la ilicitud del objeto se deriva que es materia que regula el orden público (ob. cit., p. 51).

²⁴² Véase Domínguez Guillén, María Candelaria: “Gestación subrogada”, en esta Revista, pp. 183 y ss. El caso de Baby M. fue el primero en los E.U.A en resolver el cuestionamiento de los efectos jurídicos y de la ejecutoriedad de un acuerdo de subrogación.

Este tipo de modalidad de contratos se ha considerado que es contrario a las leyes y al orden público. Recordemos que no puede ser resuelta con base en el principio de la autonomía de la voluntad, pues estos acuerdos celebrados al respecto carecen de validez de conformidad con el artículo 6 del CC²⁴³. Al respecto, Guerrero Quintero considera, al igual que la mayoría de la doctrina, que estos tipos de contratos tienen un objeto ilícito porque violan normas de “orden público” y “buenas costumbres”. Igualmente, continúa afirmando, que algunos opinan que el orden público y las buenas costumbres son conceptos cambiantes, que no permanecen inmutables y, en consecuencia, el derecho debe acomodarse a esos cambios para adaptarse a lo que se vaya entendiendo por orden público y buenas costumbres, pero muy sabiamente, expresa el autor, esto significa entender dejar que las cosas marchen por sí solas, no importando la Dignidad de la Persona Humana²⁴⁴.

Privilegiando la autonomía contractual, al respecto de la actividad de la procreación (Shalev, ob. cit., p. 8). Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre este punto, y se condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo. La ley alemana la prohíbe. En la ley española se considera nulo el contrato de subrogación, (Bernard Mainar, Rafael: “La Regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas: TSJ, 2002, Vol. I, p. 279). La Ley 14/2006, 26 de mayo, de España sobre Técnicas de Reproducción Asistida, prevé en su artículo 10, lo siguiente: Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

²⁴³ “Afirmada la nulidad del contrato, no procedería seguir con este tipo de debates y razonamientos en cuanto a la posible naturaleza del mismo (arrendamiento de obra, de servicios, alquiler con objeto en el vientre de la mujer, etc.) si comenzamos por negar su cualidad de tal” (Bernad, **Efectos Jurídicos...**, ob. cit., p. 109). El caso de las madres sustitutas, casi todos los países están de acuerdo en prohibir absolutamente esta práctica por todas las implicaciones de carácter ético y jurídico envueltas en ella (Nézer de Landaela, Isis: “Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de la investigación genética”. En: **Memoria de VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia**, Caracas: UCV, 1994, p. 189). El derecho suele reconocer la tensión que existe entre lo ideal y lo real. Tal tensión se resuelve gracias a la actividad discrecional desenvuelta por los jueces en la aplicación de la norma (Shalev, ob. cit., p. 24).

Estas clases de contratos se han considerados inmorales y contrario al interés público. En ciertos casos, los requisitos formales son satisfechos, pero el acuerdo no surte efecto por cuanto contradice a los principios del ordenamiento; es un fin ilícito o inmoral e invalida el contrato, privándole todos los efectos, y un resultado análogo se da cuando el contrato es contrario a intereses públicos²⁴⁵. En efecto, el derecho sanciona a los contratos, cuyos acuerdos son contrarios a los intereses públicos; detrás de éstos están incluidos los tratos con la familia, y en particular los pactos según el cual el padre renuncia a sus derechos derivados de la filiación²⁴⁶.

2.2.1.3.2.2. Matrimonio

En cuanto *status familiae* derivado del matrimonio, no hay duda que participa la voluntad de la persona. Al respecto, Ferri explica que el matrimonio y la adopción sirven para constituir un *status familiae*. Se pregunta si el matrimonio y la adopción son actos que entran en el ámbito de la autonomía privada. Niega tal posibilidad, pues expresa que se trata de actos jurídicos en sentido estricto, es decir, de actos que determinan efectos jurídicos disciplinados en todo por la ley y no conformados por el querer de los sujetos²⁴⁷. Si bien es cierto que los actos jurídicos que generen o extingan un *status familiae* no dependen sus efectos jurídicos de la voluntad del sujeto que lo realiza, pues están preestablecidos en la ley, ello no significa que para la adquisición o extinción de un *status familiae* no requiera la intervención de la voluntad de las personas.

²⁴⁴ Guerrero Quintero, Gilberto: “Genética y Filiación en el Derecho Venezolano”. En: **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, Caracas, Vol. 64, N° 134, 1997, pp. 482-483. Además agrega que su causa es ilícita porque es contraria al orden público y las buenas costumbres.

²⁴⁵ Shalev, ob. cit., p. 105. Aguilar Gorondona, repudia estos contratos por considerarlos inmorales (ob. cit., p. 54).

²⁴⁶ Shalev, ob. cit., p. 106.

²⁴⁷ Ferri, ob. cit., pp. 387-388. En sentido contrario, indica Díaz de Guijarro, que el matrimonio, el reconocimiento voluntario de la filiación y la adopción constituyen actos jurídicos familiares, donde la intervención de la voluntad es primordial (ob. cit., pp. 495-496).

Si bien actúa la manifestación de la voluntad para contraer matrimonio o realizar la adopción, es el ordenamiento jurídico el que establece cuáles son las consecuencias o efectos de estos actos jurídicos y no los particulares. Al contraer matrimonio, el legislador dirige sus efectos a partir del artículo 137 y siguientes del CC, como es el régimen de comunidad de gananciales o capitulaciones matrimoniales, los deberes y derechos de los cónyuges, las cargas de la comunidad; para su disolución a través de la muerte o el divorcio, no está sujeto a la voluntad de la persona crear otra forma de extinción diferente a las previstas en el artículo 184 del Código Civil²⁴⁸. El matrimonio es fundamental para el orden jurídico; la intención interviene en la medida que la propia ley lo permita. Así juega la intención al contraer matrimonio o al divorciarse por las causales previstas en la ley. En efecto, señala el artículo 142 del Código Civil que

Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas de este Código y a las establecidas sobre divorcio, separación de cuerpos, emancipación, tutela y sucesión hereditaria.

²⁴⁸ Expresa José Pere Raluy que algunas cualidades de estado puede adquirirse o atribuirse por la voluntad de las personas; pero tal adquisición o atribución solo será posible en tanto se de los presupuestos exigidos para ello y se cumpla los requisitos de fondo y forma establecidos en la Ley; el matrimonio, el reconocimiento, la emancipación, la opción de nacionalidad, etc., son actos del estado civil que se origina por simples actos de voluntad de particulares (**Derecho de Registro Civil**. Madrid: 1962, T. I, p. 23). En sentencia de la Corte Superior del tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción, Exp. N° C-042272, señaló que: “En materia de estado de las personas, por estar en juego el orden público, no opera la confesión ficta, existe indisponibilidad para que las partes convenga o realicen cualquier actuación que no esté expresamente contemplada en la ley...” Al respecto señala Garbati y León que los deberes conyugales son materia de orden público, como ocurre con el divorcio, la separación de cuerpos, la tutela y la emancipación, en consecuencia no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares, según lo dispuesto en el artículo 6 del CC (Garbati Garbati, Guido y León Parada, Alejandra: “Las capitulaciones matrimoniales y sus implicaciones”. En: **Temas de Derecho Civil**. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección de Libros Homenaje, N° 14. Caracas, TSJ, 2004, Vol. I, p. 568).

Los estados derivados del matrimonio están relacionados con el orden público; por ende, son indisponibles, pero la ley da cabida a la intervención de la voluntad dentro de sus límites y requisitos. El sujeto decide contraer matrimonio, pero bajo las formalidades legales (edad requerida mayor de 14 años para la mujer y 16 años para el hombre; diversidad de sexo; no adolecer de impotencia manifiesta y permanente; no ser entredicho; no poseer un vínculo anterior de matrimonio; no ser ascendientes y descendientes ni entre afines en línea recta, ni ser hermanos, etcétera)²⁴⁹. Igualmente, el sujeto puede decidir divorciarse, pero necesariamente debe solicitar su pretensión en uno de los supuestos que prevé la ley, en razón del carácter taxativo y orden público que rodea las causales de divorcio. En la separación de cuerpo vale lo mismo. En otros casos, la disolución del matrimonio es involuntaria cuando deriva por causa de la muerte (viudez).

Podríamos mencionar otros supuestos de manifestaciones de voluntad derivadas del *status familiae*: 1. La materia de los esponsales, ante una promesa recíproca de contraer matrimonio en el futuro (artículo 41 del CC)²⁵⁰. 2. Las capitulaciones matrimoniales, representan la máxima manifestación de la autonomía de la voluntad, en la determinación del régimen patrimonial de los cónyuges, dentro de los límites exigidos por la ley²⁵¹. El legislador da la posibilidad a los

²⁴⁹ Observa Abouhamad que, por prohibición religiosa a los ordenado *in sacris*, no puede contraer nupcias; excluye a estos ministros de la posibilidad de tener un estado de casado, viudo o divorciado, por lo que implícitamente sólo gozan del estado de soltería por imposición religiosa, (Abouhamad Hobaica, Chibly: **La situación legal de los hijos extramatrimoniales**. Caracas: Editorial Principios. 1982, p. 78).

²⁵⁰ Explica López Herrera, que los esponsales es un negocio jurídico *sui generis*, no se trata de un contrato. El orden público está interesado en la estabilidad de los matrimonios, por lo tanto el matrimonio debe provenir del consentimiento absolutamente libre de los contrayentes, ello explica el contenido del artículo 41 del CC: “La promesa recíproca de futuro matrimonio no engendra la obligación legal de contraerlo, ni de cumplir la prestación que haya sido estipulada para el caso de inejecución de la promesa”. Pero si consagra la obligación de indemnizar a favor del novio inocente (artículos 42 y 43 del CC) (López Herrera, Francisco: **Anotaciones sobre Derecho de Familia**, Caracas: Editorial Avance, 1978, pp. 166-169). Véase igualmente: Grisanti, ob. cit., pp. 98-102.

²⁵¹ Expresa López Herrera, las capitulaciones matrimoniales como todo contrato, no puede infringir preceptos de orden público (ibid., p. 418). El fundamento derivado de las

contrayentes de elegir el régimen de sus bienes al contraer matrimonio. 3. Materia testamentaria. En el supuesto que los particulares no fijaron la disposición de los bienes por testamento lo determinará la ley, ésta suple la voluntad de los particulares. Alude López Herrera, que la materia de la designación o de la institución de sucesores por causa de muerte, no es —en principio— materia de orden público (con la salvedad de la institución de la legítima), por ello el legislador reconoce la autonomía de la voluntad, siempre que no afecte o lesione dicha porción legítima o reservada²⁵².

Nos sugiere Planiol y Ripert, que no se debe confundir con el estado civil los derechos y obligaciones que de él se derivan. Sobre esos derechos y obligaciones sí se puede hacer transacciones. No se puede renunciar a la cualidad de hijo de una persona, pero está permitido renunciar a la sucesión. Si bien algunos derechos y algunas obligaciones pueden ser aislados del estado en sí, otros son inseparables del mismo. Estos hechos y obligaciones participan entonces de la indisponibilidad del estado²⁵³. Igualmente, Aguilar Gorrondona indica que el estado civil es irrenunciable pero no así las consecuencias patrimoniales derivadas de ese estado, una vez separado del mismo se hace disponible²⁵⁴.

capitulaciones matrimoniales, no es otro que la autonomía de la voluntad. Pero esa libertad de pacto, aunque es amplia no es ilimitada. Entre esas limitación tenemos: no pueden ser contrarias a las leyes y a las normas en cuyo cumplimiento esté interesado el orden público y las buenas costumbres; por otro lado, lo señalado en el artículo 34 de Ley sobre Derecho de Autor, según la cual el derecho de una persona sobre obras de su ingenio o del ingenio de un tercero, de que llegue a ser titular, le pertenece de manera exclusiva, aun cuando tal persona hubiere convenido lo contrario en capitulaciones matrimoniales que hubiere celebrado (Garbati y León, ob. cit., pp. 567-570). Indica Diez-Picazo y Gullón, que los negocios jurídicos familiares que poseen carácter patrimonial —como ocurre con los pactos que los futuros contrayentes estipulan el régimen económico por el que se regirá el matrimonio—, la ley consiente a las partes que doten al negocio de los efectos que tengan por conveniente, salvo lo que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, (ob. cit., p. 313).

²⁵² López Herrera, Francisco: **Derecho de Sucesiones**, Caracas: UCAB, 1994, p. 62. Véase a Rojas, Agustín: **Derecho Hereditario Venezolano**, Caracas: Paredes Editores SRL, 1990, p. 129, “La sucesión testamentaria es aquella que tiene lugar por voluntad expresa del autor, tiene pues, su fundamento en la autonomía de voluntad del testador”.

²⁵³ Planiol Marcelo y Georges Ripert: **Tratado Práctico de Derecho Civil Frances**. Habana: Edit. Juan Buxó. 1927. T. I, Trad. Mario Díaz Cruz, pp. 14-15.

Cabe resaltar ante el *status familiae* lo referente al concubinato establecido judicialmente; la doctrina es partidaria de ubicarlo dentro de la noción amplísima del estado civil (inclusive amplio, pues esa figura se estudia en Derecho de familia), la cual la ley otorga consecuencias jurídicas a ciertas cualidades; entre ellas no escapa el concubinato. De acuerdo a lo previsto en el artículo 77 de nuestra Carta Magna, el concubinato producirá los mismos efectos que el matrimonio²⁵⁵. Acertadamente, se ha indicado que el concubinato constituye un estado civil una vez probado judicialmente, porque de él se derivan importantes efectos jurídicos según indica la citada norma Constitucional²⁵⁶. El concubinato es una situación fáctica que surge en forma espontánea y natural entre un hombre y una mujer²⁵⁷. Algunos sostienen que se trata de un hecho jurídico *sui generis*, en que la pareja se desenvuelve a modo de cónyuges²⁵⁸. El concubinato supone una unión voluntaria y espontánea entre dos personas de diferente sexo en hacer una comunidad de vida, y producirá los mismos efectos del matrimonio, una vez que ha trascendido al ámbito jurídico²⁵⁹. El concubinato se trata, pues, de una voluntad o intención reflejada espontáneamente en hechos; la creación y extinción del concubinato no precisa, a diferencia del matrimonio, de una “declaración” o “manifestación” de voluntad, porque, como situación de hecho que es, nace y muere espontáneamente.

²⁵⁴ Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 79.

²⁵⁵ Véase al respecto: Domínguez Guillén, María Candelaria: “Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 17, Caracas, 2005, pp. 215-247. Véase también, TSJ/SConst, sent. N° 1682 del 15-07-05. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm> y JRG, T. 224, pp. 234-244.

²⁵⁶ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, ob. cit., pp. 524-525. Véase Varela Cáceres, Edison Lucio: “Una lección. La unión estable de hecho: (Comentario a la sentencia N° RC.000326, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)”, en esta Revista, pp. 329 y ss..

²⁵⁷ Domínguez Guillén, “Las uniones...”, ob. cit., p. 218.

²⁵⁸ D’Jesús, Antonio: *Lecciones de Derecho Familia*. Caracas: Paredes Editores, 1991, p. 157.

²⁵⁹ Véase Domínguez Guillén, “Las uniones...”, ob. cit., p. 221, señala que el concubinato es una situación fáctica que surge en forma natural, espontánea y libre, por el simple deseo recíproco de hombre y mujer.

Si bien el concubinato es reflejo espontáneo y voluntario de una unión de vida entre un hombre y una mujer, la determinación de sus efectos jurídicos están ordenados por la ley, en nuestro caso por el artículo 77 de la Constitución, a saber, la extensión de los efectos del matrimonio²⁶⁰, y no por el querer o decisión de sus partes; esto conlleva que las personas que se unen en concubinato producirán ciertos efectos jurídicos que la ley se los reconoce independientemente de su voluntariedad²⁶¹ si tal estatus es acreditado judicialmente o mediante la respectiva acta del estado civil, toda vez que la Ley Orgánica de Registro Civil prevé la posibilidad de registro de la unión estable de hecho en sus artículos 117 al 122.

2.2.1.3.3. *Status personae*

El *status personae* son aquellas condiciones o cualidades de la persona considerada en sí misma con abstracción de los demás. En principio, conformados por los elementos de la edad, el sexo y la profesión²⁶². Los dos primeros son

²⁶⁰ Para mayor análisis de los efectos del concubinato, véase: Domínguez Guillén, “Las uniones...”, ob. cit., pp. 229-246; y TSJ/SConst, sent. N° 1682 del 15-07-05. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm> y JRG, T. 224, pp. 234-244. Sobre autorización de ventas de concubino expresó el Máximo Tribunal: “...Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su artículo 77, quedan reconocidos constitucionalmente los derechos de los concubinos, en consecuencia, los efectos del matrimonio son aplicables a las uniones estables de hecho, pero tal como se evidencia de la misma en cuanto al consentimiento que se deben los cónyuges para las enajenaciones de los bienes de la comunidad, no se reconoce por ausencia de publicidad y registro que comuniquen la existencia del concubinato”, en: TSJ/SCC. N°00626. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Agosto/RC-00626-120805-04477.htm> y en JRG, T. 225, pp. 612-613.

