

Discurso de orden del Dr. Alfredo Morales Hernández en el acto solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en homenaje al Profesor José Mélich Orsini *

[Speech addressed by Dr. Alfredo Morales Hernandez in the solemn ceremony of the Academy of Political and Social Sciences in honor of Professor José Mélich Orsini]

Señoras y Señores:

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales dispuso, inmediatamente después del fallecimiento del Dr. José Mélich Orsini, rendirle un homenaje en acto público y solemne, para dejar constancia de la magnitud de la pérdida que ha experimentado el pensamiento jurídico nacional; para poner de relieve la contribución que este insigne jurista prestó —a través del desarrollo de un pensamiento propio— en el análisis de temas esenciales del derecho civil, como el régimen de la responsabilidad civil y la teoría general del contrato; para exaltar los méritos de su ejemplar vida pública y privada; para que no se olvide que el homenajeado fue un demócrata y un fervoroso creyente en el destino civilizado del país, aunque la historia y los hechos presentes se empeñen en desmentir a quienes en su aprendizaje de venezolanos —como a él le gustaba decir— creen que el caudillismo no es la “constitución positiva” de la nación venezolana, sino una mera situación pasajera que concuerda más bien con un período de barbarie, con una etapa de crisis de la nacionalidad venezolana; para que se difunda que este abogado culto, equilibrado y probo, este digno académico, ya en 1951 pregonaba que la próxima etapa de la lucha por la democracia venezolana no estaba en alentar una ficticia división de nuestro pueblo en castas sociales —superada ya por nuestra evolución histórica— sino más bien en el desarrollo

* Acto celebrado en Caracas el día 20 de septiembre de 2011, a las 11.30 a.m., en el Paraninfo del Palacio de las Academias

técnico del país, en la reconstrucción de nuestros valores éticos e históricos, en la adquisición y posesión de una voluntad colectiva de salvación, en fin, en sentir que estamos maduros para una misión, para un destino, para una fe de contenido universal; y para que se recuerde que este profesor de excepcional desempeño de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, a la que amó profundamente y sirvió con lealtad, José Mélich Orsini, sostenía que la lucha contra la barbarie es misión inacabable de la Universidad; que la Universidad se muestra en su verdadera y profunda misión no simplemente en transmitir un bagaje de recursos técnicos, sino en la de ser vanguardia, brújula, faro, en el drama fundamental de la historia del país.

Temprana vocación por la filosofía y la literatura

En su libro *Los caminos andados*, una parcial autobiografía publicada en el año 2004 con ocasión de sus 80 años¹, a la cual él llamó una *pequeña colección de ensayos y de notas de crítica literaria*, José Mélich Orsini recuerda la fascinación que sobre él ejercieron la filosofía y la literatura en sus primeros años de estudiante y la compara con un incendio que fue apagado en su interior por la dedicación al estudio del derecho y al ejercicio de la abogacía. Aunque él llamó a los escritos compilados “testimonio de sus huellas y nada más”, por lo que “al volver la vista atrás” apenas si alcanzaban a rescatar un poco de nostalgia por esa “senda que nunca habría de volver a pisar”, agregó que no era fácil silenciar lo que significaron esas huellas para él y cómo las contingencias de su vida lo habían obligado a interrogarse sobre su pertenencia a la sociedad venezolana. Los ensayos daban cuenta, además, de algunas reflexiones que entonces se hacía, comenzando por la interrogante de ¿Qué significa ser venezolano?

Mélich aprovecha la reseña que hace del libro *Letras y Hombres de Venezuela* de Arturo Uslar Pietri recordando que es el propio Simón Bolívar quien formula esa interrogante a los miembros del Congreso de Angostura²; y que esta pregunta se volverá a repetir, hombre tras hombre, hasta hacerse monótona, desesperante, obsecada, porque en el trasfondo del hombre venezolano, su obstinada insubordinación, su destemplada afirmación de sí mismo, su mesianismo, sólo anida esta transida inquietud ¿quiénes somos nosotros como nación? Dice Mélich que en el origen de toda gran nación

¹ MÉLICH ORSINI, José Rafael: *Los caminos andados*; Imprenta de Miguel Ángel García e Hijo, Caracas 2004.

² MÉLICH ORSINI, José Rafael: *op. cit.* pp. 141-145.

hay siempre un antepasado divino que presta consistencia a su vida, y desde donde por natural evolución van surgiendo sus múltiples formas de expresión espiritual, pero que nosotros, como ya lo dijo Bolívar en Angostura, somos el desecho de todos los continentes y de todas las razas, venimos del descarrío de todas las naciones. El hombre americano es, por fuerza de las circunstancias –afirma Mélich- un hombre que se hace a sí mismo, un *selfmademan*. Mélich celebra que esto haya sido comprendido por Uslar Pietri cuando éste escribe en *Letras y Hombres de Venezuela*: “La fisonomía que va tomando lentamente un país, su rostro, es el resultado de todas las tentativas exteriores e interiores para concebirlo y para expresarlo. Y los rostros de los países los pintan o los crean los que los ven –descubridores, geógrafos, historiadores- o los que los sienten –poetas, artistas”. *Letras y hombres de Venezuela*, dice Mélich, es el intento de reconstruir ese proceso creador del venezolano, a través de lo que han expresado los hombres que en el curso de la historia nacional han sido los más finos sensores de la nacionalidad. Es, pues, un libro de historia y de la mejor historia, del espíritu venezolano. Concluye Mélich su nota crítica sobre el libro de Uslar Pietri afirmando “Desde hace más de un siglo está en vigencia la pregunta del Libertador a los congresantes de Angostura, por esa pregunta se nos antoja a todos que debe comenzar cualquier obra del hombre de estas tierras. Arturo Uslar Pietri, con este nuevo libro, no hace más que recordarnos este deber primero de nuestro aprendizaje de venezolanos”¹.

Mélich no ignoraba, al contrario, conocía y admiraba profundamente el pensamiento que a este respecto divulgaba en su cátedra de historia de la cultura y en sus escritos Mariano Picón-Salas, a quien él dirige una conmovedora carta -recogida en *Los caminos andados*- carta que muestra la cercana relación de admiración y afecto recíproco que entre ellos existió. Mariano Picón-Salas definía la *primordial profesión de llamarse venezolano* como el actuar y el pensar en un país en tormentoso y contradictorio proceso de crecimiento, un país que todavía estaba descubriendo ríos y riquezas geográficas y que parecía entrar al futuro con un pánico y una utopía no muy diversa a la de aquellos exploradores que penetraban en las selvas de América. Lúcidamente agregaba Picón-Salas: *De nuestra situación histórica, de nuestra ansia de fundir en una cultura, intensa y extensa a la vez, los elementos todavía heterogéneos de la nacionalidad, proceden en gran parte nuestras contradicciones*. Y en el mismo lugar anotaba el gran ensayista: *Los europeos que nacieron en el regazo de civilizaciones viejas,*

¹ MÉLICH ORSINI, José Rafael: *op. cit.* pp. 141-145.

*ya ordenadas y sistematizadas, no pueden comprender...la instintiva errancia del hombre criollo, la continua aventura de argonautas que debemos cumplir para esclarecer nuestras propias realidades*¹.