²⁶¹ Igualmente ocurre en el *status civitatis*, la solicitud de otra nacionalidad diferente a la nacionalidad por nacimiento, modifica su *status*, pero sus efectos lo determina la Constitución, pues son materia de orden público.

²⁶² Domínguez Guillén, “El Estado Civil”, ob. cit., pp. 378-381. Recordemos que las desigualdades civiles derivadas por la edad y el sexo han sido superadas en nuestra legislación. Al respecto, señala Ochoa que la igualdad de los sexos ha tenido su pleno reconocimiento en el CC, aunque existe dos restricciones de capacidad derivadas del sexo, que son: las derivadas del artículo 46 del CC, a saber, la mujer puede contraer matrimonio a partir de los 14 años y el hombre a partir de los 16 años de edad; por

involuntarios e impregnados por la noción de orden público. Contrariamente, la profesión constituye un elemento personal del estado que depende exclusivamente de la voluntad, pues cada persona natural es libre de escoger su profesión u oficio que desea en el futuro desempeñarse.

Algunos agregan el estado de entredicho e inhabilitado, incapacidades, y éstos sin duda alguna trasciende la voluntad. Y en el estado de emancipado se aprecia claramente la intervención de la manifestación de la voluntad del menor al contraer matrimonio. Aguilar Gorrondona, además, sostiene como condiciones o cualidades del *statu personae* el hecho de ser individuo de la especie humana, la identidad y la localización de la persona²⁶³. Acertadamente indica Domínguez Guillén, que la identidad y la localización son atributos diferentes del estado civil, y ser individuo de la especie humana es un presupuesto de la personalidad y no un elemento del estado civil²⁶⁴.

2.2.2. Inicio y fin de la personalidad

En nuestro ordenamiento jurídico, la persona es todo ente susceptible o idóneo de tener derechos y deberes jurídicos²⁶⁵. En cuanto al inicio de la personalidad del ser humano se han desarrollado varias teorías; a saber, la teoría de la concepción, la teoría del nacimiento, y dentro de ésta la teoría de la vitalidad, la teoría de la viabilidad y la teoría de la figura humana. La teoría aceptada en Venezuela es la teoría de la vitalidad, de conformidad con el artículo 17 del Código Civil que sostiene: para que el feto sea considerado persona debe

otro lado, la prohibición establecida en el artículo 57 para evitar la paternidad dudosa. A su vez, agrega este autor, que lo mismo ocurre con la edad, si bien no existe discriminación derivada de la misma, ésta influye en el estatuto de la persona natural, es así que la ley distingue entre mayores de edad y menores de edad, la cual afecta la capacidad de obrar, salvo la excepciones previstas por la ley para los menores de edad (Ochoa G., **Derecho...**, ob. cit., pp. 278-280).

²⁶³ Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 75.

²⁶⁴ Domínguez Guillén, “El Estado Civil”, ob. cit., p. 381.

²⁶⁵ Véase sobre la noción de personas Domínguez Guillén, María Candelaria: “La Persona: ideas sobre su noción jurídica”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 317-355.

nacer vivo, basta que haya respirado por un instante²⁶⁶. El nacimiento con vida marca el inicio de la personalidad humana y la muerte extingue dicha subjetividad jurídica. La muerte es la cesación definitiva de los signos vitales o de la actividad cerebral (según sea clínica o cerebral)²⁶⁷.

El nacimiento con vida otorga la condición de “persona” o sujeto de derecho del ser humano. Consideramos que la existencia legal o jurídica del ser humano está sustraída de la autonomía de los particulares. En efecto, no podrían los terceros disponer por su voluntad condiciones distintas a las exigidas en el artículo 17 a los fines de obtener personalidad. No podría, por ejemplo (y no sería válido), que el sujeto disponga que se tendrá como persona el ser no nacido vivo o que contrariamente pretendiera asumir en el caso concreto la adopción de la teoría de la viabilidad o de la figura humana. El inicio de la personalidad humana ciertamente escapa de toda intervención de la voluntad o intención de los particulares²⁶⁸.

Si bien el artículo 17 del Código Civil establece que se es sujeto de derecho una vez que se nazca vivo, plantea el supuesto de protección a los intereses del *nasciturus* (incluye al concebido y al por concebir), hasta que se produzca el nacimiento con vida. Esto implica que el *conceptus* (el concebido) se le protegerá en todo aquello que lo beneficia hasta el momento de su nacimiento y se retrotraerán sus efectos al momento de la concepción. Los supuestos que consagra nuestra legislación en la protección del concebido se refiere a

²⁶⁶ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)**. Caracas: TSJ, Colección Estudios Jurídicos N° 17, 2007; Ribeiro Sousa, ob. cit., 271-295; Albaladejo, Manuel: **Derecho Civil I**, Barcelona (España): José María Bosch Editor, S.A. 14ª edic., 1996, Vol. I, pp. 213-226; Puig, ob. cit., pp. 165-168.

²⁶⁷ Véase: Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, GO N° 39.808 del 25-11-11, artículo 2 numeral 11: muerte encefálica: pérdida absoluta e irreversible de todas las funciones encefálicas y del tallo cerebral.

²⁶⁸ Véase: Domínguez Guillén, **Inicio...**, p. 43, “Vale indicar que los presupuestos que marcan o delimitan la subjetividad o personalidad jurídica del ser humano en el ordenamiento jurídico, se presentan a nuestro criterio, como de orden público, y en consecuencia están sustraídos del principio de la autonomía de la voluntad”.

materia de sucesiones, donaciones y constitución de hogar (artículos 1443, 809 y 633 CC).

Cabe también indicar que, en materia de concebidos, la doctrina anuncia que el principio desarrollado por el artículo 17 del Código Civil al establecer que “al feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien” no sólo se refiere a materia patrimonial (donaciones-testamentos-hogar), sino que puede tratarse de cualquier mejora de su condición jurídica, como señala Aguilar Gorrondona²⁶⁹, la posibilidad de reconocer al feto producto de una relación extramatrimonial. El artículo 223 del Código Civil prevé la posibilidad del reconocimiento del concebido, el cual sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre. Así pues, con ello se manifiesta otra intervención de la voluntad en materia de Derecho de la Persona.

Igualmente al *concepturus* (aquel que está por concebir), existe la posibilidad que en un futuro obtenga existencia legal como persona y de allí que sea tomado en consideración para algunos efectos jurídicos, así como se consagra en materia de donaciones el artículo 1443 del Código Civil, materia testamentaria, artículo 840 *ejusdem*, y en la constitución de hogar, artículo 633 *ejusdem*.

El testador puede instituir como heredero o legatario a los hijos que puedan nacer de una persona, este acto podrá ser válido y eficaz en virtud de lo señalado en el artículo 840 del Código Civil. La validez del testamento dependerá de dos supuestos; primero, que los instituidos sean hijos por concebir de una persona determinada y que esa persona viva para la fecha de la apertura de la sucesión. Igual razonamiento se aplica cuando dé lugar a las donaciones realizadas al no concebido.

Vale preguntarse: ¿si en aplicación a la intervención de la voluntad podrá el testador instituir a otros descendientes ulteriores de determinada persona? Consideramos que la respuesta al planteamiento anterior sin duda es negativa, pues la norma en cuestión se refiere única y exclusivamente a la descendencia

²⁶⁹ Aguilar Gorrondona, José, ob. cit., p. 55.

inmediata de una persona determinada. Por ejemplo: instituyo como heredero al primer hijo por nacer de mi hermano.

Si bien se puede comprender que la institución del inicio de la personalidad humana está marcada por normas de orden público, observamos ciertas excepciones al mismo para la realización de ciertos actos jurídicos que permitan la participación de la autonomía de la voluntad. En efecto, el legislador toma en consideración la voluntad de las personas para otorgar derechos patrimoniales al concebido o el que está por concebir.

En el artículo 809 del Código Civil, se señala que son incapaces de suceder los que al momento de la apertura aún no estén concebidos. Esta norma ha sido criticada por la doctrina, pues no refleja propiamente un supuesto de incapacidad de goce, sin lugar a dudas, sino la falta de existencia de la persona²⁷⁰. A esta regla se le agrega la excepción del artículo 840 del Código Civil: se permite en materia testamentaria instituir como heredero al no concebido. El no concebido no puede heredar por vía *ab-intestato*, pero sí por vía testamentaria.

Por otra parte, con la muerte se extingue la personalidad jurídica del ser humano, y con ello deja de ser sujeto de derecho. La muerte produce ciertos efectos derivados de una personalidad pasada²⁷¹. Después de la muerte de la persona se harán efectivas ciertas disposiciones *post mortem*: como acto de su última voluntad. En efecto, en vida la persona puede disponer su patrimonio por vía testamentaria. Además, podrá realizar disposiciones testamentarias no pecuniarias, así por ejemplo: El reconocimiento de un hijo (artículo 217 ordinal 3 del CC); el nombramiento del tutor, protutor, para todos o varios de sus hijos o un

²⁷⁰ Domínguez Guillén, *Ensayos*, ob. cit., p. 36. Véase igualmente en el mismo sentido a: Torres-Rivero, Arturo Luis: **Mis comentarios y reparos a La Reforma del Código Civil en 1982**. Caracas: UCV y Colegio de Abogados del Estado Lara. Imprenta Universitaria, 1984, Vol. I, pp. 64-65.

²⁷¹ Contreras, ob. cit., p. 119, que “después de la muerte no se puede seguir hablando de persona o sujeto de derecho, hay casos excepcionales en que se produce una subsistencia de la personalidad del difunto, basada en una ficción de índole de la que anticipa, como ocurre con el concebido y no nacido...”

tutor y un protutor para cada uno de ellos (artículo 307 del CC); la disposición que declara que ha rehabilitado al heredero que haya incurrido en indignidad (artículo 811 del CC); la disposición de su cadáver como la donación de órganos, cremación o incineración, esta última manifestación puede otorgarse ante cualquier acto, pero no precisamente a través de la vía testamentaria.

Sin embargo, tales disposiciones, que ciertamente suponen la intervención de la voluntad en el patrimonio y sobre el cadáver del sujeto, igualmente encuentran limitaciones derivadas de la ley, el orden público y las buenas costumbres. Así, la disposición de los bienes está limitada por la legítima (artículo 883 del CC), y la posibilidad de testamento vital no es ilimitada, pues el derecho a la vida es indisponible. Por ejemplo, no puede pretender el sujeto prohibir su autopsia si esta es necesaria en caso de homicidio, ni puede ordenar la aplicación de ciertas medidas que propicie la muerte, si ello se traduce en eutanasia.

Uno de los temas controvertidos y perturbadores como último acto de voluntad se refiere a la fecundación artificial *post mortem*. Se está ante el supuesto que la mujer viuda pueda inseminarse con el semen de su marido después de su muerte. Algunos sostienen su posibilidad y otros su prohibición. Si bien esto acarrea complicaciones en materia de filiatoria y sucesiones, queremos confesar nuestra imposibilidad de manifestar una respuesta categórica ante esta problemática, debido a que los criterios aportados por la doctrina son contradictorios. Para Bernad, la mujer adquiere un derecho al semen depositado por su marido o compañero, para utilizarlo o no. Ese derecho no lo adquiere por vía de donación, pues su contenido no es susceptible de ser objeto de un contrato típico; tampoco por la existencia del matrimonio, éste se disolvió desde el momento del fallecimiento de uno de los miembros. Surgiría por tanto, *ope voluntatis*, pero no nacería *iure successionis*, aunque el instrumento jurídico utilizado fuera un acto *mortis causa*, como es el testamento. Agrega este autor, que el derecho de la destinataria se traduce en la posibilidad de la reclamación del semen del centro que lo guarde, así como la obligación de éste de entregarlo, con lo que se genera un contrato atípico a favor de tercero, por ser su causa lícita y no contraria a las buenas costumbres, así como su objeto²⁷².

²⁷² Bernad, ob. cit., pp. 122-123.

En sentido contrario se pronuncia Jorge Aguilar Gorrondona, por oponerse al interés del hijo²⁷³.

Al respeto, el Tribunal Supremo en su Sala Constitucional se ha pronunciado sobre esta materia²⁷⁴ y señaló lo siguiente:

Por otra parte, tanto el semen como los óvulos, pueden ser dispuestos por sus poseedores biológicos para que sean utilizados en vida o *post mortem*.

En ese sentido será necesario una manifestación de voluntad expresa o inequívoca según las circunstancias, que denote con claridad la autorización para que sean utilizadas en procesos de fecundación o en otro sentido, después de la muerte de quien autoriza. Así pues el testamento, en ese sentido equivale a un documento auténtico.

Tal manifestación de voluntad debe constar en documentos auténticos o privados, o por una combinación de éstos con otros elementos que prueban la voluntad y sus alcances.

Cuando tal manifestación expresa no existe, o no puede determinarse su alcance, a juicio de esta Sala, la utilización por parte de cualquiera de esos elementos biológicos es ilegal, a menos que se usen para salvar vidas en estado de necesidad. En consecuencia, dichos elementos deberán ser destruidos en un tiempo prudencial por su tenedor, una vez finalizada la obligación destinada a la reproducción asistida.

No debemos olvidar que la filiación es materia de orden público, y éste no puede verse vulnerado por un acto de simple disponibilidad del sujeto, y más aún en estos supuestos tan delicados como son las relaciones jurídicas derivadas por los efectos de la ejecución de disposiciones *post mortem* si de esto deriva la posibilidad de afectar al más interesado, al hijo. La doctrina se ha

²⁷³ Aguilar Gorrondona, Jorge, ob. cit., p. 53. Señala que la situación del hijo póstumo es diferente porque se concibió en vida del padre (ídem).

²⁷⁴ TSJ/SConst, sent, N° 1456 del 27-07-06. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm>.

manifestado sobre la inconveniencia de la fertilización *post mortem* por privar el interés superior del hijo, quien tiene derecho a un padre y a una madre²⁷⁵. Por lo que no nos resulta aplicable la autonomía de la voluntad por encima del interés superior del menor que tiene rango superior y predomina en caso de conflicto de interpretación. Así mismo por aplicación de dicho principio del interés superior del hijo y el carácter de orden público de la filiación, la doctrina igualmente ha criticado la posibilidad del reconocimiento del hijo de la mujer casada, inclusive con la aquiescencia del esposo de la madre, sin la realización de una experticia científica y el debido control judicial²⁷⁶.

2.2.3. Derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad constituyen derechos que protegen la esencia física y moral del sujeto desde la perspectiva del derecho civil²⁷⁷, los cuales son absolutamente necesarios para su desarrollo y existencia²⁷⁸. Están referidos al

²⁷⁵ Varela Cáceres, Edison Lucio: “El Derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 31, 2009, pp. 102 y 103, resulta difícil de admitir que existe un derecho constitucional que legitime traer al mundo un niño que antes de su nacimiento ya está destinado a carecer de la figura paterna biológica; Domínguez Guillén, **Manual de Derecho de Familia**..., pp. 265 y 266; Domínguez Guillén, María Candelaria: “Breve referencia a la filiación post mortem”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas* N° 134, Caracas, UCV, 2009, p. 217, “La tecnología no debe revertirse en perjuicio del hijo, porque en la medida de lo posible la filiación *post mortem* debería responder a causas naturales y no a la mano del hombre. Nadie quiere la muerte de sus progenitores por lo que mal podría pensarse que es indiferente nacer o peor aun ser concebido sin ellos”.

²⁷⁶ Véase: Varela Cáceres, Edison Lucio: “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de de Justicia, en Sala Constitucional N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas*. N° 134, Caracas, UCV, 2009, pp. 219-269.

²⁷⁷ Nuestro CC carece de una consagración expresa los derechos de la personalidad. Esto sugiere para una futura revisión del CC su inclusión. Por lo contrario, no ocurre con la Constitución, que regula el reconocimiento de los derechos de la persona humana, así como los tratados, pactos y convenciones sobre la materia suscritos y ratificados por Venezuela, los cuales tienen jerarquía constitucional (de acuerdo a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución). Existen otras normas de nuestro ordenamiento

derecho a la identidad, a la vida, integridad física, a la libertad, el honor, vida privada, intimidad, imagen, y la voz. Su característica principal deriva que son derechos afectados por la noción de orden público, y sólo se deriva la participación de la autonomía de la voluntad cuando la ley o la naturaleza del derecho en cuestión lo permitan. Como advierte Bonet, el respeto al orden público impide renunciar a aquellos derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad de nuestro cuerpo, a la capacidad civil, al honor) que constituyen las condiciones elementales de la dignidad humana y, en consecuencia, los mismos quedan fuera de todo comercio civil, amparados por la organización fundamental del Estado, que perdería las características de un Estado civilizado, si consintiese la renuncia válida de tales derechos²⁷⁹.

Como derechos impregnados por la noción de orden público, se afirma que éstos son indisponibles por lo que restringe la participación de la voluntad. Al respecto, explica Cifuentes que los derechos de la personalidad son relativamente disponibles, significa esto que no es posible cambiar el destino del derecho en forma total y permanente. Pero sí es posible hacer algún tipo de alteración parcial o transitoria²⁸⁰. Expresa Domínguez Guillén, que si bien podemos disponer del ejercicio de una acción que afecta el honor, no es posible disponer del derecho al honor en abstracto. Igualmente, si bien podemos disponer de cierta forma de nuestra imagen cuando autorizamos la difusión de la misma, no

jurídico que prevén la protección de estos derechos, a saber, el Código Penal; La Ley sobre el Derecho de las Mujeres a un Mundo Libre de Violencia; la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones; La Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos; Ley Orgánica de Identificación, entre otras.

²⁷⁸ Domínguez Guillén, "Aproximación al...", ob. cit., p. 54. Véase también sobre los derechos de la Personalidad a: Cifuentes, ob. cit., pp. 25-68. Ochoa Gómez, Oscar: "Derechos de la Personalidad", En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas, TSJ, 2002, Vol. I, pp. 879-964.

²⁷⁹ Bonet: **Derecho...**, ob. cit., p. 282.

²⁸⁰ Cifuentes, ob. cit., p. 32. Señala a su vez: No se puede vender el honor, transmitir la intimidad y entregar enteramente el cuerpo, pero sí admitir una injuria sin reaccionar, la intromisión en un caso dado sobre la vida privada o donar una parte del cuerpo para trasplante (idem).

podemos disponer en forma absoluta de ella, pretender hacer una renuncia genérica y perpetua de tal derecho²⁸¹. En la práctica se observan algunos supuestos de disposición de los derechos de la personalidad, como la imagen, la voz, el cuerpo, ello no implica en modo alguno la renuncia de tal derecho, sino una suerte de facultad que confiere en concreto el contenido del mismo.

Los derechos de la personalidad los clasifica la doctrina en: 1. derechos a la identidad; 2. derechos referidos a la integridad física o relativos al cuerpo, como el derecho a la vida, integridad física, disposición del cuerpo; 3. derechos referidos a la integridad moral o psíquica, como la libertad, honor, vida privada, intimidad, autodeterminación informativa, imagen y voz²⁸². Veremos brevemente la posibilidad de la participación de la autonomía de la voluntad en estos derechos.

2.2.3.1. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad precisa de una nueva concepción doctrinaria y jurisprudencial, pues el derecho a la identidad de la persona es la conjugación de varios elementos que hace al sujeto ser él y no otro, ser único e irrepetible. Uno de los primeros doctrinarios en desarrollar este derecho fue el italiano De Cupis, el cual señala que la identidad personal es ser uno mismo y no otro que es la verdadera esencia de la persona²⁸³. Igualmente, Fernández Sessarego indica que la identidad personal conlleva ser uno mismo y no otro, pese a la integración social, es la “mismidad” del ser. Distingue este autor entre la identidad estática, conformada por el nombre, el aspecto físico, las huellas dactilares, el sexo físico; aquellos datos que los identifica primariamente; y la identidad dinámica compuesto por elementos de carácter espiritual, psicológico, ideológico, religioso, político y éstos pueden variar²⁸⁴.

²⁸¹ Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., pp. 80-81.

²⁸² Véase clasificación de los Derechos de la Personalidad en: Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 89.

²⁸³ De Cupis, Andraiano: **I Diritti della personalità**. Milano, Dott A Giuffré editore, 1959, T. II, pp. 3 y ss.

²⁸⁴ Fernández Sessarego, Carlos: **Derecho a la Identidad Personal**. Buenos Aires: edit. Astrea, 1992, pp. 14-15 y 23. Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., pp. 93-94;

El derecho a la identidad está configurado por un elemento estático y otro dinámico. El primero, en principio, permanece inalterable por el tiempo y el segundo, como su nombre lo indica, es cambiante, dependerá de las proyecciones, historia y creencias del ser humano. Si fijamos la participación de la voluntad de la persona, en este aspecto se observa muy claro en la identidad dinámica, pues es el propio sujeto de acuerdo a su crecimiento personal y su voluntad la que determinará sus creencias políticas, filosóficas, culturales y sus pensamientos; lo que permite diferenciarlo de los demás aun cuando el ambiente social pueda marcar ciertas pautas. No podríamos afirmar lo mismo con respecto a la identidad estática (como su constitución genética, sexo, huellas dactilares, sus señales antropométricas, el nombre, etc.), la que, en gran medida, escapa de la voluntad del sujeto —el nombre de pila lo seleccionan las personas facultadas para ello, los apellidos se produce *ope legis*— salvo en lo atinente a su aspecto personal o físico.

Frente al derecho a la identidad, existe discusión sobre el derecho a la identidad sexual; en lo que respecta al transexual, cabría preguntarse si el cambio de sexo es posible en función de la voluntad. Sin entrar en discusiones sobre el transexualismo, se indica que en el caso que la persona cambie su sexo físico lo realiza con el fin de adecuarlo al aspecto dinámico de su identidad. El punto se complica al determinar si nuestra legislación permite el cambio de sexo.

Domínguez Guillén, María Candelaria: “Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 119, Caracas, UCV, 2000, pp. 21-22. Véase igualmente a: Párraga de Esparza, Marisela: “Consideraciones acerca del derecho a la identidad a la persona natural y su régimen probatorio”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección de Libros Homenaje, N° 14. Caracas: TSJ, 2004, Vol. II, pp. 226-227. Señala: “La identidad de la persona viene dada precisamente por la coincidencia de una serie de elementos que hace que la persona sea lo que es, vale decir, sea ella y no otra. Estos rasgos distintivos de cada persona natural permite su individualización.” Se considera la violación del derecho a la identidad cuando se afecta o no se respeta la realidad o la verdad biográfica del sujeto, y para algunos ante la vulneración de este derecho tendrá como herramienta el *habeas data*, consagrado en el artículo 28 de la Constitución (Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 101).

Ciertamente, nuestro derecho vigente no prevé una regulación concreta al respecto, pero debemos recordar que los derechos de la personalidad están fundamentados por la noción de orden público. Igualmente, queremos advertir que el problema es álgido y escapa del presente estudio, pero pudieran darse razones a favor y en contra del cambio, viéndose las últimas básicamente en función de la idea de orden público; y las primeras —a favor— sostenidas con las ideas de Albaladejo que sería una gran tragedia si se ha de vivir con un sexo que no se siente²⁸⁵. Como advierte Domínguez Guillén, “el transexual no es un ser que decide intempestivamente por gusto o placer cambiar de sexo, sino que su verdadera identidad sexual se revela al margen de su voluntad y de su sexo físico. El derecho pudiera, en tales casos excepcionales, reconocer sólo a nivel formal el cambio de sexo y nombre correspondiente del transexual, a los fines de adecuar sus dos facetas del derecho a la identidad”²⁸⁶. No se trataría pues de apoyar el cambio en la “voluntad”, sino en la naturaleza sexual del sujeto que precisamente se determina al margen de dicha voluntad, lo cual ha sido reconocido por algunas decisiones judiciales locales²⁸⁷.

Las justificaciones jurídicas modernas sobre la transexualidad están fundamentadas en el derecho a la identidad. Domínguez Guillén observa que si bien en el derecho venezolano no esté expresamente consagrado dicho derecho, igualmente conforma un innegable derecho de la personalidad, pues el artículo 22 de la Constitución establece el carácter meramente enunciativo de los derechos humanos y por analogía de los derechos de la personalidad²⁸⁸.

²⁸⁵ Albaladejo, ob. cit., p. 241.

²⁸⁶ Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 107.

²⁸⁷ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: “Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCVN* n° 130, 2007, pp. 53-100.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 108. Recordemos que todos aquellos derechos inherentes y esenciales al ser humano como son los derechos humanos no estipulados en forma expresa en el contenido normativo de la Constitución y así en los tratados internacionales de derechos humanos no configura una desprotección de aquellos no enunciados o señalados literalmente. Al respecto véase a: Martínez, Agustina Yadira y FariásVillarreal, Innes: “La cláusula enunciativa de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 3, Caracas, 2001, pp. 133-151.

Como afirmaría Cifuentes, que el orden jurídico no tiene vacío imposible de llenar. Pero no olvidemos sin lugar a dudas los conflictos que puedan surgir entre los derechos de la persona transexual y los derechos de terceros, pues recordemos una vez más que se está ante instituciones de orden público; y así, ciertamente, el cambio afectaría a terceros cuando la transexualidad tenga que ver con los estados filiatorios y la institución del matrimonio y este último resulta limitada al transexual por impedimento de diversidad de sexo²⁸⁹. Ante el tema del cambio de sexo como un derecho a la identidad es complejo determinar la intervención de la autonomía de la voluntad, pues ésta no tiene otro límite sino lo impuesto por la ley, el orden público y las buenas costumbres; y aunque se ha mencionado que la noción de orden público no resuelve el profundo problema del transexual, lo más sensato por los momentos es no cerrarnos a la discusión, teniendo claro que la simple voluntad no resuelve el enigma de la transexualidad.

2.2.3.2. Derechos referidos a la integridad física o relativos al cuerpo

2.2.3.2.1. Derecho a la vida

Otro de los derechos respecto del cual consideramos inaplicable la autonomía de la voluntad es el derecho a la vida; indiscutiblemente se trata de un derecho esencial; el más importante, inviolable e inalienable. Es un derecho que encuentra sus límites frente al Estado, las demás personas y el propio titular. Se discute respecto al mismo aspecto como el suicidio, la eutanasia y el derecho a morir dignamente (temas que escapan a la presente investigación). No obstante, podemos afirmar que las previsiones que realice el sujeto en este sentido tienen por norte el carácter indisponible de este derecho. Así, por ejemplo, podría el sujeto ratificar su derecho a morir en paz, pero no pretender una suerte de eutanasia²⁹⁰. El derecho a morir con dignidad supone que a

²⁸⁹ Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 114. El artículo 44 del CC prevé que, “El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer...”.

²⁹⁰ Señala Fuenmayor Gallo, que si bien la vida es el bien jurídico de mayor cuantía del ser humano, por esto no debe considerarse a la vida como un bien o derecho absolutamente inviolable e indisponible, por cuanto el ordenamiento permite la privación de la vida a otra persona por legítima defensa o estado de necesidad. A su vez agrega que

todo ser humano se le respete el derecho a fallecer tranquilamente en aras a su dignidad y la paz en los últimos instantes de la vida. Nuestro ordenamiento regula esta situación, en el artículo 25 ordinal 2 de la Ley del Ejercicio de la Medicina que prevé:

Sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones legales vigentes, los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a: (...) 2. Respetar la voluntad del paciente o de sus representantes manifestada por escrito, cuando éste decida no someterse al tratamiento y hospitalización que se le hubiere indicado. Esta circunstancia deja a salvo la responsabilidad del médico. Sin embargo, la voluntad del paciente no podrá prevalecer en casos en que estén interesados la salud y el orden públicos conforme a la ley.

Igualmente, en el Código de Deontología Médica en sus artículos 77 y 81 establecen:

Artículo 77. El moribundo tiene derecho a exigir se le permita morir sin la aplicación indiscriminada de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida, respetándose también su decisión de que no le sean aplicadas medidas de reanimación. El desatender este deseo puede considerarse como una violación a los derechos del enfermo de morir en paz.

La interrupción de las medidas extraordinarias no exonera al médico de su obligación de asistir al moribundo y suministrarle la ayuda necesaria para mitigar la fase final de su enfermedad.

Artículo 81. El médico que atiende enfermos irrecuperables no está obligado al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la

refuta la tesis de la indisponibilidad e inviolabilidad absoluta de la vida humana, en virtud de que si esto fuera cierto, se tendría que castigar de una u otra forma a quien se haya suicidado y con mucha razón a quien haya intentado pero no lo haya logrado, (Fuenmayor Gallo, Federico: “ Entre el Derecho a disponer de la vida y el deber del Estado de Proteger Bienes Jurídicos (Algunas consideraciones sobre el concepto de persona, los derechos sobre la propia persona y la atipicidad del suicidio)”. En: **Temas de Derecho Penal**. Libro Homenaje a Tulio Chiossone. Colección de Libros Homenaje, N° 11. Caracas, TSJ, 2003, pp. 334-335). Opinión que consideramos muy discutible.

vida. En estos casos, de ser posible, oír la opinión de otro u otros profesionales de la medicina. El médico cumplirá igualmente lo que pueda establecer al respecto el Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Medicina.

Pensamos, al igual que la mayoría de la doctrina, que ante la situación referida no supone propiamente una disposición de la vida, sino el respeto a la vida en su última fase. Como advierte Domínguez Guillén, que lo más lógico es permitir que la vida llegue a su fin en casos excepcionales en los que seguir viviendo representa un sufrimiento que afecta la dignidad de la persona²⁹¹. La doctrina, igualmente, alude que aquellos contratos que puedan afectar el derecho a vivir son nulos, pues no se puede afectar este importantísimo derecho. Lete de Río²⁹² reseña que se han considerado válidos algunos contratos que puedan afectar este apreciable derecho en razón de las circunstancias como es el caso de deportes, trabajos y habilidades peligrosas, entre ellas automovilismo, boxeo, toros, carreras, su regulación no se ubica dentro de cualquier tipo de contrato, pues la vida es un derecho fundamental y se rechaza cualquier violación injustificadamente. Cifuentes refiere al respecto que sólo serán válidos estos tipos de contratos cuando la persona que se somete al riesgo tiene profesionalidad adquirida por la práctica, de lo contrario habría un ejercicio abusivo del derecho de vivir²⁹³. Los derechos relativos al cuerpo son referidos por la doctrina que estudia el contrato, a propósito de aquellos en que no puede mediar una exoneración total de responsabilidad²⁹⁴.

2.2.3.2.2. Integridad física

El derecho a la integridad física está consagrado en el artículo 46 de nuestra Constitución. Cabe también preguntarnos la implicación de la voluntad del sujeto sobre este derecho. Existe una amplia participación de la voluntad al respeto, pues la persona puede someterse a ciertas intervenciones quirúrgicas, exámenes médicos, a esterilizaciones, a experimentos —sólo si el riesgo es propor-

²⁹¹ Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 148.

²⁹² Lete del Río, ob. cit., p. 211.

²⁹³ Cifuentes, ob. cit., pp. 41- 42.

²⁹⁴ Véase: Mélich Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*. Caracas: ACIENPOL, Serie Estudios 61, 5ª edic., 1ª reimpresión, 2012, p. 537.

cional al beneficio—, con su previo consentimiento. Debe existir necesariamente la intervención de la voluntad del sujeto, pues pensar lo contrario estaríamos en presencia de una violación al derecho en estudio.

Para la realización de cualquier inspección corporal del sujeto debe mediar su consentimiento; la persona no puede ser obligada. En los supuestos de la determinación judicial de la filiación nuestro legislador fue muy sabio al consagrar una presunción en su contra ante la negativa del demandado de someterse a los exámenes requeridos²⁹⁵.

Todo tratamiento, examen o experimento sobre la persona precisa del consentimiento expreso y voluntario, así como se requiere ser informado sobre las consecuencias del mismo. En algunas situaciones se hacen de carácter obligatorio, pero no forzoso por motivos de salud pública, como ocurre en los supuestos de vacunación para evitar epidemias²⁹⁶. En el caso de los experimentos humanos igualmente debe prevalecer la autorización del sujeto quien deberá estar informado de los riesgos y beneficios de los mismos, la cual deberán ser proporcional²⁹⁷, por lo que en modo alguno no es suficiente la voluntad del sujeto.

²⁹⁵ Artículo 210 del CC: “A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandante. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra...” Obsérvese lo que establece al respecto la LPFMP.

²⁹⁶ En algunas circunstancias por motivos de salud pública se hace de carácter obligatorio, pero no forzoso por lo que conlleva sanciones tales como la prohibición del ingreso a un país o su salida (como ocurre con la vacuna de fiebre amarilla, exigida por algunos países para su ingreso como Brasil o Panamá), la prohibición de la asistencia al colegio, para evitar contagios. Consideramos que si se está en presencia de una pandemia como puede ocurrir con el virus de la gripe aviar, debe ser de carácter obligatorio su solución, pues se están en juegos los intereses colectivos sobre el particular. Véase la Ley de Inmunización, publicada en *Gaceta Oficial* N° 35.916 del 08-03-1996, que regula aspectos específicos.