Para ser consecuente con estas preocupaciones, mientras se dedicó a la literatura y a la filosofía, Mélich fundó la revista literaria *Contrapunto* con un grupo de amigos (Ernesto Mayz Vallenilla, Alberto Weibezhan Massiani, Aquiles Monagas, Eddie Morales Crespo, Andrés Mariño Palacio, Antonio Márquez Salas). Lleno de optimismo, escribió que todas las generaciones tienen *una hora de mesianismo en la que los hombres alargan los brazos hacia el cielo para arrancar puñados de estrellas con que encender los caminos*; luego, con la misma pasión por la investigación, organizó y dirigió desde el Instituto de Derecho Privado de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela la magna obra de recopilar la dispersa documentación legislativa, doctrinaria y jurisprudencial sobre los diversos textos del código civil venezolano, tarea en la cual participó él mismo y colaboraron distinguidos juristas y dedicados investigadores, muchos de ellos después destacados miembros de esta Academia, como Tatiana de Maekelt, Gonzalo Pérez Luciani y Pedro Nikken (para mencionar sólo a los colaboradores del primer volumen aparecido en 1969). Mélich valoró justamente el trabajo entonces emprendido como la construcción de una herramienta para estimular la reflexión crítica y el anhelo de creación en los juristas que se acercaran a los materiales en búsqueda de un fecundo diálogo con quienes les han precedido en la preocupación por el quehacer jurídico, porque la ciencia jurídica venezolana, decía él, es una meta a alcanzar más que una realidad atesorable. Más tarde, Mélich presentó como trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales un ensayo sobre la evolución de las instituciones del derecho privado en el país, con la esperanza –según él mismo expresaba– de llegar a apagar algún día una insaciable curiosidad por los orígenes y el destino de la ciencia jurídica venezolana. Su trabajo de incorporación, valioso por muchos motivos, pone de relieve un matiz del derecho positivo venezolano –común en este aspecto con el derecho de los otros países latinoamericanos– que cobra especial relevancia por el solo hecho de que es señalado por un jurista de su talla. Dice el Profesor Mélich: *Nuestro derecho positivo, tanto público como privado, tuvo siempre un predominante carácter paradigmático. Más que expresión de las instituciones sociales existentes o que un esfuerzo consistente por modificar realidades que se consideran inaceptables, los ordenamientos*

¹ PICÓN-SALAS, Mariano: *Obras Selectas*.

*positivos latinoamericanos parecen limitarse a servir de arquetipos o modelos éticos con los cuales los actores que operan realmente en nuestra sociedad puedan contrastar sus conductas.*¹ Pero estas no fueron las únicas ocasiones en que Mélich se echó sobre sus hombros la tarea de aprender a ser venezolano. También lo hizo cuando emprendió la ardua travesía de argonauta para conquistar el vellocino de oro de la responsabilidad civil y cuando, tras un largo y fatigoso viaje, terminó por cortarles la cabeza a la medusa de la teoría general del contrato. En todos estos casos Mélich hizo propia la que él llamaba *suprema tarea nacionalista de ir tejiendo la urdimbre maravillosa y original que constituye la estructura jurídica de un país*, que, según propia confesión, es obligación de cada generación. La tarea que cumplió fue de tal magnitud que, a su muerte, el distinguido académico Román J. Duque Corredor pudo afirmar, con toda propiedad, que la historia del derecho civil venezolano podía ser dividida en dos etapas: antes de la obra y después de la obra de José Mélich Orsini. Un inmenso elogio, sin duda, más no un elogio desmedido, que sería repetido por quien fue su discípulo predilecto, Luciano Lupini Bianchi, Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Privado, el día 30 de junio de este año 2011, con motivo de un ciclo de conferencias organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Privado en homenaje al Dr. Mélich y que se realizó en esta misma Academia². En su discurso, Lupini identifica, minuciosamente, los que en su criterio son los aportes de Mélich en cada una de sus obras. La alta valoración de la obra de Mélich crea un enorme compromiso para sus discípulos: continuar su obra, complementarla, ampliarla, renovarla, hacerse dignos de llamarse discípulos de quien fue un gran maestro, a través del cultivo de la modestia y de la perseverancia que a él le fueron propias, virtudes de nombre opaco, acaso un poco mediocre, pero tan necesarias para la vida social, para la armonía y continuidad del trabajo histórico como otras cualidades más brillantes y con frecuencia más efímeras, según anota Picón-Salas en *Los caminos andados*.

¹ MÉLICH ORSINI, José: *Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1986, pp. 11-12.

² LUPINI, Luciano: *La influencia del pensamiento de José Rafael Mélich Orsini en la evolución del moderno derecho de las obligaciones*. Original cortesía del autor.

Mélich y el sistema de la responsabilidad civil

Mélich creía en la superioridad dogmática del derecho privado sobre el derecho público, pero no propiciaba su separación. Todo lo contrario. Creía que la *summa divisio* justinianea había adquirido una nueva configuración. La invasión del derecho privado por el derecho público, resumida en las expresiones de *publicización del derecho privado* o *expansión del orden público*, lo que revelaba realmente era la pérdida de la pretendida autonomía de ambas ramas del derecho, puesta en evidencia por el común clamor en ambas de la necesidad de acentuar el estudio de la doctrina general del derecho. Bien interpretado, probablemente lo que Mélich quería subrayar era la idoneidad de ciertas soluciones arbitradas en el ámbito del derecho privado, perfectamente generalizables como reglas de derecho válidas para todo el ordenamiento. Es cierto, reconocía Mélich, que se suele censurar a los juristas que se ocupan del derecho privado, una ciega adhesión a una concepción silogística y deductiva del ordenamiento, a los postulados del normativismo jurídico y a la creencia de que el orden jurídico legislado constituye un sistema, cuyo desarrollo a través de las técnicas de interpretación, permite hallar solución a todas las urgencias de la práctica, pero tampoco se puede ignorar que las materias que componen el derecho privado, entre las cuales está el de la responsabilidad civil, están impregnadas de cotidianidad, de la vivencia de hechos comunes y frecuentes en la vida social, que obligan a quienes trabajan con el derecho privado a un contacto inmediato con la realidad económica, social y psicológica de su tiempo. Por ello, el derecho privado resiste los cambios superficiales y cumple una preeminente función estabilizadora de la vida social, sin renunciar a la audacia y a la laboriosidad técnica que requiere la construcción de los sistemas y subsistemas que permiten continuar la lucha del hombre por la realización de la justicia. Estas observaciones resultan especialmente pertinentes cuando se aborda el tema de la responsabilidad civil, porque si hay un sistema que ha sido cuidadosamente elaborado a través de los siglos y, especialmente, a partir del Código Civil francés de 1804, es el de la responsabilidad civil, sin que la construcción dogmática del sistema haya impedido los cambios que han sido necesarios para adaptar el régimen a las nuevas realidades de un mundo cada vez más diferente.

Desde que Mélich escribió-a finales de los años 50 y a comienzos de los años 60 del siglo XX- sus trabajos sobre responsabilidad civil extracontractual, ningún otro autor intentó en nuestro país un nuevo y orgánico tratamiento del tema, según él mismo tuvo ocasión de anotar en el prólogo

de la segunda edición de sus ensayos sobre esta materia en 1994. Él completaría el estudio de la materia, agregando la publicación de un ensayo sobre la responsabilidad civil contractual. El relativo silencio de los cultivadores del derecho privado, en el largo tiempo transcurrido, sólo ha sido perturbado por el ruido que han hecho los especialistas en derecho constitucional y en derecho administrativo, con propuestas dirigidas –simultáneamente- a deducir de las normas constitucionales un nuevo sistema de responsabilidad y a rechazar la invocación del régimen de responsabilidad del derecho civil para aplicarlo a la responsabilidad patrimonial del Estado, uno de los temas más debatidos en el derecho público comparado y en nuestro propio país. Jóvenes y talentosos juristas han venido participando en esta interesante discusión. Una nota común los une: a todos les parece que la exigencia de la prueba de la culpa del agente del daño le suprime toda idoneidad al sistema del derecho civil para servir de instrumento de indemnización para los daños sufridos por los administrados en sus relaciones con la administración. Cuando el Tribunal Supremo de Justicia ordena la aplicación de las normas civiles, reaccionan y hablan de un retroceso en el camino de la construcción de un sistema original y autónomo para atender el fenómeno de la responsabilidad patrimonial del estado, como lo hace la destacada jurista Karina Anzola Spadaro en un comentario a la sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ No. 494 de 20 de mayo de 2004¹. La sensibilidad de estos inteligentes juristas se extiende a la evolución de los acontecimientos en el derecho comparado. Así ocurre con Tomás Aníbal Arias Castillo, autor de un perspicaz estudio titulado *¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El debate sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en España*, estudio en el cual Arias Castillo se alarma por el cambio de criterio de uno de los representantes más destacados de la doctrina española, Eduardo García de Enterría².