²⁹⁷ Véase Domínguez Guillén, “Aproximación...”, pp. 171-172.

2.2.3.2.3. Disposición del cuerpo

Ahora bien, es preciso determinar cómo se ubica la autonomía de la voluntad ante el derecho de disposición del cuerpo. Nuestro ordenamiento jurídico no presenta regulación al respecto salvo la citada Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos. A diferencia del Código Civil Italiano que trae una referencia al respecto en su artículo 5 al señalar que “Los actos de disposición del propio cuerpo están vedados cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”. La legislación italiana refiere así dos limitaciones a este derecho: primero, no se pueden permitir actos jurídicos que puedan afectar a la integridad física causando disminuciones permanentes; segundo, no se permite que sean contrarios al orden público y las buenas costumbres. Consideramos al igual que Marín Echeverría²⁹⁸ que, a falta de disposición legal sobre la materia en nuestro derecho, son aplicables los principios desarrollados por la doctrina italiana. En efecto, la voluntad de la persona en disponer de su cuerpo no es ilimitada pues no están permitidas las disposiciones que causen un daño irreversible a la integridad física, al orden público y a las buenas costumbres.

El derecho a la disposición del cuerpo tiene gran relevancia en el ámbito médico en especial con relación a las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos. Éstas pueden ser por varios motivos, a saber, por salud; por estéticas y por motivos altruistas o a beneficio de terceros como ocurre con los trasplantes de órganos. Debe siempre prevalecer para la validez del acto, el consentimiento del paciente, pues, como indica Cifuentes, éste le otorga legitimación al acto, debido a que se ejerce una facultad que proviene del derecho del propio cuerpo²⁹⁹. Con el consentimiento de la persona una vez que ésta sea debidamente informada, se garantiza el respeto a la autonomía de su voluntad. Solo la persona puede determinar si desea someterse a un tratamiento médico, cirugía, experimentos médicos, al transplante de sus órganos, etcétera³⁰⁰.

²⁹⁸ Marín Echeverría, ob. cit., p. 39. Véase también; Aguilar Gorrondona, José, ob. cit., p. 153; Hung, ob. cit., p. 174; Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 158.

²⁹⁹ Cifuentes, ob. cit., p. 44.

En cualquier tipo de intervención quirúrgica sea por motivos de salud, estética o altruista debe intervenir el consentimiento de la persona; por ende, su manifestación de voluntad sólo se podrá omitir el mismo en caso de emergencias. Algunos manifiestan que las intervenciones quirúrgicas constituyen la máxima expresión del derecho a la salud, pero el mismo no es absoluto ni pleno a pesar de que el cuerpo es personalísimo, íntimo y propio, pues algunas limitaciones por razones antropológicas y ético-religiosas han creado límites a las intervenciones quirúrgicas en honor a la dignidad de la persona³⁰¹. Recordemos que no toda intervención quirúrgica es por motivos de salud, podría ser por motivos estéticos; si bien no se practica por motivos curativos, la doctrina se inclina por considerarlas lícitas, en razón de que las mismas, por lo general, no tiene carácter riesgoso y, por otro lado, las intervenciones de esa naturaleza no producen la paralización o disminución permanente de ninguna función, ni tampoco la pérdida de un sentido o de un órgano³⁰².

El derecho analizado tiene gran importancia en la materia sobre trasplante de órganos, donde se aprecia una gran participación de la autonomía de la voluntad, dentro de los límites establecidos por la propia ley. En efecto, la referida ley

³⁰⁰ Véase sobre el tema: Caló, Emanuele: **Nuevos derechos y autonomía de la voluntad**. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2000, pp. 112 y ss.

³⁰¹ Ochoa, “Derechos de la personalidad...”, ob. cit., p. 911. Señala como ejemplo el autor la esterilización, sólo se debe practicarse por cuestiones terapéuticas; como tratamiento de enfermedades se considera legítimas. Pero si su finalidad está dirigida a impedir la procreación, la intervención quirúrgica puede dar lugar a responsabilidad civil del médico interviniente (ibíd., p. 912). Opinión que respetamos, pero consideramos que la esterilización puede tener lugar bien sea por situaciones de salud como para evitar la procreación si media un consentimiento. Lo que no compartimos es la esterilización por motivos eugenésicos ni por políticas de Estado para controlar la natalidad derivada de la sobre población, pues sí afectaría a la integridad física y moral de la persona. Refiere Valencia Zea y Ortiz Monsalve, que las penas de castración y de esterilización fueron aprobadas en el Congreso Penitenciario de Berlín en 1935, y suprimidas al derrumbarse el régimen nacional-socialista en 1945 (Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Alvaro: **Derecho Civil**. Parte General y Personas. Bogota, Editorial Temis, 1997, T. I, p. 373).

³⁰² Antequera Parilli, Ricardo: **El Derecho, Los Trasplantes y las Trasfusiones, (Con especial referencia a la legislación venezolana)**. Barquisimeto: Ediciones Ucola, 1980, p. 42.

especial establece los límites de trasplantes entre vivos: la ablación del órgano del cuerpo del donante no debe causarle la muerte o la discapacidad física total o permanente (artículo 17); debe existir un vínculo de consanguinidad hasta quinto grado de consanguinidad con relación al receptor (artículo 18); en cuanto a la capacidad del donante, éste debe ser mayor de edad a menos que se trate de los parientes exigidos por la ley (artículo 19); dar su consentimiento y será comunicado por éste o ésta a la comisión de profesionales encargada de dirigir el programa de trasplante de órganos (artículo 20); los médicos o médicas, a cuyo cargo esté la operación de trasplante, informarán suficientemente al o a la donante y al receptor o receptora, sobre posibles complicaciones y responsabilidades que deriven de la operación y sus secuelas (artículo 18), la disposición de donación de órganos, tejidos y células es voluntaria y, en tal sentido, es siempre revocable hasta el momento de la intervención quirúrgica. Dado el carácter altruista de la donación, ésta no debe generar derechos a favor o en contra del o de la donante (artículo 21). No se valora en esta materia de trasplante de órganos la voluntad del dador de órganos para la ablación de los mismos, pero así mismo es esencialmente el respeto de una manifestación contraria hasta en el último momento (artículo 27). Toda persona mayor de edad, civilmente hábil, a quien se le haya diagnosticado la muerte, se presumirá donante de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos, salvo que existiese una manifestación de voluntad en contrario. Por último, tiene carácter gratuito, el donador no puede recibir ninguna contraprestación al respecto (artículo 10).

Una sentencia argentina del 19-06-80 observa que la Ley 21.541 (reformada por la Ley 23.464) referente a trasplantes de órganos en sus artículos 12 y 13 establece importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad, ya que únicamente puede efectuarse la ablación de uno de los órganos pares o materiales anatómicos, cuya remoción no implique riesgo razonable previsible que pueda causar la muerte o incapacidad total y permanente del dador, y asimismo que el receptor fuere con respecto al dador: padre, madre, hijo o hermano consanguíneo³⁰³.

³⁰³ Citado por: Sagarna, Fernando Alfredo: **Los trasplantes de órganos en el Derecho. Doctrina, legislación, jurisprudencia y Derecho Comparado**. Buenos Aires: edit. Depalma, 1996, p. 401. También ha expresado la jurisprudencia argentina la posibilidad de trasplante entre personas divorciadas. Sentencia 06-06-1995, citada en Sagarna.

El Estado puede concederle el carácter de obligatorio en el supuesto de sangre, como ocurre con lo previsto en la Ley sobre Transfusión y Bancos de Sangre³⁰⁴ en su artículo 11: “La donación de sangre podrá ser impuesta como obligatoria por parte del Estado en casos de catástrofe nacional o acción bélica”. Nos preguntamos que si este carácter obligatorio de donar la sangre bajo situaciones de catástrofe o acción bélica, puede ser coactivo, pensamos que se está ante una disyuntiva del interés público y ante la integridad física de la persona, pues no podría forzársela sin afectar la dignidad humana.

Por otro lado, cabe señalar que la doctrina menciona que aquellas partes del cuerpo que han sido separadas (cabello, leche materna, la sangre, uñas, dientes) pueden ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales, por ser consideradas cosas³⁰⁵. Al respecto, Antequera opina, al igual que la mayoría de la doctrina, que los órganos o partes separadas del cuerpo se convierte en cosas, por lo tanto considera inobjetable el carácter comercial de las uñas o de los cabellos, estos últimos susceptibles de contrato de disposición a título oneroso. Al contrario, la naturaleza *extra commercium* de otros materiales anatómicos están determinado por el orden público, el interés social y las buenas costumbres, como la piel, la sangre, que es gratuito, habida cuenta que la donación está destinada a la curación de seres humanos³⁰⁶.

Recordemos que el artículo 1 de la Ley sobre Donación, Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos excluye del ámbito de dicha ley, las células madre embrionarias, ovarios, óvulos y esperma, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitoras hematopoyéticas³⁰⁷. En relación

³⁰⁴ Ley sobre Transfusión y Bancos de Sangre, GO N° 31.356 del 8 de noviembre de 1977.

³⁰⁵ Cifuentes señala que las partes separadas del cuerpo son bienes muebles susceptibles de valor y pueden ser comercializadas (ob. cit., p. 42).

³⁰⁶ Antequera ob. cit., p. 47. Véase también: Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., pp. 159-160; Kummerow, Gert: **Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos**. Mérida: Universidad de los Andes, Colección *Justicia el Jus*, N° 4, 1969, p. 23.

³⁰⁷ Al respeto señaló la Sala Constitucional, que “...tanto el semen del hombre como los óvulos de las mujeres, son bienes biológicos no susceptibles de formar parte de los bienes sucesorales de las personas. Mención sobre este tema merece el caso de Julie Garber comentado por María Eleonora Cano en el trabajo citado *supra*, la cual era

con la sangre, la Ley sobre Transfusión y Bancos de Sangre declara de interés público toda actividad relacionada con la obtención, donación, conservación, procesamiento, transfusión y suministro de la sangre humana y de sus componentes o derivados, así como su distribución y fraccionamiento (artículo 1), además prevé su carácter gratuito, en su artículo 2: “La sangre humana solo podrá ser utilizada para el tratamiento en seres humanos e investigaciones científicas, sin fines de lucro”.

La voluntad entra en juego en aquellas partes separables del cuerpo humano, pues se convierten en cosas disponibles. Si bien puede existir una declaración de voluntad de donarlas, cederlas o enajenarlas, no es posible una ejecución forzosa; atentaría sobre la integridad física de la persona; a lo sumo tendría lugar a una solicitud de reparación por daños y perjuicios.

2.2.3.2.4. Disposición del cadáver

Igualmente, la autonomía de la voluntad participa en la disposición del cadáver derivado del derecho de disponer del cuerpo, conocida como disposición *post mortem*. La persona en vida puede disponer el destino de su cadáver, donarlo a instituciones científicas o académicas, destinarlo a transplantes de órganos, considerar su cremación o incineración. A falta de declaración de voluntad del sujeto sobre el futuro de su cadáver interviene la voluntad de sus familiares.

[...] una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de la detección de un cáncer decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con espermatozoides de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de una mujer; la elegida por los padres de la causante fue la señora Velloff. La polémica judicial instaló epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el espermatozoides y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria”. TSJ/SConst, sent. N° 1456 del 27-07-2006. Fallo citado *supra*.

Esta posibilidad de disponer del cadáver no es absoluta, pues no puede afectar normas sanitarias, el orden público y las buenas costumbres³⁰⁸. La Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos regula lo referente al trasplante de órganos provenientes de cadáveres, podrá ser establecida con criterios de muerte clínica o muerte encefálica.

En cuanto a la voluntad de cremación, se requiere haber fallecido por muerte natural, y que no porte ningún tipo de marcapasos o sistema de energía que funcionen con mercurio, de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 de la Ordenanza sobre Cementerios y Servicios Funerarios del Distrito Federal³⁰⁹. Además, expresa la Ordenanza sobre Cementerios y Servicios Funerarios del Municipio Baruta del Estado Miranda³¹⁰, que las solicitudes de cremación deberán ser siempre voluntarias, y la Dirección General de Servicios Públicos las autorizará en los casos siguientes: a. En los casos en que el difunto, en vida, la haya solicitado y se encuentre su autorización debidamente acreditada. b. Cuando los deudos o albaceas así lo exijan (artículo 38). Se hará cuando el difunto haya fallecido por causas naturales (artículo 39). Finalmente, al margen de las discusiones doctrinales relativas a la naturaleza del cadáver, se concluye que no se permite ningún contrato a título oneroso sobre tal residuo de la persona, en consecuencia estaría viciado de nulidad.

2.2.3.3. Derechos referidos a la integridad moral o psíquica

2.2.3.3.1. Libertad

La libertad es uno de los derechos más importante y esenciales después del derecho a la vida y a la integridad física. La libertad se presenta como la posibilidad

³⁰⁸ Véase: Domínguez Guillén, **Inicio...**, ob. cit., p. 258, “Dentro de los límites del orden público, las buenas costumbres y el respeto a los derechos de los demás, toda persona tiene derecho a disponer de su cuerpo”.

³⁰⁹ Ordenanza sobre Cementerios y Servicios Funerarios del Distrito Federal, N° 1454C del 22-4-1994.

³¹⁰ Ordenanza sobre Cementerios y Servicios Funerarios del Municipio Baruta del Estado Miranda, N° extraordinario 22-09/95 del 22-09-1995.

de elección o de escoger, supone la actuación según la autodeterminación, en tanto no afecte a los derechos de los demás³¹¹. La Constitución en su artículo 20 desarrolla el alcance de este derecho³¹², así como los instrumentos internacionales³¹³.

La libertad permite a la persona proyectarse, realizarse y crecer como ser humano. El derecho a la libertad se refleja en varias direcciones o manifestaciones, tales como la libertad de expresión, de información, de religión, de culto, de trabajo, de tránsito, de asociación, de cátedra de conocimientos, etc.

La máxima expresión de la autonomía de la voluntad en el derecho civil, se refleja en el derecho de la libertad, como derecho a la personalidad³¹⁴. Varias

³¹¹ Domínguez Guillén, “Alcance...”, ob. cit., p. 17. Véase igualmente, Domínguez Guillén, “Innovaciones...”, ob. cit., pp. 30-31.

³¹² Señala Domínguez Guillén que el artículo 20 de la Constitución se presenta más como un principio que como derecho concreto de libertad, pues las limitaciones a las que refiere la parte final de la norma se aplican a todos los derechos de la persona y no exclusivamente a la libertad, y esto simplemente ratifica el carácter de principio de la norma (“Alcance...”, ob. cit., p. 25). Todos los derechos de la personalidad, tales como la vida, la integridad física, disposición del cuerpo, el honor, la vida privada, la intimidad, la imagen, la voz, tendrán como límites los derechos de los demás, el orden público y el orden social.

³¹³ La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, artículo 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9; la declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 18, 19 y 20. Podemos observar el origen del derecho a la libertad, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

³¹⁴ Como expresa Domínguez Guillén, “la libertad se manifiesta en el ámbito del derecho privado en múltiples circunstancias, pero básicamente se aprecia en forma clara en el ámbito de negociaciones jurídicas que reflejan la plena autonomía del sujeto” (“Aproximación...”, ob. cit., p. 189). Luego agrega la autora que “la autonomía de la voluntad es una típica manifestación de la libertad dentro de la esfera del derecho privado” (Ídem.) Véase igualmente Domínguez Guillén, María Candelaria: “Las libertades de expresión e información”, En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 5, Caracas, 2002, p. 21, “Como derecho de la personalidad, es decir, considerando la libertad desde la perspectiva del derecho privado, podemos decir que el principio

instituciones del derecho civil tienen sus pilares en el derecho de la libertad, motivo por el cual estudiamos el principio de la autonomía de la voluntad. Como advierte Iturriaga Romero, el ordenamiento valora la libertad del sujeto y deja a la autonomía de su voluntad el ejercicio de los derechos subjetivos que le concede³¹⁵. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce y admite el poder autónomo de la persona, para cumplir o satisfacer sus propios intereses, siempre y cuando que éstos no se opongan a lo previsto en la ley, el orden público o las buenas costumbres y los derechos de los demás.

La mayor manifestación del derecho a la libertad en el sector privado se observa en materia negocial, pues existe la libertad de contratar, testar, al contraer matrimonio, trabajar, etc. La voluntad penetra no sólo en materia patrimonial sino en materia extrapatrimonial, como lo hemos reflejado a lo largo de nuestra investigación.

Refiere Cifuentes, que lo demostrativo de este derecho y de su clase dentro de los derechos personalísimos, es el conjunto de actos de disposición de la propia libertad. En principio, sólo es posible disponer de ésta en forma temporal y parcial³¹⁶. En efecto, podemos contratar y allí limitar cierta libertad de nuestra persona, pero no de manera definitiva y perpetua. No serían válidos aquellos contratos en que la persona se sujete en forma perpetua o indefinida, pues no se puede disponer en forma absoluta de este importantísimo derecho, ello iría en contra de su dignidad. La doctrina trae a colación los siguientes ejemplos: No puede obligarse a una persona a prestar sus servicios toda su vida a favor de otras; obligarla a practicar la prostitución, —más que inmoral como afirma Domínguez Guillén es desproporcional pues restringe la libertad— la prohibición de habitar determinado sitio; cambiar o no de religión; la prohibición de contraer matrimonio con determinada persona; la prohibición de tocar un instrumento en ningún lugar y en ningún momento; vender su cabello a determinada persona en forma indefinida, tales contratos o cláusulas se tendrán como nulos, por ser

de la autonomía de la voluntad constituye una evidente manifestación de la proyección de la libertad en el ámbito del derecho civil”.

³¹⁵ Iturriaga Romero, ob. cit., p. 18.

³¹⁶ Cifuentes, ob. cit., p. 53.

ofensivo de la libertad. Existe, pues, un ámbito donde la libertad no está sujeta a la voluntad: “Si bien toda persona es libre de obligarse, esta libertad no puede llegar al punto de sostener que el sujeto por propia voluntad pierda su libertad”³¹⁷.

Algunos anuncian como axioma ontológico-jurídico sobre el derecho a la libertad que la persona tiene la libertad de hacer todo aquello que la ley expresamente no lo prohíba³¹⁸. No nos adherimos a esta línea de pensamiento, pues marca una idea meramente positivista y formalista, partiendo que la única fuente de nuestro derecho es la norma escrita e ignorando que el ordenamiento va más allá, donde los principios jurídicos son los pilares y orientadores de nuestro ordenamiento jurídico. Domínguez Guillén indica que las prohibiciones pueden derivarse en forma tácita del sistema porque el legislador no es un ser perfecto capaz de prever todas las formas de violación de los derechos³¹⁹.

2.2.3.3.2. El honor

El honor es el valor más estimado de la persona: éste puede ser subjetivo u objetivo; el primero es la estima de la propia dignidad (autoestima); el segundo es la opinión o la apreciación que los demás tienen de nuestra dignidad (reputación). Es el derecho de no ser humillado³²⁰.

³¹⁷ Señala Domínguez, que no debe confundirse con las obligaciones de no hacer que pueda tener lugar en ciertos contratos según su naturaleza, como por ejemplo la prohibición de tomar sol respecto de las modelos o de mantenerse sobre cierto peso corporal durante la vigencia del contrato. Los mismos no pueden ser objeto de ejecución forzosa pero puede dar origen a indemnizaciones pecuniarias, (“Aproximación...”, ob. cit., p. 190).

³¹⁸ Indica Ochoa que “De allí el axioma ontológico-jurídico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, siendo ese axioma la expresión *a priori* de la libertad” (“Derechos de la Personalidad...”, ob. cit., p. 920).

³¹⁹ Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20...”, ob. cit., p. 39.

³²⁰ A nivel Jurisprudencial determina la diferencia entre el elemento subjetivo y el objetivo del honor: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sent. N° 115 del 21-03-2000, Exp. 00-22862; Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sent. N° 746, del 21-06-2000. Exp. 00-22896; TSJ/SConst, sent. N°332 del 14-03-2001, Exp: N°001797 En: JRG, T. 174, pp. 428-431; TSJ/SConst, sent. N° 240 del 29-02-2000, Exp: N° 97-1971 En: JRG, T. 162, pp. 701-721.

El honor como derecho de la personalidad se ha calificado como relativamente disponibles. Al respecto, afirma Cifuentes, por su carácter relativamente indisponible, de los derechos de la personalidad, no cabe vender el honor, pero sí admitir una injuria sin reaccionar³²¹. En este mismo sentido observa Domínguez Guillén que, si bien es cierto que podemos disponer del ejercicio de una acción que afecta el honor, no es posible disponer al honor en abstracto, por ejemplo, renunciar tal derecho³²². No existe la posibilidad de disponibilidad del derecho al honor en forma absoluta o genérica, pero si es factible renunciar a las acciones correspondientes para proteger este derecho cuando sea vulnerado. Sin embargo, ello en modo alguno constituye una renuncia al derecho en cuestión. La voluntad juega así un papel relevante en torno al ejercicio de la acción y no propiamente al contenido del derecho.

2.2.3.3.3. Vida privada e intimidad

El derecho a la vida privada se refleja en vivir con las más mínimas injerencias ajenas, y el derecho a la intimidad conlleva a una idea más reservada del sujeto o secreta del mismo³²³. Vale en este punto las mismas consideraciones que se hicieron sobre el derecho al honor, y al efecto coincidimos con las ideas de Cifuentes; al éste expresar que los derechos de la personalidad son relativamente disponibles, significa que no es posible cambiar el destino del derecho en forma total y permanente, pero sí una alteración parcial y transitoria, pues no se puede transmitir la intimidad, pero sí permitir una intromisión inerte ante la vida privada o la intimidad³²⁴.

³²¹ Cifuentes, ob. cit., p. 32.

³²² Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 80.

³²³ La Constitución Nacional de 1961 no hacía distinción entre el derecho a la vida privada e intimidad y señalaba su artículo 59 que “Toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada”. En la Constitución actual expresa en su artículo 60 una protección a la intimidad: “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor; vida privada, intimidad...”.

³²⁴ Cifuentes, ob. cit., p. 32.

2.2.3.3.4. Autodeterminación informativa

Este derecho consiste en que toda persona pueda acceder a cualquier fuente de información referida a sí misma o sus bienes a fin de controlar y rectificar los datos en cuestión³²⁵. Este derecho supone que toda persona puede conocer la existencia de los datos referente a ella, el derecho al acceso de los mismos, el derecho de conocer su uso y finalidad, a su actualización, rectificación o destrucción de datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Este derecho permite una cierta participación de la voluntad de la persona, pues ésta decidirá revelar los datos o situaciones de su vida que mejor le convenga —salvo aquellos datos requeridos en forma obligatoria, por ejemplo materia de Registro Civil—. Una vez suministrada la información por la persona permite este derecho la posibilidad de acceso sobre los mismos, conocer el uso que se le haga y el control de ellos, ya sea para su rectificación, actualización o destrucción³²⁶. Para la divulgación de los datos proporcionados por la persona debe existir su consentimiento. Sabemos que actualmente debido a los acelerados avances tecnológicos existe mayor probabilidad de acceder a informaciones de determinadas personas sin su consentimiento, lo cual acarrea una violación del derecho bajo análisis.

Señala Pérez Luño, que “no se trata de reconocer un derecho de propiedad sobre los propios datos, de manera que no se podría comerciar con ellos como se hace con tantos bienes que son objeto de un derecho de propiedad; por el contrario,

³²⁵ Domínguez Guillén, “Innovaciones...”, ob. cit., p. 35.

³²⁶ Indica Domínguez Guillén que la autodeterminación en la información denota que somos autónomos en dar a conocer de nosotros la información que a bien tengamos. Pero, adicionalmente, una vez dada, tenemos derecho acceder a la misma, para controlarla, corregirla, actualizar (“Aproximación...”, ob. cit., p. 229). Señala Ortiz que frente al derecho de autodeterminación informativa, también se reconoce el derecho al Estado de saber quiénes son sus ciudadanos, dónde viven, si trabajan o no, si están inscrito en el Seguro Social, etc., datos que considera el autor no pudieren ser eliminados o destruidos (Ortiz Ortiz, Rafael: “Algunas consideraciones sobre el hábeas data como derecho civil fundamental”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas: TSJ, 2002, Vol. II. p. 99).

se aspira el reconocimiento a cada individuo de una cierta capacidad de decisión respecto al registro y utilización de los datos relativos a su persona, derecho que en modo alguno tiene carácter absoluto, sino que también se encuentra limitado y debe ceder a favor de otros derechos³²⁷.

Existe una intervención de la voluntad de la persona a declarar ciertos datos sobre su persona o bienes a entes públicos o privados para su registro y su utilización, salvo aquellos que por exigencias del orden público o de la ley deban ser proporcionados obligatoriamente (tales como materia Registro del Estado Civil y Electoral, Registro Inmobiliario), sean inmodificables e indestructibles a solicitud de la persona (Datos de las partidas del Estado Civil), pues existe un interés público y un derecho reconocido al Estado referente a aquellos datos. La Constitución prevé un mecanismo de protección a este derecho denominado *hábeas data*, en su artículo 28.

El *hábeas data* alude al mecanismo procesal de protección a fin de garantizar el derecho de autodeterminación informativa. La Sala Constitucional ha manifestado que la demanda de *hábeas data* implica varios derechos, los cuales son: “1. el derecho de toda persona de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley; 2. el derecho de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad; y 3. el derecho de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos...”³²⁸ Otros observan que la protección al derecho en estudio está previsto en el artículo 143 de la Constitución denominado *hábeas data* impropio³²⁹.

³²⁷ Citado en Ortiz, ob. cit., p. 105.

³²⁸ TSJ/SConst, sent. N° 3561 del 18-12-2003, Exp: N°03-2579 En: JRG, T. 206, p. 243.

³²⁹ Véase a: Ortiz, ob. cit., p. 85. Señala al respecto el Máximo Tribunal que “...La Carta Fundamental en su artículo 143, otorga a los ciudadanos otro derecho a la información, el cual debe ser cumplido por la Administración Pública, con el fin que los administrados conozcan el estado de las actuaciones en que están directamente interesados, así como las resoluciones que se adopten”, TSJ/SConst, sent. N°1050 del 23-08-2000, Exp: N°00-2378. En: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1050-230800-00-2378%20.htm>.

Consideramos la intervención de la voluntad de la persona en el derecho de la autodeterminación informativa en su disposición respecto a la revelación y utilización de datos relativos a su persona o bienes ante organismos públicos o privados, salvo las excepciones mencionadas anteriormente.

2.2.3.3.5. Imagen

El derecho a la imagen³³⁰ supone que nadie puede disponer de la representación gráfica de la persona sin su autorización. La autonomía de la voluntad en este derecho le permite al sujeto la divulgación de su imagen por cualquier medio, con su consentimiento, y la compensación o beneficios económicos derivados por el uso de la misma³³¹.

El sujeto puede disponer el destino de su imagen, ya sea para ser reproducida o divulgada en portadas de revistas, en vallas publicitarias, en propagandas de televisión, páginas *web*, cine, exhibición de su imagen en pinturas, etcétera, siempre con su autorización o consentimiento. Ningún tercero puede obtener beneficio económico o altruista con la imagen de otra persona sin su permiso, pues estaríamos en presencia de su violación como derecho autónomo que es, además no puede ser desviado el fin u objetivo para el cual se otorgó el consentimiento para su difusión. En este orden de ideas, advierte Hung Vaillant, que para la utilización de la imagen de la persona, la regla o principio general debe ser la necesidad del consentimiento del titular del derecho³³². Asimismo, el consentimiento puede ser expreso o tácito³³³. De tal suerte que la voluntad juega un papel fundamental dentro del contenido del derecho a la imagen.

Disponemos de cierta forma de nuestra imagen cuando autorizamos la difusión de la misma, pero nunca podrá ser en forma absoluta, y menos pretender

³³⁰ Consagrado su protección en el artículo 60 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación”.

³³¹ Sobre el tema de la imagen véase a Hung Vaillant, Francisco: **La Protección de la Propia Imagen en el Sistema jurídico Venezolano**, Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2004.

³³² Hung, **La Protección**..., ob. cit., p. 111.

³³³ Cifuentes, ob. cit., p. 58.

hacer una renuncia genérica y perpetua respecto de tal derecho³³⁴. Indica Domínguez Guillén que no es posible renunciar por vía contractual a la imagen en general, si bien se puede de cierta forma disponer parcialmente de algunas de sus manifestaciones como son las fotografías en concreto³³⁵. La característica de ser un derecho indisponible origina varios matices, ya que el titular puede consentir intromisiones de terceros en la esfera de sus derechos; consentimiento que no contradice el carácter de indisponibilidad por cuanto no significa la absoluta abdicación del derecho, sino únicamente el desprendimiento parcial de algunas de las facultades que los integran³³⁶.

Cabría preguntar: ¿Qué supuesto no precisa el consentimiento para la difusión de la imagen? Ha considerado la doctrina que no es requerida la autorización de la persona para la reproducción y divulgación de su imagen cuando: a) son personas célebres o famosas por su actividad (artistas, deportistas, políticos, etcétera), porque existe un interés público que se difunda, pero esas difusiones deben estar relacionadas con la actividad propia del individuo; b) cuando determinados hechos o acontecimientos que se hubieran desarrollado en público (desfile o procesión). Pero si la imagen ha sido sacada del contexto y aparece netamente individualizada no habrá derecho a su difusión sin su consentimiento; c) se trata de hechos o acontecimiento de interés público (perseguir a los delincuentes prófugos); d) si la imagen se relaciona con fines científicos, didácticos, culturales, porque se hace prevaler un fin social³³⁷. Ahora bien, se ha sostenido que el consentimiento es sólo requerido para la difusión de la imagen y no para su captación, cuando ésta ocurra en lugares públicos³³⁸.

³³⁴ Domínguez Guillén, “Aproximación...”, ob. cit., p. 81.

³³⁵ *Ibid.*, p. 244.

³³⁶ García Pérez, Carmen, citado en Hung, **La protección de la imagen...**, ob. cit., p. 39.

³³⁷ Cifuentes, ob. cit., pp. 58-59. Igualmente véase en este mismo sentido Hung al citar Novoa Monreal, quien señala que las personas celebres pierden “su derecho a la privacidad de su imagen en razón del derecho de los demás de estar debidamente informadas de las actividades públicas o de las actividades que interesan al público” (Hung, **Derecho...**, ob. cit., p. 185). Véase también a Hung, **La Protección...**, ob. cit., pp. 126-132.

³³⁸ Sostiene Domínguez Guillén que dado que la captación de la imagen se agota instantáneamente en un solo acto y puede tener lugar en un sitio público sería sumamente

2.2.3.3.6. Voz

La voz, al igual que la imagen, constituye un derecho inherente a la persona, pues también identifica e individualiza³³⁹, pero desde el punto de vista sonoro. En este punto quisiéramos utilizar las palabras de la autora Ferreira Rubio: la protección de la voz debe guiarse *mutatis mutandi*, por la protección de la imagen³⁴⁰. En efecto, todas aquellas afirmaciones realizadas en los párrafos anteriores sobre la tutela que reotorga a la imagen son trasladables a la noción de la voz. Para la utilización o divulgación de la voz de una persona se requerirá su autorización, además consideramos que para su captación igualmente requerirá su consentimiento³⁴¹. La participación de la voluntad de la persona en el derecho a la voz, se observa en el consentimiento para su captación y utilización.

2.2.4. Capacidad

Ha sido constante y reiterada la afirmación relativa a que las instituciones sobre capacidad³⁴² y estado de las personas son de orden público, y por lo tanto

difícil pretender sostener la autorización a los efectos de la captación de la imagen, razón por la cual se ha restringido el contenido de este derecho a la autorización para su difusión” (“Aproximación...”, ob. cit., p. 240). Además, agrega la autora, que si la captación en lugares privados o íntimos por cualquier medio no es lícita, no solo se afecta los derechos de la privacidad o la intimidad sino que se vulnera en forma autónoma la imagen con la simple captación, aun cuando no se haya difundido la misma (ibíd., p. 241). Igualmente sostiene que cuando enviamos nuestra fotografía a determinadas personas, ello no lleva implícito una autorización para que las mismas puedan disponer de nuestra imagen (ibíd., 242).

³³⁹ Domínguez Guillén, “Innovaciones...”, ob. cit., p. 37. Recordemos que no existe una consagración expresa de este derecho en nuestra Constitución, pero esto no es óbice para su protección, debido al carácter enunciativo de los derechos de la personalidad, consagrado en el artículo 22 de la Constitución, llamada cláusula abierta, pues no requiere la mención expresa del derecho en la ley para su protección.

³⁴⁰ Ferreira Rubio, Delia M.: **Derecho a la intimidad (Análisis del artículo 1071 Bis CC)**. Buenos Aires: Edit. Universidad, 1982, p. 119.