Quien sufre un daño tiene derecho a una justa indemnización. Aunque a gran parte de los estudiosos del régimen de la responsabilidad de la administración pública le resulta placentero hacer referencia a la máxima del *common law* según la cual *King can do no wrong*, explicado así en

¹ ANZOLA SPADARO, Karina: Un paso atrás en materia de responsabilidad patrimonial del estado venezolano; No. 120 de la Revista de Derecho Público, Caracas octubre-diciembre de 2009, pp. 171-184.

² ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal: *¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El debate sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en España*; No. 114 Revista de Derecho Público, Caracas 2008, pp. 7-20.

el Diccionario Black: *This maxim means that the king is not responsible legally for aught he may please to do or for any omission* (esta máxima significa que el rey no es legalmente responsable por nada que se le ocurra hacer o dejar de hacer), la verdad es que *contra lo que pudiera creerse –y contra lo que suele decirse- desde los más antiguos albores de la Edad Media, el poder ha estado sujeto a una rigurosa responsabilidad por parte de los súbditos* y, en el caso venezolano, se asoma como principio en la Constitución de 1830¹. Según Ortiz Álvarez la responsabilidad patrimonial del Estado es, ante todo, un principio general del derecho e igualmente un valor superior inherente a todo estado de derecho y, por tanto, un derecho innato de la persona humana integrante de cualquier sociedad democrática y de justicia. Se afirma que tal institución tiene tal fuerza que puede alcanzar un rango supraconstitucional –al igual que muchos de los derechos humanos- de allí que resulte normal, incluso obligada, su amplia y expresa consagración constitucional². Agrega Ortiz Álvarez que son derechos de tal entidad, derechos fundamentales (entre los cuales está el derecho a la integridad patrimonial y a la consecuente responsabilidad del Estado) que son inherentes a la persona humana y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, obligatoriamente han de ser por ésta consagrados y garantizados³. Al abrigo de tal valor superior, la Constitución de 1999 reiteró y fortaleció *un amplio sistema resarcitorio a favor de los particulares para la reparación integral de los daños y perjuicios imputables al funcionamiento de los servicios públicos o a cualquier actividad de los poderes públicos*,

¹ NIETO, Alejandro: *Responsabilidad civil de la Administración Pública*; Revista de Derecho Público, N° 10, Caracas 1982, pág. 45. Cita de Giuseppe ROSITO ARBIA: *Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo español y venezolano*; Revista de la Facultad de Derecho UCAB, N° 43, Caracas 1991, pág. 540, nota 5.

² ORTIZ ALVAREZ, Luis A.: *La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999*, en Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela; Tribunal Supremo de Justicia, Libros Homenaje, N° 2, Caracas 2001, pág. 152. Sobre el debate en torno a la responsabilidad patrimonial de la administración en España, ver a Tomás Aníbal ARIAS CASTILLO: *¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El debate sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en España*; Revista de Derecho Público, N° 114, Caracas 2008, págs. 7 a 20. Ver, también, el estudio pionero de IRIBARREN M., Enrique: *La responsabilidad administrativa extracontractual*; en No 44 Revista de la Facultad de Derecho, UCAB, Caracas 1989.

³ ORTIZ ALVAREZ, Luis A.: *op. cit.*, pág. 152.

sistema *completo y efectivo que ya era predicable a partir del texto de la Constitución de 1961, tal como la doctrina y en parte la jurisprudencia se encargaron de desarrollar y aplicar*¹. Este sistema, dice Ortiz Álvarez, está articulado constitucionalmente desde una triple perspectiva²: (i) a partir de la norma de regulación directa y general de la responsabilidad del Estado (artículo 140); (ii) en base a la norma relativa al contencioso administrativo (artículo 259) y (iii) sobre las normas relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 26 y 49). El artículo 140 constitucional *permite el desarrollo, desde una perspectiva de derecho público, de un amplísimo sistema de responsabilidad patrimonial –por sacrificio particular y por funcionamiento anormal- de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas –administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales- de los entes públicos o incluso privados en ejercicio de tales funciones*³. Badell Madrid agrega como normas constitucionales en las cuales está reconocido el principio de la responsabilidad patrimonial del estado, los artículos 6 (el gobierno es responsable), 21 (el derecho a la igualdad ante la Ley), 115 (el derecho a la propiedad) y 137 (el principio de la legalidad)⁴. La tesis de la autonomía de la responsabilidad administrativa es predominante en la doctrina venezolana de derecho público (Antela Garrido, Anzola Spadaro, Arias Castillo, Badell Madrid, Calcaño Temeltas, Canova González, Escarrá Malavé, Farías Mata, Fraga Pittaluga, Hernández González, Herrera Orellana, Iribarren Monteverde, Lares Martínez, Moya-Ocampos Panzera, Rosito Arbia, Soto Hernández, Turuphial Carello, Urdaneta Sandoval). En cuanto concierne al alcance, naturaleza y amplitud de las normas consagradoras del régimen de responsabilidad patrimonial de la administración, dice Ortiz Álvarez:

Ante todo, queda claro que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado ha sido consagrado en sus más amplios y modernos términos. Ello supone, primeramente, entender que el mismo no permite reductos

¹ ORTIZ ALVAREZ, Luis A.: *op. cit.*, , págs. 149 a 150

² ORTIZ ALVAREZ, Luis A.: *op. cit.*, págs. 154 a 155.

³ ORTIZ ALVAREZ, Luis A.: *op. cit.*, pág. 155. Ortiz Álvarez es el autor de la redacción original del artículo 140 propuesto a la Asamblea Constituyente de 1999, al cual le reconoce influencia española y colombiana. Ver la obra citada, págs. 155 a 162.

⁴ BADELL MADRID, Rafael: *La responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1999 y su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, en *Revista de Derecho Público*, No. 100; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pág. 109.

de inmunidad patrimonial, teniendo los particulares el derecho a obtener, directamente y a través de procesos de tutela judicial efectiva, la reparación integral de todo tipo de daño que sufran provenientes de cualquier actividad del Estado, entendido éste en un sentido amplio. Así, se les debe aplicar el sistema de responsabilidad en cuestión a todos los entes y poderes públicos, tanto en sentido horizontal (legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral), como en sentido vertical y paralelo (nacional, estatal y municipal/autoridades administrativas autónomas o independientes, entes descentralizados), incluyendo a los entes y personas privadas actuando en función de servicio público o de interés general, con independencia del tipo de lazo funcional (entes de autoridad, concesionario, contratista, colaborador ocasional, etc.).- En lo que respecta a la naturaleza y amplitud del sistema de responsabilidad, el contexto constitucional ha ratificado su carácter mixto, en el sentido de que el mismo, para ser completo y efectivo y para responder a la naturaleza real de la responsabilidad administrativa, debe ser entendido como un sistema indemnizatorio que se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios como son, por una parte, el régimen de responsabilidad por sacrificio particular o sin falta, en el cual el criterio específico decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal y especial, entrando dentro de este régimen especialmente las actividades lícitas o producto del funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general, donde el fundamento principal va a encontrarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo; por otra parte, un régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta de servicio, en el cual el criterio específico o decisivo para a los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general¹.

¹ ORTIZ ALVAREZ, Luis A.: *op cit.* págs. 164^a 165. El sistema venezolano explicado por Ortiz Álvarez tiene como fundamento el dato objetivo de la lesión antijurídica, “entendida como el daño que un particular sufre en sus bienes o derechos sin tener la obligación legal de soportarlo” (Leguina Villa, citado por ARIAS CASTILLO, Tomás Anibal, *op. cit. supra*, pág. 10). El sistema constitucional venezolano de responsabilidad administrativa se inspira en el principio de *globalidad*, por lo cual la administración responde hasta por los daños y perjuicios imputables a su *actividad consultiva*. Ver: HERNANDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: *Actividad consultiva de la administración y responsabilidad patrimonial*; Revista de Derecho Administrativo, No. 6, Editorial Sherwood, Caracas 1999, págs. 115 a 121.