³⁴¹ Sostiene Domínguez Guillén que la imposibilidad de la captación de la voz sin la autorización del interesado, en virtud de que tal acto por lo general, a diferencia de la imagen, en modo alguno se perfecciona en un instante (“Aproximación...”, ob. cit., p. 247).

escapan a la intervención de la autonomía de la voluntad. La doctrina ha sido clara en explicar que las normas que rodean la capacidad son de orden público³⁴³. Nuestra labor en las líneas siguientes es determinar cómo participa la autonomía de la voluntad en el tema de la capacidad.

Nos enfocaremos en lo posible en la autonomía de la voluntad, en los diferentes tipos de capacidad, a saber, la capacidad de goce-jurídica o de obrar-ejercicio; y respecto de ésta los diversos regímenes de incapaces, a saber, la patria potestad, tutela, emancipación, interdicción e inhabilitación. Veamos, pues, cada uno de los supuestos en que se proyecta la voluntad en la capacidad de la persona, y adelantamos que la regla seguirá siendo en la medida que la propia ley lo considere.

2.2.4.1. Capacidad de goce

Como cualidad esencial de la persona, la capacidad jurídica corresponde a todo ser humano por ser la medida de la personalidad, y su desconocimiento implicaría un atentado al orden público general porque significaría negarle la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas³⁴⁴. Por ello, tal materia está afuera del alcance de la autonomía de la voluntad y su renuncia sería de las que van contra el interés o el orden público. La capacidad de derecho es siempre relativa, pues no hay persona que actúe en la vida jurídica sin restricciones o prohibiciones derivadas de su estado, vinculaciones civiles y familiares³⁴⁵. Toda limitación de la capacidad de goce es establecida por la ley, denominadas las mismas como incapacidades especiales de goce, las cuales son prohibiciones que la ley impone a ciertas personas para realizar algunos actos, o prohibiciones para ser titular de una relación jurídica en concreto; contra ellas no valen acuerdos de las partes, porque son de imperativo cumplimiento. Su inobservancia vicia de

³⁴² Sobre capacidad, véase: Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., *passim*; De Freitas De Gouveia, Edilia: “La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas, TSJ, 2002, Vol. I, pp. 320-349.

³⁴³ Véase, Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 24-25.

³⁴⁴ Puig, ob. cit., p. 179.

³⁴⁵ Cifuentes, ob. cit., p. 70.

nulidad el acto. Así, vale citar las incapacidades especiales de goce: la prohibición de compraventa entre cónyuges (artículo 1481 del CC), o la compra venta entre padre e hijos sometidos a patria potestad (1482 ordinal 1 del CC). Tales prohibiciones o incapacidades especiales de goce escapan a la voluntad de los particulares, y no son subsanables a diferencia de la incapacidad de obrar.

En efecto, la incapacidad de goce se caracteriza porque no pueden ser subsanadas; la voluntad solo tiene cabida cuando la ley lo faculta. Por ejemplo, al indigno que siendo incapaz de suceder, puede ser rehabilitado por voluntad del afectado en razón que la ley prevé tal posibilidad (artículo 811 del CC)³⁴⁶.

2.2.4.2. Capacidad de obrar

La capacidad de obrar se define como la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia, se refleja en la aptitud de realizar negocios jurídicos o actos procesales³⁴⁷. Esta capacidad es afectada por la edad, la salud mental, ciertas discapacidades físicas³⁴⁸, la prodigalidad, la condena penal, el matrimonio. La incapacidad de obrar es exclusiva de la persona natural o ser humano.

Los actos o negocios jurídicos no pueden relajar normas sobre la capacidad, todo acto realizado por un incapaz de obrar está viciado de nulidad. Aun cuando las partes señalaren de mutuo acuerdo considerar capaz una de ellas no siéndolo realmente, el contrato sería anulable³⁴⁹. Y ello es aplicable a cualquiera de los regímenes de incapaces. Así pues, la capacidad es materia enteramente sustraída de la autonomía de la voluntad. Se trata de normas de orden público.

³⁴⁶ Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 25.

³⁴⁷ De Freitas De Gouveia, ob. cit., pp. 325-327. Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 8-13.

³⁴⁸ Cabe resaltar que la Ley para las Personas con Discapacidad, publicado en *Gaceta Oficial* N° 38.598, del 5 de enero de 2007, en el Título V sobre Disposiciones Transitorias, Derogatorias y Finales, Capítulo II sobre disposiciones derogatorias en su aparte primero deroga al artículo 410 del CC, en consecuencia los ciegos de nacimiento, o el que hubiere cegado durante la infancia y el sordo mudo actualmente no son incapaces de obrar relativos, es decir no se produce la inhabilitación legal en estos supuestos, actualmente son plenamente capaces de obrar al adquirir la mayoría.

³⁴⁹ Maduro Luyando, ob. cit., p. 459.

La intervención de la voluntad en materia de capacidad viene dada por la propia ley. En ocasiones, la ley permite la intervención de la voluntad, como ocurre con el menor de edad³⁵⁰ en ciertos actos al margen de su minoridad, tales como: contraer válidamente matrimonio, si tiene la edad mínima requerida por la ley, el varón si es mayor de 16 años y la mujer si es mayor de 14 años, con autorización de sus padres (artículos 47 y 59 del CC); puede realizar el reconocimiento válido de un hijo si es un varón adolescente mayor de 14 años y si tiene menos precisa autorización (artículo 90 de la LORC, respecto de la mujer no se alude a límite de edad); puede ejercer la responsabilidad de crianza sobre sus hijos (artículo 277 del CC); debe otorgar su consentimiento para su adopción y cambio de nombre, a partir de los doce años (artículo 414 en concordancia con el artículo 80 de la LOPNNA); disponer de sus bienes por testamento si es mayor de 16 años (artículo 837 del CC); tiene plena capacidad laboral a partir de los 14 años (artículo 100 de la LOPNNA); puede administrar el producto de su trabajo en los mismos términos que un menor emancipado (artículo 273 del CC). La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes le concede al adolescente capacidad procesal cuando por ley presente capacidad negocial (artículo 451)³⁵¹.

³⁵⁰ Consideramos, al igual que la mayoría de la doctrina venezolana, que el término “menor de edad” no persigue un sentido despectivo o estigmatizante como la apreció la Exposición de Motivos de la LOPNA. En este sentido véase a Aguilar Gorrondona, José, ob. cit., pp. 215-216, la cual señala que “La Constitución de 1999 no tiene empacho en utilizar sin connotación oprobiosa la terminología que la LOPNA quiso erradicar (v. p. ej., el art. 33)”. Igualmente a Hung Vaillant, Francisco, “Notas sobre la capacidad jurídica de niños y adolescentes a la luz de la LOPNA”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia* N° 2, Caracas, 2000, p. 341; Domínguez Guillén: **Ensayo...**, ob. cit., pp. 69-71; Domínguez Guillén, María Candelaria, “Comentarios sobre el Procedimiento de Privación de Guarda”. En: **Temas de Derecho Procesal**. Libro Homenaje a Félix S. Angulo Ariza. Colección de Libros Homenaje, N° 10. Caracas: TSJ, 2003, p. 312.

³⁵¹ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria, “Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del artículo 451 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes)”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 29, 2009, pp. 97-123.

2.2.4.3. Regímenes de incapaces

Ahora bien, veamos específicamente cada uno de los regímenes de incapaces y cómo encuentra participación la voluntad en los mismos.

2.2.4.3.1. Patria potestad

Otra de las instituciones jurídicas que, sin lugar a dudas, no escapa de la noción de orden público es la patria potestad; ésta se ubica dentro de los regímenes de protección de los menores de edad no emancipados encomendado a los progenitores. La patria potestad estaba conformada por tres atributos, a saber: la guarda, la representación y la administración. Cabe advertir que con la Reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el contenido de la patria potestad comprende: la responsabilidad de crianza, la representación y la administración, en consecuencia se modifica el atributo de la guarda a responsabilidad de crianza. Para que los progenitores puedan detentar estos atributos deben estar en pleno ejercicio de la misma.

La responsabilidad de crianza (antiguamente la guarda) se encuentra regulada en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; en cuanto a la representación y administración siguen vigentes las disposiciones del Código Civil, así lo refiere expresamente el artículo 364 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

La patria potestad como institución es de orden público, por lo que su disponibilidad genérica está sustraída de la autonomía de la voluntad. Así por ejemplo, no tendría valor un acuerdo por el que uno de los padres pretenda renunciar a la misma. Es una institución necesaria, obligatoria, irrevocable e irrenunciable. Además, como bien refleja, las ideas de Ferri, en la patria potestad los padres no son libres de ejercitar o no los deberes inherentes, sino que deben ejercitarlos bien, es decir, del modo más adecuado al interés familiar³⁵².

³⁵² Ferri, ob. cit., pp. 286-287.

Consideramos que el atributo más relevante e importante de la patria potestad es la responsabilidad de crianza. En este orden de ideas, indica Wills que la guarda es el atributo esencial y primordial que se ejerce directamente sobre la persona del hijo³⁵³. Castán Vázquez expresa, como contenido de la guarda, la alimentación, educación, convivencia³⁵⁴, y otros agregan al poder de corrección. El artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, define a la responsabilidad de crianza de la siguiente forma:

La Responsabilidad de Crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes.

Si bien la responsabilidad de crianza como atributo de la patria potestad está regida por normas de orden público, el legislador ha permitido ciertos convenios en la materia en aras del interés y beneficio del hijo. Específicamente, aunque la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes le atribuye la responsabilidad de crianza a ambos progenitores, admite que en caso de padres que no conviven, a uno de ellos en principio se le atribuye “la custodia” que supone la convivencia con el menor.

³⁵³ Wills Rivera, Lourdes, **La guarda del hijo sometido a patria potestad**. Caracas: Edit. Torino, 2001, p. 37, Véase igualmente a Domínguez Guillén, la guarda configura sin lugar a dudas el atributo por excelencia de la patria potestad. Tiene por objeto el cuidado de la persona del menor de edad no emancipado, se enfoca en el ámbito personal del hijo, en consecuencia se excluye los atributos de la administración y representación, los cuales van ligados al aspecto patrimonial (Domínguez Guillén, “Comentarios...”, ob. cit., p. 312).

³⁵⁴ Véase: Spósito Contreras, Emilio, **La educación de los hijos como elemento esencial de la responsabilidad de crianza**. Trabajo de ascenso para optar a la categoría de profesor Asistente. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV, 2012 (tutora María C. Domínguez G.); Domínguez Guillén, María Candelaria, “La educación del menor como contenido esencial de la guarda”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 116, Caracas: UCV, 1999, pp. 347-372.

En efecto, el artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes permite en los supuestos de demanda de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio que el padre y la madre realicen convenios sobre el ejercicio de la custodia de los hijos³⁵⁵. Consideramos pertinente los acuerdos que puedan llegar los padres al respecto, por cuanto la noción de orden público y, por ende, su indisponibilidad ha sido cada día flexibilizada sobre esta materia. Como acertadamente revela Morales, se ha producido en materia de familia un resquebrajamiento del riguroso concepto de orden público del pasado³⁵⁶, y el Juez sólo deberá a su criterio homologarlo si es conveniente para los intereses del hijo. Indica, igualmente, al respecto Morales que la reforma del Código Civil producida en 1982, ya había permitido los acuerdos entre los padres para resolver situaciones derivadas de sus hijos, le otorgaba potestad de tomar decisiones sobre materias que tradicionalmente se habían considerado como de riguroso orden público. Así, por ejemplo, el derogado artículo 264 del Código Civil daba por sentado que los padres, en caso de separación, dispusieran libremente sobre quién de ellos tendría la guarda de los hijos³⁵⁷.

Al progenitor que no se le atribuye la custodia se le concede un “régimen de convivencia familiar” antiguamente denominado “derecho de visita”, que igualmente constituye un ejemplo, de la prioridad de la voluntad de los interesados

³⁵⁵ Wills Rivera, ob. cit., p. 200. Revela a su vez que en la separación material de los progenitores unidos o no por vínculo matrimonial, está prevista la posibilidad legal de que el padre y la madre realicen convenios sobre el ejercicio de la guarda de sus hijos (ibíd., p. 201).

³⁵⁶ Indica la autora que, la evolución del derecho de familia reflejado en las reformas de los veinte años, donde se ha dado franca acogida a los acuerdos paternos en materias consideradas tradicionalmente de carácter indisponible, pareciera que se ha producido un resquebrajamiento del riguroso concepto de orden público del pasado (Morales, Georgina, “Co-parentalidad en el ejercicio de la guarda”. En: **Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Caracas: UCAB, 2003, p. 429).

³⁵⁷ Morales, Georgina, “Las relaciones paterno-filiales bajo el Régimen de la Patria Potestad en La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. En: **Estudios de Derecho Civil**. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección de Libros Homenaje, N° 5. Caracas: TSJ, 2002, Vol. I, p. 786.

en el establecimiento del mismo, toda vez que lo ideal es que se establezca por vía amigable³⁵⁸, no obstante su posterior homologación.

También se observa en el artículo 375 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo referente al concepto de Obligación de Manutención, que puede ser convenida entre el obligado y el solicitante en cuanto al monto, forma y oportunidad de pago, siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor. El convenimiento para producir eficacia debe ser homologado por el juez.

Todos aquellos acuerdos permitidos a los padres en materia de patria potestad, como lo referido a la custodia, la obligación de manutención y la convivencia familiar deben ser homologados por el juez. La intervención del juez constituye un límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores para resolver asuntos familiares puesto que pareciera que el juzgador ostenta una función fiscalizadora³⁵⁹. El juez puede negar la homologación de tales acuerdos, si aprecia que el interés o bienestar de los hijos pudiese verse afectado o que el acuerdo contempla estipulaciones perjudiciales para alguno de los progenitores³⁶⁰. Pensamos que la intervención de la voluntad en algunos supuestos del ejercicio de la custodia, no sería válida; por ejemplo, la renuncia anticipada y permanente a uno de los progenitores al derecho de la convivencia familiar, o pretender por acuerdos exonerar al otro progenitor de sus obligaciones de

³⁵⁸ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria, **La convivencia familiar (antiguo derecho de visitas)**. Caracas: Paredes, Colección Cuadernos, 2012, pp. 147 y ss.

³⁵⁹ Echarte, citado en Morales, “Las Relaciones...”, ob. cit., p. 788.

³⁶⁰ Morales, “Las Relaciones...”, ob. cit., p. 788. Véase decisiones judiciales, que participa el Juez como un ente regulador o fiscalizador de los convenios familiares: Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, sent. 27-04-05, JRG, T. 221, pp. 18-20; señala: si bien se estableció una cantidad mensual como pensión alimentaria en la sentencia de divorcio, no obstante a ello la obligación alimentaria no sólo puede cancelarse en dinero, pues el obligado cumple con dicha obligación cuando cancela los gastos de seguro, colegio y otros gastos; Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, sent. 29-04-05, JRG, T. 221, pp. 21-22; Corte Superior del

alimentos. Son materias y situaciones donde la intervención de la voluntad debe ir en función exclusivamente del interés del menor.

La representación y la administración son atributos de la patria potestad conjuntamente con la responsabilidad de crianza. La representación implica realizar los actos jurídicos en nombre del menor y la administración es gestionar el patrimonio en forma beneficiosa de una persona³⁶¹.

De acuerdo a nuestra normativa, la patria potestad es ejercida conjuntamente por ambos progenitores, salvo que se carezca de la titularidad y, por ende, el ejercicio de la misma, o en el caso que, teniendo la titularidad, se esté sumergido en alguna causal de exclusión del ejercicio. El ejercicio conjunto no tiene por qué requerir necesariamente una actuación conjunta³⁶². Para Bossert y Zannoni se presumirá que los actos realizados por un progenitor cuentan con el consentimiento del otro³⁶³. No existe en nuestro ordenamiento la posibilidad de atribuirle a uno sólo de los progenitores la patria potestad, ni aun con el acuerdo de los mismos, pues es materia que escapa de su voluntad en interés de los hijos. Pero ha manifestado la doctrina que el artículo 267 del Código Civil abre el camino para asignarle los atributos de la representación y administración a uno sólo de los progenitores si fuere conveniente a los intereses del menor; y en el supuesto que el progenitor no ejerza el atributo de la guarda, ello conlleva a perder el ejercicio aun siendo titular de la misma³⁶⁴.

2.2.4.3.2. Tutela

La tutela³⁶⁵ se presenta como un régimen de protección subsidiario para los menores de edad no emancipados no sometidos a patria potestad, y la tutela

Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, sent. 08-11-04, JRG, T. 217, pp. 39-42; TSJ/SConst, sent. 15-09-04, JRG, T. 215, pp. 302-305; TSJ/SCC, sent. 04-06-04, JRG, T. 212, pp. 585- 587.

³⁶¹ Domínguez Guillén, "Comentarios...", ob. cit., p. 312.

³⁶² Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 121.

³⁶³ Citado en Domínguez, *idem*.

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 124-125.

de mayores de edad igualmente es un régimen de protección al incapaz absoluto, por un procedimiento de incapacitación (interdicción).

Como refleja la interrogante de Bonet: ¿Quién duda el carácter de orden público de la tutela? Habrá de subordinarse a las normas establecidas para ellas por el Código Civil en lo que afecta fundamentalmente a la institución³⁶⁶.

Las normas sobre la tutela son de orden público, en razón que la materia presenta carácter imperativo. La participación de la voluntad ante esta materia se ofrece en la posibilidad de los padres en ejercicio de la patria potestad de nombrar tutor a sus hijos (artículo 305 del CC), pueden designar un tutor para todos o para varios de sus hijos, o un tutor para cada uno de ellos (artículo 307 del CC). Se requiere que para el momento de la apertura de la tutela no estén privados de la patria potestad. El contenido de los artículos 305 y 307 del Código Civil referente a la delación del cargo del tutor³⁶⁷ por los padres tiene así carácter facultativo, pues emplean el verbo “pueden” o “podrán”³⁶⁸. Implica una participación de la autonomía de la voluntad, en la conformación de los cargos tutelares por parte de los padres permitido por el legislador. Acertadamente, explica Domínguez Guillén que el fundamento de esta designación por los padres se debe a la presunción de afecto y conocimiento de los progenitores respecto de sus hijos³⁶⁹.

La delación es de estricto orden público y no puede ser modificada por la voluntad de las partes, de ello estriba la plena eficacia del régimen de protección al cual será sometido el menor. La delación del tutor en materia de menores

³⁶⁵ Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 151-182. Aguilar Gorronzona, José, ob. cit., pp. 305-380; Hung Vaillant, **Derecho...**, ob. cit., pp. 349-398; Marín Echeverría, ob. cit., pp. 169-182; La Roche, ob. cit., pp. 125-188. Domínguez Guillén, María Candelaria: “Algunos problemas de interpretación en materia de tutela”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 109, Caracas, 1998, pp. 257-306.

³⁶⁶ Bonet, **Derecho...**, ob. cit., p. 259.

³⁶⁷ La delación de los cargos de la tutela es la manera de determinar los titulares de dichos cargos (Aguilar, ob. cit., p. 326). La delación es paterna, legítima y dativa, según provenga de la decisión de los padres, de la ley o del Juez.

³⁶⁸ No emplea el verbo “deben” o “tienen”.

³⁶⁹ Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 166.

sigue un orden de prelación determinado por la Ley, a saber: la paterna, la legítima y la dativa (judicial)³⁷⁰. En la delación de la tutela de los mayores de edad tiene otro orden, primero será legítima, la paterna y la dativa, como se indicará *infra* —interdicción e inhabilitación—.

2.2.4.3.3. Colocación familiar o entidades de atención

Otras de las medidas de protección para los menores no emancipados prevista por el legislador y desarrolladas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es la colocación familiar o en entidades de atención. Su regulación está prevista en los artículos 396 y siguientes de la Ley Orgánica. La colocación familiar o entidades de atención es una medida de protección aplicable en aquellos casos de niños o adolescentes privados temporalmente de su familia de origen, y que sólo puede ser dictada por un Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente. Constituye, por tanto, una de las modalidades de familia sustituta³⁷¹.

La colocación familiar puede tener lugar en familias o entidades de atención; la primera consiste en otorgar la guarda y, en algunos casos, puede conllevar

³⁷⁰ Advierte igualmente Domínguez Guillén, que la institución de la delación es de orden público y la misma no puede ser modificada por los particulares, pues agrega que “la ley tiene interés que la delación de los cargos tutelares tenga lugar en la forma que consagra el ordenamiento jurídico porque de ello en buena medida depende un sector importante de la gestión de los regímenes de los incapaces” (Domínguez Guillén, María Candelaria. “La delación en los regímenes de incapaces”. En: **Studia Iuris Civiles**. Libro Homenaje a Gert E. Kummerow. Colección de Libros Homenaje, N° 16. Caracas: TSJ, 2004, p. 181). Igualmente, señala Aguilar Gorrondona, José que la delación de los cargos de la tutela es de orden público, ya que de ellos dependen en buena parte la eficacia general del régimen de protección al cual se someta al pupilo (ob. cit., p. 326).

³⁷¹ Barrios, Haydée, “Colación familiar o en entidad de atención en la LOPNA”. En: **Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**, Caracas: UCAB, 2000, p. 296. Manifiesta Morales que “la figura jurídica de la “guarda” ha quedado exclusivamente reservada a los progenitores y cualquier entrega a un tercero, como podría ser una abuela, otro pariente o simplemente escogido por el Juez para asumir la tenencia del niño o adolescente, configuraría una colocación familiar” (Morales, “Co-parentalidad...”, ob. cit., p. 434). Véase también: Barrios, Haydée, “La colocación

la atribución de la representación del menor para determinados actos (artículo 396 de la LOPNNA) mientras se determine otra institución de protección, a saber: la tutela o la adopción. En la colocación en entidades de atención se otorga una vez agotada todas las posibilidades y no lograda la colocación familiar, y conlleva la atribución de la guarda y representación (artículo 398 de la LOPNNA). Se debe agotar la primera para acudir a la segunda modalidad de colocación.

La colocación procede primero, si ha transcurrido los treinta días previstos en el artículo 127 luego de dictar la medida de abrigo; segundo, cuando ha sido imposible abrir la tutela o continuarla; tercero, la privación o extinción de la patria potestad de sus padres (artículo 397 de la LOPNNA). La colocación debe ser acordada por vía judicial, sólo el juez está facultado y no los entes administrativos. El artículo 400 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes prevé:

Quando un niño, niña o adolescente ha sido entregado o entregada para su crianza por su padre o su madre, o por ambos, a un tercero apto o apta para ejercer la Responsabilidad de Crianza, el juez o jueza, previo el informe respectivo, considerará ésta como la primera opción para el otorgamiento de la colocación familiar de ese niño, niña o adolescente.

De la norma anteriormente transcrita, se infiere que el legislador permite la relajación de la indisponibilidad e irrenunciabilidad de la guarda al sostener que los padres, de acuerdo a su voluntad, puedan entregar sus hijos a terceros para hacerse cargo de su crianza. Advierte Morales, que el contenido del artículo

familiar: principios y requisitos de procedencia”. En: **Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Caracas: UCAB, 2002, pp. 325-359; Sentencia de la Corte Superior de Apelaciones del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, del 20-05-2002, Exp. N° C-010631 (14525); De Colima, Inge: “Programa de colocación en familia sustituta”. En: **Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Caracas: UCAB, 2003, pp. 329-365; Domínguez Guillén, **Derecho Civil I...**, pp. 406-416.

400 en el cual se da por sentado la facultad y la práctica de algunos padres de entregar a los hijos para que un tercero se encargue de su crianza, se traduce en una delegación de las facultades parentales, perfectamente aceptadas por el legislador³⁷². Al respecto, explica Barrios que, en algunos casos, los propios padres han entregado al niño o al adolescente a una tercera persona para que ésta se ocupe de la crianza del hijo. Tales situaciones conllevan que se establezcan determinadas relaciones personales entre el niño o adolescente cuya preservación puede convenir a su interés superior. En otras ocasiones puede resultar todo lo contrario; esta situación debe ser evaluada por el Tribunal, para determinar si la persona es apta o no para ejercer la guarda del menor³⁷³.

Aun ante la posibilidad de los padres entregar sus hijos a terceros para su crianza, aceptada indirectamente por el legislador, sólo quedará a discreción del juez su determinación para la colocación familiar y no a la voluntad de los padres. Con esto queremos manifestar que la norma en cuestión no establece una facultad directa para los padres en entregar a sus hijos a terceros, sino que reconoce una situación de hecho que se ha configurado en nuestro medio y debe ser examinada por el juez a través de la figura jurídica de la colocación familiar.

2.2.4.3.4. Emancipación

La emancipación es el estado que se encuentra un menor de edad al contraer matrimonio, y en consecuencia adquiere el libre gobierno de su persona y la libre administración de sus bienes, pues sale de la patria potestad a la que estaba sometido y así aumenta su capacidad de obrar. El menor de edad pasa de una incapacidad absoluta a una incapacidad relativa³⁷⁴.

³⁷² Morales, “Las Relaciones...”, *ob. cit.*, p. 795. Además agrega que en legislaciones extranjeras han llegado a consagrar la figura de la delegación voluntaria de la patria potestad, que permite a los padres desprenderse de su autoridad a favor de otras personas, lo cual constituye una suerte de relajamiento del principio de la indisponibilidad de la institución (artículos 376 y 377 del Código francés y artículos 316 y siguientes del Código Civil italiano) (*ídem.*). Véase también, Morales, “Co-parentalidad...”, *ob. cit.*, p. 434, sostiene que el Juez que conoce de la guarda, podrá considerar la colocación familiar del hijo, a aquella persona que haya sido escogida por los padres.

³⁷³ Barrios, “Colocación familiar o entidad...”, *ob. cit.*, p. 314.

Si bien el matrimonio se ubica dentro de las causas que afectan a la capacidad de ejercicio esta causal, contrariamente a las otras (edad, salud mental, pródigo), supone un aumento de la capacidad de obrar³⁷⁵. La doctrina extiende al concubinato la causa de emancipación³⁷⁶, de existir un acta de registro con base en la Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 46), en cuyo caso sería un ejemplo de la intervención de la voluntad en la materia, amén del matrimonio.

La emancipación es otras de las instituciones jurídicas de orden público, ubicada fuera del alcance de la voluntad de los particulares, y en consecuencia, como indica Cifuentes, no puede restringirse, ni modificarse los efectos señalados en la ley.³⁷⁷ La emancipación opera incluso contra la voluntad del menor afectado.

Ante la autonomía de la voluntad del menor de edad emancipado puede ejecutar negocios jurídicos de disposición con autorización del juez y no a través de la intervención de sus padres³⁷⁸. En efecto, aquel emancipado que pretenda vender, por ejemplo, su vehículo precisa de la autorización del juez (artículo 383 del CC), siendo improcedente la representación legal de sus progenitores, pues la patria potestad culminó. En el ámbito procesal, el menor emancipado precisa de asistencia de uno de los progenitores y, en su defecto, un curador *ad hoc* que nombra con la aprobación del juez (artículo 383 del CC). La voluntad

³⁷⁴ Véase sobre la emancipación a: Domínguez Guillén, María Candelaria, “La emancipación”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 120, Caracas, 2001, pp. 139-185; Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 183-224; Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 389-404; Hung, ob. cit., pp. 399-406; Marín Echeverría, ob. cit., pp. 184-190. Binstock, Hanna: **La emancipación en el Derecho Venezolano**. Cuadernos del Instituto de Derecho Privado 1. Caracas: UCV, 1971.

³⁷⁵ De Freitas, ob. cit., p. 343.

³⁷⁶ Véase: Domínguez Guillén, **Derecho Civil I...**, ob. cit., pp. 420-421.

³⁷⁷ Citado por Domínguez Guillén, “La emancipación”, ob. cit., p. 156.

³⁷⁸ En efecto como señala Domínguez Guillén, “El menor se emancipa al margen de su voluntad y debe regirse por las normas relativas a la emancipación. De allí que en el caso venezolano, el menor emancipado para realizar un acto de disposición requiere de autorización judicial (artículo 383 del CC) y no la intervención de algunos de sus padres, salvo que éste actúe por representación voluntaria. Los padres del menor emancipado no son sus representantes legales, en razón que el régimen de representación que implica la patria potestad, culminó por el solo efecto del matrimonio” (ídem).

del menor interviene en la designación del curador *ad hoc* a nivel procesal. Para Domínguez Guillén implica una especie de delación del curador *ad hoc* procesal de menor emancipado producto de la voluntad concurrente del menor y del juez³⁷⁹.

El emancipado adquiere el libre gobierno de su persona, se produce inclusive al contraer matrimonio sin autorización del representante, en consecuencia actúa su voluntad en el ámbito personal, por ejemplo, el menor emancipado sale de una determinación de domicilio legal (artículo 33 del CC) y voluntariamente adquiere un domicilio general voluntario de acuerdo a los términos fijados por el artículo 27 del CC.

2.2.4.4. Procedimientos de incapacitación

Los procedimientos de incapacitación como lo son el procedimiento de interdicción y el procedimiento de inhabilitación³⁸⁰ afectan la capacidad de obrar; el primero en forma absoluta y el segundo en forma relativa. Esta materia sobre incapacidad de obrar está inspirada en la regla según la cual no existe incapacidades sin texto legal que la establezca, pues las incapacidades son taxativas, son netamente de política legislativa³⁸¹. Las causas de procedencia para ambos procedimiento difieren; el proceso de interdicción se inicia exclusivamente por un defecto intelectual grave, habitual y permanente (artículo 393 del CC); y el procedimiento de inhabilitación únicamente por debilidad de entendimiento y la prodigalidad. Con ello la voluntad está al margen de los

³⁷⁹ Domínguez Guillén, “La delación...”, ob. cit., p. 194.

³⁸⁰ Véase sobre procedimientos de incapacitación: Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 225-348; De Freitas De Gouveia, Edilia, “Comentarios sobre el procedimiento de interdicción”. En: **Temas de Derecho Civil**. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección de Libros Homenaje, N° 14. Caracas, TSJ, 2004, T. I, pp. 385-417. Jaimes, Yolanda, **La Interdicción**. Caracas: UCV, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales Publicaciones, 3ª edic, 1999.

³⁸¹ En efecto, afirma Domínguez Guillén que no hay incapacidad sin texto legal que la establezca y que algunos doctrinarios sostienen que tales normas son de interpretación restrictiva, pero lo correcto es sostener que las incapacidades no pueden ser objeto de analogía (Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., pp. 27, 370-372).

procedimientos de incapacitación, sólo se pueden solicitar bajo las causas anteriormente indicadas, y dada también la naturaleza de tales procedimientos no se admite la transacción u otros modos de autocomposición procesal.

Por otro lado, el entredicho debe estar sometido a tutela; la delación de esta se realiza ante un orden diferente a la tutela de los menores, a saber: tiene lugar la delación legítima, paterna y dativa; a diferencia de aquella que posee preferencia la paterna ante de la legítima. Se ha preguntado la doctrina, ¿si la persona puede designar tutor previendo el supuesto de incapacidad? Al respecto se han manifestado algunos autores, quienes afirmativamente la denominan tutela fiduciaria³⁸², otros como autotutela o mandato tutelar³⁸³, otros la distinguen como delación voluntaria o delación personal³⁸⁴. Recordemos que la tutela se ofrece en beneficio del incapacitado; acertadamente afirma Domínguez Guillén que la delación voluntaria o personal, tutela fiduciaria o autotutela se inspira bajo la idea de la autonomía de la persona y la institución de la tutela. En efecto, si terceros pueden decidir quien será nuestro tutor con más razón el principal interesado podrá asumir tal decisión³⁸⁵.

Si bien no existe una consagración expresa en nuestro Código Civil donde se le ofrezca la posibilidad al propio sujeto de designar a su tutor, consideramos que no es razón suficiente para su negativa, pues dentro de las herramientas de la interpretación no escapa el elemento más importante; a saber, el teleológico. En efecto, la finalidad de la institución es la protección del incapaz, quién más interesado que él para designar voluntariamente su tutor. Ahora bien, pensamos que la delación voluntaria tiene sus excepciones. En efecto, es excluida en los siguientes supuestos: a) En el caso de interdicción legal, debido a la naturaleza de esta institución, por ser de carácter sancionatorio y no protector de la institución; b) si el incapaz está casado y su cónyuge asume

³⁸² Crehuet Del Amo, citado en Domínguez Guillén, “La Delación...”, ob. cit., p. 195.

³⁸³ Rodríguez-Arias Bustamante, citado en Domínguez Guillén, “La Delación...”, ob. cit., p. 196.

³⁸⁴ Domínguez Guillén, “La Delación...”, ob. cit., p. 196. Considera que la delación voluntaria o personal parte de la voluntad directa e inequívoca del propio interesado.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 198; Domínguez Guillén, **Derecho Civil I...**, p. 443.

la delación legítima, pues por ser incompatibles ambas instituciones —el estado de cónyuge con el sometimiento de la potestad de otro—³⁸⁶.