Las violaciones de los derechos humanos que den lugar a daños y perjuicios tienen también su fundamento primario, a juicio de Ortiz Álvarez, en las normas matrices y generales de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículos 26, 49, 140 y 295), por lo cual las normas concretas en la materia (artículos 19 y 30) no son sino un refuerzo justificado por la sensibilidad e importancia particular de los derechos humanos, para concluir con este comentario: *Queda ratificada así, además de la fuerza normativa y superior de los derechos humanos y de la Constitución, el derecho de los particulares a ser debidamente indemnizados por el Estado en caso de infracción, por parte de los órganos y funcionarios del Estado, de sus derechos humanos, en su más amplia acepción*¹. Con esta apreciación coincide Luis Alfonso Herrera Orellana, para quien el sistema de responsabilidad patrimonial del estado que se consagra en los artículos 140 y 30 de la Constitución de 1999 es una *garantía* de los derechos humanos, sistema en el cual se articula el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos².

En cuanto concierne a la actividad legislativa, la doctrina nacional en forma predominante reconoce que la norma rectora de tal responsabilidad, el artículo 140 de la Constitución de 1999, incluye la responsabilidad del estado legislador, así como también le atribuye a ésta las siguientes características: es una responsabilidad constitucional; de una persona jurídica estatal; objetiva; directa; regida por el derecho público; e integral³. Los supuestos en que opera este régimen son básicamente tres: el de las leyes expropiatorias, el de las leyes declaradas inconstitucionales y el de las leyes cuya aplicación merece algún grado de compensación o indemnización⁴. Son las mismas vías que reconoce la jurisprudencia española, especialmente en la sentencia de 11 de octubre de 1991 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (Aranzadi 7784), con la salvedad de

¹ ORTIZ ALVAREZ, Luis A. :*op cit.*, págs. 197 a 198.

² HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: *La responsabilidad patrimonial del Estado venezolano por violación de los derechos humanos (Un análisis del artículo 30 de la Constitución de 1999)*; Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, N° 130, Caracas 2007, págs. 170 a 175.

³ URDANETA SANDOVAL, Carlos A.: *El estado venezolano y el fundamento de su responsabilidad patrimonial extracontractual por el ejercicio de la función legislativa a la luz de la Constitución de 1999*; Revista de Derecho Constitucional, No.5, Editorial Sherwood, Caracas 2001, págs.252 a 253.

⁴ BELLO IZQUIERDO: Luis Rafael: *Evolución legislativa en el ordenamiento jurídico venezolano en materia de responsabilidad de Estado*; Revista de Derecho, N° 22, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2006, págs. 340 a 343.

que este último supuesto es *rechazado expresamente en otras sentencias, en las que se aduce como fundamento de la desestimación de la reclamación el no haber sido declarada inconstitucional la ley y no existir norma expresa sobre indemnización*, como la sentencia de 10 de junio de 1988 (Aranzadi 4864), cuya doctrina reiteró la sentencia de 15 de julio de 1996 (Aranzadi 5645)¹. El académico Gabriel Ruan Santos discrepa de la tesis mayoritaria sostenida por la doctrina nacional en favor de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. Para él la responsabilidad del estado legislador no ha sido consagrada en la Constitución ni adoptada claramente por las leyes². Tal como lo reseña la doctrina española, *la responsabilidad patrimonial del estado legislador se ha planteado normalmente cuando se han promulgado leyes de las que se han derivado perjuicios patrimoniales para un sector de la población que se encontraba en la misma situación (leyes sobre nacionalización, leyes implantando monopolios o calificando de dominio público bienes que antes lo eran patrimoniales)*. Y los argumentos aducidos a favor y en contra de la responsabilidad patrimonial del estado y consiguiente obligación de indemnización se han repetido en la doctrina de los distintos países³. Una síntesis de tales argumentos es realizada por González Pérez: a) el principio de la responsabilidad de los poderes públicos que aparece en el artículo 9.3 de la Constitución Española; b) el principio de igualdad ante las cargas públicas; c) el principio de protección de la confianza legítima; d) la reparación de toda situación injusta sufrida por la víctima. La responsabilidad de todos los poderes públicos está consagrada como principio general en el artículo 9.3 de la Constitución, pero el Tribunal Supremo, rectificando la doctrina que había mantenido anteriormente, no admite que en él pueda encontrar fundamento la obligación de indemnización por actos legislativos. Esta postura discrepante cuenta con el apoyo de García de Enterría, para quien “el principio *fiat iustitia, pereat mundus*, parece excesivo como precio de una simple convicción doctrinal que, por

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, quinta edición; Civitas-Thomson-Reuters, Madrid 2010, pág.75.

² RUAN SANTOS, Gabriel: *Responsabilidad patrimonial del estado por hecho del legislador*, Revista de Derecho Tributario, No. 123; Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2009, pág. 24. Según BADELL MADRID, Rafael, la jurisprudencia se ha limitado a declarar la posibilidad de que se pueda responder por tales actuaciones, pero no ha otorgado indemnización por ellas. *Op. cit.*, pág. 161.

³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *op. cit.*, pág. 62.

lo demás, estimamos, como intentamos justificar, que no es correcto¹. Se ha de tener presente que a pesar de la rotunda declaración contenida en la Exposición de Motivos de la Constitución venezolana de 1999, admitiendo la responsabilidad patrimonial del estado legislador, la jurisprudencia se ha resistido a reconocimientos concretos, tal como ha sido puesto de relieve: *Ha existido..., hasta los momentos, una clara resistencia por parte del Poder Judicial en reconocer la plena responsabilidad del Estado en su función de legislar, partiendo de una errónea apreciación de derecho que deja a un lado las posibles situaciones que pueden eventualmente afectar patrimonios particulares y que denotan una clara tendencia que atenta contra el desarrollo y el progreso que deben caracterizar la interpretación de los derechos y garantías de los ciudadanos en el marco de una economía social de mercado en el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*².

Son numerosas las decisiones judiciales que han dado lugar a comentarios³. Las mismas se inscriben en una tendencia de marcado rechazo de

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *op. cit.*, pág. 72, con cita de GARCÍA de ENTE-RRÍA, Eduardo: *La responsabilidad del estado legislador*, pág. 67.

² MOYA-OCAMPOS PANZERA, Diego: *La responsabilidad patrimonial del estado legislador por normal funcionamiento o por sacrificio particular*, Erga Omnes, Revista Jurídica de la Sindicatura Municipal de Chacao (Caracas), N° 1, 2006, págs. 334 y 338. Ver, igualmente, del mismo autor: *De la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador (Comentarios relativos a su aplicación en Venezuela)*; Revista de Derecho Administrativo, N° 13, Caracas 2001, págs. 99 a 124.

³ BADELL MADRID, Rafael, en la obra citada *supra*, suministra un extenso análisis de fallos que ilustran la evolución que ha tenido el sistema de responsabilidad patrimonial del estado en el pensamiento de los magistrados de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el campo de actuación de las autoridades tributarias, sanciones como la clausura de establecimientos, que pueden llegar a romper el principio de la proporcionalidad, pueden dar origen a responsabilidad de la administración. Ver, FRAGA PITTALUGA, Luis: *Breves notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria*; Revista de Derecho Tributario, No.83, Caracas, págs. 58 a 60. Las nociones expresadas en algunas sentencias han sido estimadas por la doctrina como retrógradas e inaceptables en una sociedad democrática. Ver: PARÈS SALAS, Alfredo: *Responsabilidad patrimonial del Estado e intervención en la economía*; Revista de Derecho Administrativo, No. 16, Editorial Sherwood, Caracas 2003, pág. 367. Otros comentaristas afirman que algunos fallos de la Sala Política Administrativa del TSJ desconocen el régimen de responsabilidad patrimonial establecido constitucionalmente. Ver: ANZOLA SPADARO, Karina: *Un paso atrás en materia de responsabilidad patrimonial del estado venezolano*, Revis-

las pretensiones de los particulares contra la administración pública¹, anota Canova González.