En la inhabilitación o incapacidad relativa, el sujeto queda sometido al régimen de la curatela, el sujeto conserva el gobierno de sí y precisa asistencia del curador para actos de disposición. En la designación del cargo del curador se siguen las pautas para la delación de tutores de menores (paterna, legítima y dativa), según lo previsto en el artículo 409 del Código Civil, y ello es criticado por la doctrina, pues el orden debió considerar la delación de tutela de mayores de edad (legítima: —cónyuge y en su defecto sus padres—; paterna; dativa) por ser un régimen más consecuente con la incapacitación de adultos³⁸⁷. Se ha considerado pertinente que el inhabilitado apruebe el curador, recordemos que es un incapaz relativo y cuenta con un cierto grado de discernimiento, por lo cual no hay ninguna objeción en permitir intervenir su voluntad en la designación de quien lo asistirá³⁸⁸. Vale observar que por efecto de la Ley para la Protección de las Personas con Discapacidad³⁸⁹ fue derogada la inhabilitación legal que consagraba el artículo 410 del Código Civil.

En la interdicción legal, sólo existe una privación de la capacidad negocial en el ámbito patrimonial, derivada de la condena a presidio. El entredicho legal no podrá realizar ningún acto de disposición y administración, pero sí actos personalísimos, como contraer matrimonio, reconocimiento de la filiación, divorcio. Su autonomía y voluntad sólo se limita en su aspecto patrimonial y no personal.

³⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 196 y 198.

³⁸⁷ Domínguez Guillén, **Ensayos...**, ob. cit., p. 344 y Domínguez Guillén: “La delación...”, ob. cit., p. 191.

³⁸⁸ Criterio sostenido en sentencia del Juzgado Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 21-11-2003, Exp. N° 02-1252, citada en Domínguez Guillén, “La delación...”, ob. cit., p. 192.

³⁸⁹ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria, “La derogatoria de la inhabilitación legal”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 26, Caracas: 2008, pp. 223-249.

2.2.5. No presencia y ausencia

La no presencia y ausencia son dos instituciones diferentes, en cuanto a su concepción y procedimiento³⁹⁰. En la no presencia, la persona no se encuentra en el país en un momento determinado, pero no hay duda de su existencia. En cambio la ausencia supone la incertidumbre si la persona vive o no³⁹¹.

En la no presencia, el sujeto no se encuentra en la República y se le deberá nombrar un defensor por el Tribunal, en el caso de un procedimiento judicial. Consideramos, al igual que La Roche, que se está ante una institución con características marcadamente procesales³⁹², en consecuencia se debe agotar primero lo previsto en el artículo 224 del CPC³⁹³. Consideramos que a la luz de nuestra investigación y siguiendo la ideas planteadas hasta ahora sobre la intervención de la voluntad de la persona, que la participación de la voluntad en esta institución se hace evidente mediante nombramiento del apoderado que realice el no presente para su representación en el ámbito procesal, por lo que el juez sólo nombrará un defensor cuando el apoderado se negare a representarlo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 224 del CPC.

La ausencia precisa de un procedimiento que consta de tres etapas: la presunción de ausencia, la declaración de ausencia y la presunción de muerte. La voluntad del presunto ausente poco juega en el proceso; sólo se hace evidente en la fase de presunción de ausencia al dejar apoderado. En tal caso, el lapso para continuar a la siguiente fase —declaración de ausencia— es tres años y no dos años, según lo previsto el artículo 421 del Código Civil.

³⁹⁰ Véase a: Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 427 y ss; Hung, **Derecho...**, ob. cit., p. 435 y ss; Marín Echeverría, ob. cit., p. 212 y ss; La Roche, ob. cit., p. 297 y ss.

³⁹¹ Instituciones desarrolladas en los artículos 417 y siguientes del CC.

³⁹² La Roche, ob. cit., p. 300. Véase igualmente a Hung, **Derecho...**, ob. cit., p. 435.

³⁹³ Artículo 224 del CPC: “Cuando se compruebe que el demandado no está en la República, se le citará en la persona de su apoderado, si lo tuviere. Si no lo tuviere, o si el que tenga se negare a representarlo, se convocará al demandado por Carteles, para que dentro de un término que fijará el Juez, el cual no podrá ser menor de treinta días ni mayor de cuarenta y cinco, según las circunstancias, comparezca personalmente o por medio de apoderado...”.

2.2.6. Registro del Estado Civil

El Registro del Estado Civil³⁹⁴ se presenta como una institución pública y obligatoria, en la cual se hace constar de un modo auténtico todos aquellos hechos o actos del estado civil, para fines probatorios o informativos referentes a una persona. Indica Ruiz, que en el Registro Civil se inscribirán imperativamente, los hechos y actos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la Ley³⁹⁵.

La intervención de la voluntad frente a esta institución tiene lugar en la selección del nombre de pila, al momento del levantamiento de la partida³⁹⁶, pues el nombre constituye un dato de inscripción del acta de nacimiento, como lo expresaba el derogado artículo 466 del Código Civil. Por otro lado, en el reconocimiento de la filiación³⁹⁷, pues su inscripción se asienta en la partida respectiva, a través de notas marginales. La voluntad de la persona puede intervenir en la creación, modificación o extinción del estado civil —por ejemplo, el matrimonio, el divorcio, la nulidad del matrimonio, la adopción, la adquisición, modificación o revocatoria de la nacionalidad—, pero escapa su voluntad

³⁹⁴ Véase sobre Registro Civil: Domínguez Guillén, *Derecho Civil I...*, pp. 241-278; González Lobato, Eglée: **Registro Electoral Venezolano y sistema general del Registro Civil como fuente de producción de datos**. Caracas: Paredes, Colección Cuadernos, 2012; **Código Civil de Venezuela: Antecedentes - Comisiones Codificadoras - Debates Parlamentarios – Jurisprudencia - Doctrina-Concordancias. Artículo 445 al 463**. Caracas: Ediciones de la Biblioteca de la UCV, 1999. Ávila Rodríguez, Vinicio, “Comentarios a la organización del registro del estado civil en la actualidad”. En: **Temas de Derecho Civil**. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección de Libros Homenaje, N° 14. Caracas, TSJ, 2004, T. I, pp. 188-221. Baroni Uzcátegui, Ricardo, “Nueva organización del Registro Civil de las Personas”. En: **Temas de Derecho Civil**. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección de Libros Homenaje, N° 14. Caracas, TSJ, 2004, T. I, pp. 223-301. Contreras, ob. cit., p. 173 y ss. Ruiz Gutiérrez, Urbano, **Temas de Registro Civil**, Granada: Editorial Comares, 1986. Sentencia del TSJ/SConst, sent. N° 2651 del 02/20/03, publicada en G.O. N° 5.670 extraordinaria, de fecha 15 de octubre de 2003.

³⁹⁵ Ruiz, ob. cit., p. 18.

³⁹⁶ Como indicamos *supra* 2.2.1.1.

³⁹⁷ Explicado *supra* 2.2.1.3.

el deseo de modificar o suprimir datos del estado civil requeridos por la ley para su inscripción en el Registro del Estado Civil.

2.2.7. Posesión de Estado

La Posesión de Estado³⁹⁸ está prevista en el artículo 214 del Código Civil y consiste en comportarse como el titular del estado civil, pues disfruta de los beneficios y tolera las cargas. Es una situación de hecho que derivan efectos jurídicos. La posesión de estado se hace valer por vía judicial en los procedimientos de inserción de partidas, en los juicios de inquisición de paternidad o maternidad, en los procesos judiciales declarativos de la situación de concubinato. Actúa como una prueba supletoria en aquellos procesos a falta de inscripción o ante la imposibilidad de demostrar la titularidad del estado civil.

Consideramos que la voluntad en la posesión de estado se refleja en hechos y no propiamente con la intervención de la autonomía de la voluntad, porque efectivamente se trata de una situación fáctica. Sucede algo parecido al domicilio general voluntario: se trata de una “voluntad” que necesariamente debe proyectarse en hechos a fin de adquirir relevancia jurídica. Pero la posesión de estado familiar presenta carácter supletorio a falta de la prueba por excelencia que es la correspondiente partida.

Conclusión

El Derecho Privado Civil tiene como fuente de inspiración la libertad de la persona en la satisfacción de sus intereses permitiéndole la posibilidad de establecer sus propias relaciones jurídicas. Así que el ordenamiento jurídico reconoce

³⁹⁸ Véase: Ramos Sojo, César José, “Situaciones de Hecho. Consideraciones sobre la recepción del hecho en el Derecho venezolano”. En: *Revista de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas*, N° 85. Caracas: UCV, 1992, p. 370 y ss. Domínguez Guillén, **El Estado...**, ob. cit., p. 398 y ss. Domínguez Guillén, María C., “En torno a la posesión de Estado”. En: *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 22, Caracas, 2006, pp. 55-84. TSJ/SCC, sent. 30-09-2004, N° RC 01152. Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social, sent, 19-09-2001, N° 232.

y ampara la libertad del ser humano a través de la materialización del principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, esa libertad no es absoluta ni ilimitada, de allí que el Estado intervenga para reducirla en salvaguarda de los intereses comunes. Las restricciones fijadas por el Estado se hacen necesarias para mantener el equilibrio jurídico y social. De lo contrario, la autonomía de la voluntad no sería más que una utopía, una injusticia, un caos o una arbitrariedad.

En efecto, el principio de la autonomía de la voluntad deja libre la iniciativa a los particulares para ordenar y regular sus relaciones jurídicas, del modo que mejor les convenga; es el poder atribuido por la ley a los particulares para crear derecho, es decir, establecer normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses, siempre y cuando éstos no pugnen con los mandatos de la ley, el orden público o las buenas costumbres.

La distinción entre el derecho privado de carácter patrimonial y extrapatrimonial se ha hecho insuficiente para determinar la injerencia de la autonomía de la voluntad. En el ordenamiento jurídico existen normas de carácter extrapatrimonial, en las cuales se faculta la intervención de la voluntad en ciertas materias. Por el otro lado, presenta normas de contenido netamente patrimonial y aun así prohíbe participar el principio de la disponibilidad y relajación de sus disposiciones, porque no todo lo asociado a lo patrimonial es enteramente disponible. Se aprecia así que el Derecho Privado Civil —patrimonial o extrapatrimonial— tienen límites idénticos, cuando están afectados por el orden público y las buenas costumbres. Pues en definitiva aunque la autonomía de la voluntad no juegue en principio en el Derecho de la Persona el mismo papel que en el Derecho Civil Patrimonial, es incuestionable que en cada una de sus instituciones juega un papel fundamental la “voluntad” en un sentido amplio.

La autonomía de la voluntad no encuentra asidero dentro de la materia donde esté en interés el orden público y las buenas costumbres de conformidad con el artículo 6 del Código Civil. En todas aquellas normas en que prevalece el principio del orden público, presentan características propias, la necesidad de observancia incondicional, inderogable e indisponible por los intereses parti-

culares con el propósito de tener en cuenta el interés general en oposición al individual. Por ende, debe existir un equilibrio entre la autonomía de los sujetos y los intereses sociales o el orden social de un Estado.

En “principio” el Derecho de Personas escapa a la noción de la autonomía de la voluntad, porque instituciones como el nombre civil, la sede jurídica, el estado civil, inicio y fin de la personalidad, los derechos de la personalidad, la capacidad, Registro del Estado Civil y posesión de estado se caracterizan por estar sumergidas o sometidas dentro a la idea de orden público. No obstante, la Ley permite cierta intervención de la voluntad de los particulares en estas instituciones, pero sus condiciones, requisitos y efectos están al margen del sujeto que la realiza.

Así en materia de los atributos, observamos la injerencia de la persona en la elección del nombre de pila sin mayores restricciones que la dignidad de la persona; la posibilidad del cambio del nombre de pila por vía principal por afectar la dignidad, al poseer nombres ridículo, vergonzosos; el cambio del apellido derivado por vía de consecuencia —reconocimiento de la filiación, adopción, desconocimiento, impugnación de la paternidad o maternidad, inquisición de la paternidad o maternidad—; en la determinación del domicilio de elección en materia contractual; la renuncia del domicilio general voluntario; en la nacionalidad adquirida; en la regionalidad para ciertos efectos electorales aunque se refleje en la fijación de la residencia; la ciudadanía producto de la adquisición de la nacionalidad por naturalización la cual le permite el ejercicio de ciertos derechos políticos; en el reconocimiento voluntario de la filiación; el matrimonio; el régimen patrimonial del matrimonio; la profesión.

El inicio de la personalidad, lo determina el nacimiento con vida de acuerdo a lo previsto en el artículo 17 Código Civil; la existencia legal o jurídica del ser humano está sustraída de la voluntad de los particulares, no podrían los terceros disponer por su voluntad condiciones distintas a las exigidas por la Ley a los fines de obtener personalidad. Además, el artículo 17 del Código Civil plantea el supuesto de protección del *conceptus* bajo el principio que “al feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien”; al *concepturus* ante la

posibilidad que en un futuro obtenga existencia legal, permitiendo así la intervención de la voluntad en beneficio del *conceptus* y *el concepturus* en materia patrimonial como es el otorgamiento de testamentos, donaciones y constitución de hogar a favor de los mismos. El testador puede instituir como heredero o legatario a los hijos que puedan nacer de una persona, en virtud de lo señalado en el artículo 840 del Código Civil. Además, en el ámbito extra-patrimonial, la voluntad participa ante la posibilidad del reconocimiento del concebido, el cual sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre de acuerdo con el artículo 223 del Código Civil.

Después de la muerte de la persona se harán efectivas ciertas disposiciones *post mortem*: como acto de su última voluntad. En efecto, en vida la persona puede disponer su patrimonio por vía testamentaria. Además, podrá realizar disposiciones testamentarias no pecuniarias, como la donación de órganos, su voluntad en la incineración o cremación de su cuerpo, entre otras.

Los derechos de la personalidad —derecho a la identidad, derecho a la vida, derecho a la integridad física o corporal y derecho a la integridad moral— están afectados por la noción de orden público, en consecuencia son irrenunciable e indisponibles, pues constituyen condiciones elementales de la dignidad humana. Habrá cierta disponibilidad parcial de esos derechos, como son la imagen, la voz, el cuerpo, el honor, y ello no implica en modo alguno la renuncia de tal derecho, sino una suerte de facultad que confiere en concreto el contenido del mismo.

La capacidad, sea esta de goce o de obrar, está muy restringida de la voluntad de la persona. La limitación de la capacidad de goce es establecida por la ley, denominadas las mismas como incapacidades especiales de goce, las cuales son prohibiciones que la ley impone a ciertas personas para realizar algunos actos, o prohibiciones para ser titular de una relación jurídica en concreto; contra ellas no valen acuerdos de las partes, porque son de imperativo cumplimiento. Su inobservancia vicia de nulidad el acto. Tales prohibiciones o incapacidades especiales de goce escapan a la voluntad de los particulares, y no son subsanadas a diferencia de la incapacidad de obrar.

Para la validez de todo negocio jurídico o acto jurídico se requiere capacidad de obrar, pues todo acto realizado por un incapaz de obrar está viciado de nulidad. La intervención de la voluntad en materia de capacidad de obrar viene dada por la propia ley por ser de orden público. Observamos cierta interferencia de la voluntad en algunos regímenes de incapaces como ocurre en la guarda, cuando el legislador ha permitido ciertos convenios sobre la materia en aras del interés del hijo. Igualmente, en lo referente al concepto de la obligación alimentaria, que puede ser acordada entre el obligado y el solicitante en cuanto al monto, forma y oportunidad de pago; y el régimen de visitas. El juez actúa como un ente controlador de estos acuerdos.

Así, se observa la participación de la autonomía de la voluntad en la institución de la delación de los cargos de los tutores de menores de edad, al ofrecer la posibilidad de los padres en ejercicio de la patria potestad de nombrar tutor a sus hijos. Se observa igualmente intervención de la voluntad en la tutela de mayores de edad, en una especie de delación voluntaria o personal, cuando el interesado designe su propio tutor previendo una futura incapacitación.

En las figura de la no presencia y ausencia, Registro de Estado Civil y Posesión de Estado, tiene una menor incidencia la voluntad por no decir casi nula. En lo que respecta con el Registro Civil escapa la voluntad del sujeto de modificar o suprimir datos del estado civil requeridos por la ley para su inscripción. Pues es una institución que interesa la seguridad del Estado.

La manifestación de la voluntad en sentido amplio es reconocida por el Derecho aun cuando la misma en el Derecho Civil de Personas es muy restringido, por el carácter imperativo de sus normas y por los principios fundamentales que lo inspira, eso conlleva que los efectos de la intervención de la voluntad sean preestablecidos por la ley. Toda voluntad individual cede ante los intereses, superiores de una sociedad, de esta manera frente a tales intereses como han indicado algunos, no se habla de voluntades autónomas, sino más bien de voluntades subordinadas a dichos intereses superiores.