En el debate de los iuspublicistas venezolanos sobre la responsabilidad patrimonial de la administración pública no han intervenido los juristas que se dedican al derecho privado. Sin embargo, un talentoso y destacado profesor de derecho constitucional, Ricardo Antela Garrido, publicó el año 1997 un inquisitivo estudio, en el cual cuestionó la supuesta existencia de un sistema original y autónomo de responsabilidad patrimonial de la administración pública, señalando que la radicalidad y dogmatismo con el cual se planteaba el asunto por los partidarios de esta tesis más bien reforzaba la posición de los defensores de la aplicación del sistema del derecho civil². Específicamente, Antela Garrido sostiene que la responsabilidad que atañe al Estado conforme a las normas constitucionales (el autor se refiere a la Constitución de 1961) no necesariamente tiene que regirse por reglas iguales o por reglas distintas de las aplicables a la responsabilidad entre particulares, por lo que corresponde a las disposiciones legales o, en su defecto, a la jurisprudencia, decidir sobre cuales deben aplicarse. Esta situación de vacío relativo –se declara que administración pública es responsable, pero no se dice cómo– es la que favorece la posibilidad de construir un sistema original y autónomo de responsabilidad, por la vía legal o por la vía jurisprudencial, concluye acertadamente Antela Garrido. Es permisible pensar que este punto de vista no resulta modificado si se toman en cuenta las normas constitucionales de 1999 (especialmente el artículo 140) que refuerzan la regla de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, pero dejan incólume el vacío relativo del que antes se habló. Antela Garrido tampoco encuentra en las normas legislativas vigentes para el momento de su estudio y en la jurisprudencia de la época la construcción de un régimen especial iuspublicista aplicable a la responsabilidad patrimonial de la administración y formula razones para proponer el desarrollo de un sistema autónomo y original de responsabilidad patrimonial de la administración pública, entre las cuales menciona la peculiaridad del fenómeno administrativo, una supuesta insuficiencia y crisis de las reglas civilistas y el sustento constitucional de

ta de Derecho Público, No. 120; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, págs. 171 a 184.

¹ CANOVA GONZALEZ, Antonio: *La realidad del contencioso administrativo venezolano*; Funeda, Caracas 2009, *passim*.

² ANTELA GARRIDO, Ricardo: *Motivación para el desarrollo de un sistema original y autónomo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*; 1 No. 1 Revista de Derecho Administrativo, Caracas 1997, pp. 13-30.

la responsabilidad patrimonial de la administración. Las conclusiones de Antela Garrido son: (i) que las disposiciones constitucionales no exigen *expresamente* el desarrollo de un sistema autónomo y original de responsabilidad patrimonial de la administración pública, sino que permiten una dualidad de posibilidades, en una perspectiva de derecho público y en una perspectiva de derecho privado; (ii) que el espíritu de las disposiciones constitucionales y los principios generales del derecho sí exigen el desarrollo jurisprudencial de principios y reglas especiales; (iii) que la construcción de un sistema autónomo y original no impide que la jurisprudencia recurra a las normas del Código Civil, no como derecho común sino como principios generales del derecho, atribuyéndoles una función integrativa respecto del desarrollo iuspublicista.

Una de las razones esgrimidas por los iuspublicistas para rechazar la aplicación del sistema de responsabilidad civil del derecho privado a la responsabilidad de la administración pública es que aquel sistema se basa en el concepto de culpa (*in eligendo o in vigilando*), el cual, por una parte, es muy difícil de probar; y, por otra parte, es para la administración muy fácil de evadir, alegando y probando su diligencia en el ejercicio de la función pública. Esta reserva ignora la evolución que se ha producido en el seno del sistema de la responsabilidad civil, el cual ha sido sensible a los cambios sociales, a las inequidades derivadas de las relaciones económicas y a los desequilibrios propios de ciertas relaciones jurídicas, como es el caso las relaciones del ciudadano con la administración. Desde su propio origen, el sistema de responsabilidad civil creó un régimen para presumir la culpa, con la finalidad de que las víctimas de daños no quedaran sin reparación, comenzando por la responsabilidad del padre, preceptor, artesano, patrono o guardián que tiene a su cargo a un menor, aprendiz, sirviente o dependiente. Por otra parte, a partir de la interpretación que la jurisprudencia dio a los textos del código napoleónico que establecen la responsabilidad del guardián de un animal, comenzó una revolucionaria interpretación de las presunciones de culpa que condujo a subvenir el fundamento tradicional de la responsabilidad civil, tal como lo pone de relieve Mélich Orsini. Los tribunales no sólo ampliaron la responsabilidad contractual, sino que construyeron toda una teoría de presunciones *iuris et de iure*, hasta llegar al establecimiento de la responsabilidad sin culpa, a la responsabilidad objetiva, a la aplicación de la teoría del riesgo y al desplazamiento de la responsabilidad hacia la seguridad social, hacia el seguro colectivo. La crítica de los iuspublicistas, por tanto, está teñida de anacronismo. Las tendencias actuales en la teoría de la responsabilidad civil y las orientaciones modernas en el derecho de

daños han sido objeto de examen por la doctrina civil venezolana. Carlos Eduardo Acedo Sucre, publicó en 1993 un meritorio estudio con el título de “La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en derecho venezolano, comparado con los derechos francés e italiano”¹. El suyo es un cuidadoso análisis de la función de la culpa en el sistema de la responsabilidad por hecho ilícito en el derecho venezolano que se detiene, entre otros problemas, en la culpa presunta *iuris et de iure*, para la cual se buscan explicaciones innecesarias. En este punto, por cierto, Acedo Sucre discrepa respetuosamente de Mélich, cuando éste afirma que en Venezuela la obligación del guardián de una cosa de indemnizar los daños cuya causa se ignora, es puesta a cargo del responsable porque se supone que él es el “introductor del riesgo”. Si el dueño o principal y el guardián son declarados responsables, independientemente de toda culpa, es porque no se trata de una responsabilidad por culpa; y si se quiere ver, a toda costa, una falta, la misma no es más que una ficción, responde Acedo Sucre². Antes, en 1982, la digna profesora Magaly Carnevali de Camacho, de la Universidad de Los Andes, había publicado una importante monografía sobre responsabilidad civil extracontractual³. En el año 2007 y formando parte del libro *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, coordinado por Irene de Valera, dedicada y querida Directora Ejecutiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, aparece un valioso trabajo del académico Enrique Urdaneta Fontiveros sobre el particular. Hago un alto aquí para rendir tributo a la eximia y polifacética labor de editora de libros, directora del Boletín de la Academia, coordinadora de investigaciones, compiladora y organizadora de reuniones científicas que realiza Irene de Valera en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Se percibe la huella de su talento y de su perseverancia en la actividad de la Academia. A su cargo han estado las últimas ediciones de los libros de Mélich, enriquecidos con los aportes del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Academia. En el año 2009, la destacada profesora Claudia Madrid Martínez ha publicado, editada por esta Academia, la obra

¹ ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en derecho venezolano, comparado con los derechos francés e italiano*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993.

² ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *op. cit.* p. 189. Esta no es la única oportunidad en la cual Acedo Sucre discrepa de Mélich. Hay otras en el mismo libro citado.

³ CARNEVALI de CAMACHO: Magaly: *Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito*; Editorial Magón, Mérida 1982.

La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Las reglas y los principios que han sido desarrollados y consolidados por la doctrina venezolana, especialmente representada por Mélich Orsini, le permiten al legislador o a la jurisprudencia varias alternativas en materia de elaboración de un sistema para atender la responsabilidad patrimonial de la administración pública: (i) derivar de las normas constitucionales la existencia de una presunción de responsabilidad *iuris et de iure* en contra de la administración pública cuando el administrado sufre un daño en su relación con aquélla; (ii) declarar que la responsabilidad constitucionalmente establecida para la administración es una responsabilidad objetiva; o (iii) declarar que tales normas constitucionales han producido una derogatoria virtual de la exigencia de culpa. La amplitud de la redacción de las normas constitucionales es de tal tenor, que articulándolas con la Exposición de Motivos de la Constitución, ofrecen plena juridicidad a una cualquiera de estas soluciones. Recuérdese que en tal Exposición de Motivos se afirma:

...en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos, o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones.

Los iuspublicistas harían bien si atienden las observaciones que realiza Oscar Rodríguez Pacanins, cuando advierte que la jurisprudencia ha hecho aplicaciones de responsabilidad sin falta y, sobre todo, si tienen en cuenta las dificultades que para una sistematización coherente y sobre todo exacta del derecho positivo venezolano, se derivan del sistema híbrido de la responsabilidad de la administración¹. De resto, tendrán los iuspublicistas que encontrar el modo de establecer un límite a los daños indemnizables. Los daños no son indemnizables ilimitadamente. La vida en sociedad sería imposible con una perspectiva opuesta. Ningún presupuesto ni ninguna riqueza pública sería suficiente para atender la responsabilidad que se deriva de la actuación, propia o impropia, de la administración. Piénsese solamente en la magnitud de los daños que ha causado la administración pública venezolana

¹ RODRÍGUEZ PACANINS, Oscar A.: “El derecho común de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública venezolana”, en No 6 Revista de Derecho Administrativo; Editorial Sherwood, Caracas, mayo-agosto 1999, *passim*.

con las fallas de energía eléctrica, con las vías públicas en mal estado y con los servicios de vigilancia policial y de salud deteriorados en los años recientes. Ninguna persona razonable sería capaz de desconocer el derecho de los ciudadanos a obtener reparación, pero, aún si se revirtiera la tendencia política actual de negar sistemáticamente las reclamaciones de los particulares contra la administración, el problema se trasladaría a la disponibilidad de recursos para satisfacerlas. Mientras tanto, lo que cabe es la obligatoria aplicación, por analogía, del resto del sistema de responsabilidad previsto en el Código Civil. Solamente cuando se produzca una incompatibilidad absoluta entre el principio de indemnización definido constitucionalmente para los administrados y el régimen de la responsabilidad civil ordinario se podrá prescindir de la aplicación de las normas de éste. Su ignorancia sería antijurídica, porque la aplicación de la analogía no es facultativa sino obligatoria, conforme al artículo 4° del Código Civil.

Mélich y la doctrina general del contrato

La otra obra medular de José Mélich Orsini es la *Doctrina General del Contrato*. Obra orgánica, metódicamente elaborada, resultado de la extensa experiencia docente de su autor, producto de su seria dedicación a la investigación y de su vasta cultura jurídica. Destinada con humildad de sabio para servir de manual a los estudiantes y, en el mejor de los casos, para atestiguar a las generaciones futuras *como entendimos el contrato la mayoría de los abogados de la hora presente y, al propio tiempo, servir a nuestros contemporáneos no avezados para avanzar con menos tropiezos por los arduos parajes de la teoría general del contrato*, según las expresiones del propio autor contenidas en el prólogo de la primera edición. La comunidad jurídica recibió esta obra con admiración y su uso intensivo en las facultades de derecho por profesores y alumnos, su consulta por los jueces y su empleo por los abogados la ha convertido en uno de los libros jurídicos de mayor difusión en el país y en el extranjero. Valga como muestra de su valor la reseña que de la segunda edición de ella hizo el destacado profesor Dr. Luciano Lupini en la Revista de Derecho Mercantil editada en Caracas en 1994¹. En ella Lupini –dilecto discípulo de su Maestro Mélich- afirma que la obra trasciende el marco de los manuales y la califica acertadamente como un tratado de singular significación, escrito en la etapa de madurez intelectual, aquella del dominio completo de la materia tratada. Valgan

¹ LUPINI BIANCHI, Luciano: *Doctrina general del contrato de José Mélich Orsini*, No. 16-17 Revista de Derecho Mercantil, Caracas 1994, pp. 323-333.

también los juicios críticos emitidos por el mismo Luciani Lupini en el discurso del 30 de junio al cual se hizo antes mención.

Al elaborar su libro en la forma en que lo hizo, Mélich cedió a la influencia de la doctrina francesa, que se mantiene fiel a la construcción de una teoría general del contrato, a diferencia de la doctrina alemana, que prefiere partir de la construcción de una teoría general del negocio jurídico (acto jurídico, dice Ghestin). Deliberadamente ignoró Mélich, además, que los autores de derecho público han creado la figura paralela del acto administrativo, alrededor del cual gira el sistema por ellos construido. Sostiene Jacques Ghestin: (i) a partir de la teoría general del contrato se distinguen los otros actos jurídicos y se mencionan sus particularidades; (ii) la exposición de una teoría general del acto jurídico (léase, negocio) prácticamente duplicaría la teoría general del contrato. Parece que ésta tiene el grado de abstracción más adecuado, a mitad de camino entre la obligación y el acto jurídico, por una parte; y los contratos especiales, por la otra; (iii) esta escogencia se impone, además, si se toma en cuenta que los materiales a utilizar para la construcción de una teoría general del acto jurídico provendrían casi exclusivamente del derecho de los contratos, mientras que los actos jurídicos no contractuales son tan diferentes entre ellos que sus reglas propias no se prestan a la generalización¹.

Un mérito de la *Doctrina General del Contrato* de Mélich es el cauteloso tratamiento del concepto de negocio jurídico en el derecho venezolano. Es este un atributo que no ha sido comentado ni recibido la atención que merece. Habla Mélich, apoyándose en Stolfi, del rechazo a la incorporación de la figura de negocio jurídico en el Código Civil italiano de 1942, agregando que discutir la legitimidad de tal figura es una cuestión puramente académica, pero cuya utilidad es unánimemente reconocida, por lo adaptable que se muestra para proporcionar a los sujetos privados la realización de sus más variados intentos prácticos. Stolfi, en efecto, suministra ese dato, precisando que el rechazo fue hecho luego de un rápido examen, pero de manera rotunda se afilia a la corriente partidaria del concepto de negocio jurídico, cuyo principio fundamental que reduce a unidad las innumerables y variadas normas existentes, es un acto de voluntad, una manifestación de voluntad, de modo que no es superfluo ni equivocado insistir en la elaboración del concepto de negocio jurídico como categoría genérica, de modo que el concepto que se construya comprenda todos los actos humanos que

¹ GHESTIN, Jacques: *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, 3 édition; LGDJ, París 1993, pp. 1-2.

tiendan a realizar las intenciones de las partes, como paradigma típico de los actos voluntarios¹. Francesco Satoro-Passarelli, después de criticar el sistema del Código Civil italiano de 1942, del cual dice que no se puede predicar que sea técnicamente impecable, reconoce que el Código no contempla y regula unitariamente la figura del negocio jurídico, prefiriendo el técnicamente menos apropiado de acto, pero que corresponda a la doctrina la labor de construir una figura general del negocio jurídico, comprensiva de las categorías negociales distintas de la contractual, se deduce también del texto de algunas disposiciones del Código Civil que declaran aplicables las normas de los contratos no sólo a los contratos no regulados en el Código sino también, en cuanto sean compatibles, a los actos unilaterales patrimoniales, a los negocios no patrimoniales y a otros actos². Recuerda Stolfi que la figura del negocio jurídico fue delineada por los iusnaturalistas alemanes hacia finales del siglo XVIII y recogida a continuación por los pandectistas, también después de surgir la escuela histórica, y que la concordancia de pensamiento entre filósofos y juristas se explica porque unos y otros vivieron en uno de los períodos más brillantes del pensamiento humano, cuando florecía la idea de la libertad, que dominó su espíritu y guió sus investigaciones, a base de la normal coincidencia de las doctrinas jurídicas y de la ideología social y política de la misma época. Así, los primeros se hicieron valedores de la omnipotencia de la voluntad individual también en el campo del derecho, especialmente como impedimento a la prepotencia del príncipe. Y los segundos, remontándose y desarrollando la doctrina de los justinianeos de que el efecto jurídico de los actos humanos depende directamente de la voluntad individual, terminaron por crear un sistema de derecho privado fundado en la libertad de los particulares, y en el centro del mismo pusieron el negocio jurídico, concebido como el paradigma típico de la manifestación de voluntad, de la que deriva el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación personal o patrimonial³.

Antes de que Mélich expusiera con el debido cuidado la noción de negocio jurídico, definiéndolo conforme a los términos recogidos en la Exposición de Motivos del Código Civil alemán de 1900 (BGB), que reproduce la concepción de la pandectística alemana elaborada principalmente

¹ STOLFI, Giuseppe: *Teoría del negocio jurídico*; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, pp. xiii-xvi.

² SANTORO PASSARELLI, F.: *Doctrinas generales del derecho civil*; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1964, pp 143-144.

³ STOLFI, Giuseppe: op cit. p. xviii.

por Savigny, el único expositor que había empleado de forma sistemática esta categoría jurídica en Venezuela es Eloy Maduro Luyando en la primera edición de su *Curso de Obligaciones* en 1967¹, como producto, sin duda, de la influencia de Mélich Orsini. Antes de Maduro, Oscar Palacios Herrera, según se revela en sus *Apuntes de Obligaciones*², hace referencia a la definición de negocio jurídico de Savigny, a quien califica como el más grande jurista alemán de la edad contemporánea. Luis Felipe Urbaneja, maestro de Mélich y de Palacios Herrera, utilizaba el concepto en la cátedra. Civilistas cultos y bien informados empleaban el concepto en las obras que publicaban. Tal es el caso de Enrique Lagrange, distinguido actual Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, quien en su notable trabajo *Enajenación y usucapión de tierras baldías* publicado en 1980, incorporado en el libro *Historia y Actualidad del Régimen Jurídico de la Propiedad Agraria*³, calificaba a la enajenación como un negocio jurídico entre vivos, de naturaleza contractual, de modo que usaba el concepto, apropiadamente, como una categoría genérica que incluía al contrato. Lo mismo se puede decir de Magaly Carnevali de Camacho⁴. La doctrina civilista venezolana, luego de Mélich, incorpora la noción de negocio jurídico en el elenco de conceptos que componen la teoría general del contrato, tal como lo hace Rafael Bernad Mainar⁵ en el Tomo Segundo de su *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, con un lenguaje preciso y con referencias a la doctrina italiana. También emplea el concepto otro querido discípulo de Mélich, James-Otis Rodner, en su libro sobre *El crédito documentario (carta de crédito comercial), la carta de crédito contingente y la garantía*

¹ MADURO LUYANDO: *Derecho Civil III. Curso de Obligaciones*; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1967, *passim*.

² PALACIOS HERRERA, Oscar: *Apuntes de Obligaciones* (versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela); Ediciones Nuevo Mundo s-f, Caracas, p. 129.

³ LAGRANGE, Enrique: "Enajenación y usucapión de tierras baldías", en *Historia y Actualidad del Régimen Jurídico de la Propiedad Agraria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 67, Caracas 2006, pp. 12, 15, 21.

⁴ CARNEVALI de CAMACHO, Magaly: *Derecho de Obligaciones*; Universidad de Los Andes, Mérida 1993, p. 129; y, especialmente *El Pago*; Universidad de Los Andes Mérida 1993, pp 26-28. Aunque estas obras son posteriores a la primera edición del libro de Mélich (1985), reflejan el pensamiento expuesto antes en la cátedra.

⁵ BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones. Tomo Segundo*; Universidad Central de Venezuela, Caracas 2006, pp. 3-5.

*bancaria independiente*¹, especialmente cuando se refiere al negocio jurídico unilateral, oportunidad en la cual Rodner cita textualmente a Betti, quien afirma que la autonomía privada tiene su manifestación suprema en el negocio jurídico “el cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares”; o cuando al referirse a la naturaleza jurídica de las relaciones existentes en una carta de crédito, trata de la distinción entre pluralidad de negocios y contratos plurilaterales². En cambio, en su obra *Contratos Enlazados. El subcontrato*³ Rodner emplea las categoría de negocio jurídico de un modo distinto, equiparándola con la noción de operación utilizada en el lenguaje común y hasta habla de actos jurídicos (o negocios) con referencias a la doctrina francesa⁴. Oscar Ochoa, culto jurista que ha elaborado recientemente como obra de madurez un conjunto notable de libros de derecho civil, entre los cuales se encuentra uno de *Obligaciones*⁵, en el Tomo I parte de la definición de acto jurídico de la doctrina francesa como operación jurídica que consiste en una manifestación de voluntad, agregando que este acto jurídico, así definido, es el denominado usualmente en la doctrina con mayor precisión *negocio jurídico*. El concepto de negocio jurídico es, hoy, de uso banal en el lenguaje jurídico venezolano, aunque no siempre de manera apropiada.

En esta materia se debe recordar lo siguiente: 1. que el Código Civil francés de 1804 no contiene una definición del acto jurídico. La noción de acto jurídico es una creación de la doctrina francesa cuya identificación se lleva a cabo frecuentemente mediante una contraposición con el concepto de hecho jurídico. El acto jurídico es la manifestación de voluntad que crea, transmite o extingue un derecho; el hecho jurídico es un acontecimiento que entraña una modificación semejante, pero fuera de la voluntad⁶; 2. Que el

¹ RODNER, James-Otis: *El crédito documentario (carta de crédito comercial), la carta de crédito contingente y la garantía bancaria independiente*, segunda edición; Editorial Arte, Caracas 1999, pp. 152-153 y nota 74

² RODNER, James-Otis: op. cit. pp. 114-115.

³ RODNER, James-Otis: *Contratos Enlazados. El subcontrato*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 77, Caracas 2008, Capítulo I, Nos. 1.13, 1.40, 1.41 y 1.42, pp. 12-13, 22-24.

⁴ RODNER, James-Otis: Idem, Capítulo V, Nos. 5.20, 5.21, 5.22, 5.30, pp. 132-133.

⁵ OCHOA, Oscar: *Obligaciones, Tomo I*; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2009, p. 264.

⁶ MAZEAUD, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera*,

Código Civil italiano de 1942, por su parte, sólo se refiere a los hechos y a los actos jurídicos, pero la doctrina distingue los actos jurídicos negociales de los actos jurídicos no negociales; 3. Que el negocio jurídico es una formulación expresa del Código Civil alemán de 1900 derivada de la noción construida por la pandectística alemana representada por Savigny, con un amplio desarrollo que va de los párrafos 104 a 185, Sección Tercera, Parte General, Libro Primero. La definición original germana del negocio jurídico (*Rechtschäft*) lo concibe como una declaración (*Erklärung*), como una declaración de voluntad (*Willenserklärung*) que crea relaciones jurídicas (negocio jurídico y declaración de voluntad son sinónimos); 4. Que el concepto de negocio jurídico, francamente resistido por la doctrina francesa, encontró calurosa recepción en el seno de la doctrina italiana, la cual le confirió un amplio desarrollo. El concepto ha sido también receptado por la doctrina española, aunque con reservas, por la legislación suiza y por la doctrina latinoamericana. Con las categorías de hechos, actos y negocios jurídicos, así como con los conceptos subordinados de convención y contrato, los juristas han intentado construir un sistema piramidal partiendo de la idea del positivismo jurídico de que todo ordenamiento jurídico constituye un sistema de instituciones, conceptos, principios y reglas cerrado y completo. Unas veces se emplea la noción de acto jurídico como género del cual derivaría la especie negocio jurídico o como equivalente del mismo (tesis francesa); otras veces se utiliza la formulación alemana del negocio jurídico como género equivalente a manifestación de voluntad, a la cual estaría subordinada una especie llamada acto jurídico en sentido estricto. A tal efecto, se coloca en la cúspide de la pirámide el concepto más general, es decir, aquél con el cual es posible asociar todos los conceptos restantes, como especies y sub especies, hasta llegar hasta los conceptos más simples y elementales. La construcción consiste, ascendiendo en la pirámide, en hacer comprender un concepto en otro concepto más amplio, como especies en un género. El sistema elaborado por Mélich es el siguiente, yendo de lo general a lo particular, es decir, descendiendo de la cúspide de la pirámide hacia su base:

hecho jurídico-acto jurídico-negocio jurídico-convención-contrato

El negocio jurídico es definido por Mélich como el acto que consiste en una declaración de voluntad destinada a producir un efecto jurídico, efecto que es considerado por la ley como dependiente de la voluntad del sujeto. Este efecto consiste en la creación, modificación o extinción de una

relación jurídica o de un *status*. Mélich sabía perfectamente que von Thur, partiendo de la definición de Savigny, había concebido una categoría jurídica denominada *manifestaciones de voluntad o declaraciones de voluntad*, en la cual incluía los negocios jurídicos, los actos jurídicos en sentido estricto y las operaciones jurídicas, pero optó por no seguir ese método de sistematización; sabía también que otros autores germanos (Zitelmann, Ennecerus y Lehman) habían modificado la definición de Savigny para precisar que era el ordenamiento jurídico el que reconocía el efecto jurídico de las declaraciones de voluntad¹, pero estimó innecesario modificar la definición original de Savigny para incorporar ese dato. Sabía igualmente Mélich que una parte de la doctrina italiana prefería hablar de actos de autonomía y de actos declarativos en cuyo ámbito se ubicarían los negocios jurídicos; y que un sector de la doctrina latinoamericana sostenía que se incurría en un error cuando se utilizaba la expresión acto jurídico de origen francés para designar al negocio jurídico, creación de la pandectística alemana, es decir, cuando se yuxtaponían conceptos provenientes de sistemas distintos². Prefirió Mélich –como buen maestro– seguir el consejo de Messineo³ de no hacer del negocio jurídico un fetiche lógico, sino reconocerle su cualidad de abstracción útil, y optó también por no mostrar a sus discípulos los laberintos que pueden resultar de la utilización de las categorías de hechos, actos y negocios, sino escoger unas determinadas hipótesis, reducirlas a tipos y esquemas generales, construir un sistema y aplicarlo a la realidad legislativa

¹ MORALES HERVIAS, Rómulo: *Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría negocial del negocio jurídico*, (2005), en Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal, pp. 135-137. Disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=romulo_moraleshervias&sei-redir=1#search=%22selected%20works%20%2B%20C%3%B3digo%20Civil%20de%201934%20y%20doctrina%20peruana%22 Consultado el 1/09/2011.

² LEÓN, Leysser L.: *Los actos jurídicos en sentido estricto: sus bases históricas y dogmáticas*, (*passim*), diciembre 2004. Estudio destinado a formar parte del volumen Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova. Disponible en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=leysser_leon&sei-redir=1#search=%22Selectedworks%20%2B%20Los%20actos%20juridicos%20en%20sentido%20estricto%22

³ Consultado el 1/09/2009.

³ MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II *Doctrinas Generales* (traducción de Santiago Sentís Melendo); EJE, Buenos Aires, 1971, pp. 340-341.

venezolana. Ese es su mérito y no de escasa importancia. Como si esto no fuera suficiente, desde la publicación de la *Doctrina General del Contrato* de Mélich, la doctrina venezolana tuvo a su disposición una explicación del régimen de los contratos desde el punto de vista de su teoría general, contratos cuya consideración singular y específica había sido elaborada por José Luis Aguilar Gorrondona en su magnífico libro sobre *Contratos y Garantías*. Esa teoría general fue la que me permitió, cuando desarrollé el tratamiento de los fundamentos teóricos de los contratos mercantiles y, en especial, del contrato de sociedad, al cual califico de *negocio jurídico contractual*, hacer extensas referencias a la obra de Mélich.

Una observación final cabe hacer sobre esta obra monumental. La vasta cultura jurídica de Mélich le permitió hacer acertadas incursiones en temas ubicados en disciplinas próximas. Tal fue el caso del derecho procesal, como se revela en los capítulos sobre la interpretación e integración del contrato, en los cuales, por cierto, cita el trabajo *La casación sobre los hechos* de su discípulo y cercano amigo Ramón Escovar León¹, de cuya tesis doctoral fue tutor, quien le sucedió temporalmente en la cátedra de Obligaciones en la UCV y estuvo siempre muy cerca de su Maestro. También fue el caso del derecho administrativo, al cual hizo una contribución importante con sus reflexiones sobre el contrato administrativo, figura que rechazaba porque ostentaba características que contrariaban principios esenciales de la teoría general del contrato, proponiendo la reelaboración del derecho común de los contratos para recuperar el papel que le corresponde al contrato en la preservación de la identidad de la sociedad civil frente al autoritarismo del Estado.

Mélich y la abogacía

El abogado José Mélich Orsini, quien ejerció la profesión con dignidad y decoro, en un momento dado accedió a convertirse, junto con otros distinguidos colegas, en protagonista de lo que se llamó “el retorno” al Colegio de Abogados de Caracas, que en 1989 estaba sometido a la hegemonía de los partidos políticos, era considerado por importantes grupos como una mera extensión del activismo político partidista destinado a la promoción

¹ El trabajo citado por Mélich es la tesis doctoral de Escovar León. Este escribiría posteriormente el estudio titulado *El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano o la dicotomía de su interpretación* para el Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor, Tomo I; No. 8 Colección Libros Homenaje, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002, pp- 465-488.

individual de sus directivos o a maquinaria sindical dirigida a explotar los beneficios económicos de ciertos monopolios legales de servicios. Fue un gesto que encontró positiva respuesta y le permitió convertirse, por su prestigio, en Presidente del Colegio. La asociación que se constituyó para el retorno al colegio (ARCA), especialmente animada por el distinguido abogado Carlos Eduardo Gómez Rojas, hizo una publicación en homenaje al Dr. José Román Duque Sánchez, honorable ex magistrado de la entonces Corte Suprema de Justicia, y, demostró, sobre todo, al desplazar a los partidos políticos del control del Colegio de Abogados de Caracas, que la sociedad venezolana posee virtudes que le permiten recuperar la conciencia de su poder en tiempos difíciles.

Mélich pensaba que los abogados, en funciones públicas o privadas, debían tener clara conciencia de los fines éticos de la profesión y poseer una formación académica adecuada para evitar que la deformación del derecho, por obra de una incompleta preparación de sus operadores se tornara a la postre en instrumento del capricho, de opresión y de injusticias. Creía, asimismo, que los abogados, en las diversas funciones que estaban llamados a cumplir, debían proceder como técnicos capacitados para colaborar con la actividad parlamentaria de elaboración de las leyes; para aplicar esas mismas leyes en calidad de jueces, fiscales, defensores públicos, registradores y notarios; para esforzarse por depurar y difundir los contenidos ideales que ellas encierran a través de su labor académica como profesores, escritores y compiladores del saber jurídico; para concluir en la multiforme actividad de profesionales liberales (redactores de negocios jurídicos, consultores, litigantes, asesores de empresas, sindicatos, grupos vecinales, etc).

Mélich fue un severo crítico del Poder Judicial, de su falta de independencia y de la baja calidad de sus decisiones. Por ello propició su reforma desde distintos escenarios y colaboró con la actividad de Los Notables y de su Consejo Consultivo en 1992, habiendo presentado propuestas concretas para la reforma de la Constitución y de las leyes. Luego fue firmante de varias declaraciones de esta Academia en las cuales se reclamaba contra la situación actual del Poder Judicial.

Mélich y la vida pública

Mélich ejerció destacadas funciones públicas temporales en varias ocasiones. La más importante, la de Embajador de Venezuela en Colombia de 1975 a 1977, oportunidad en la cual reforzó sus vínculos con las universi-

dades colombianas y fue distinguido con su incorporación como miembro de la Academia Colombiana de Ciencias Jurídicas.

Una vida ejemplar

José Mélich Orsini fue un hombre ejemplar. En su vida privada se destacó y fue siempre admirada su vida familiar, al lado de su digna esposa, Doña Olga Petersen Rutmann. Los Petersen Rutmann, a pesar de sus apellidos germánicos, tienen entre sus antepasados criollos nada menos que a Diego Ibarra, primo y edecán de Simón Bolívar. A Olga, a su hijo Martín, a su nuera y a sus nietos le dedicó Mélich su conmovedor libro *Los caminos andados*, agradeciendo a Olga su amor y su paciencia de más de 52 años (terminaron siendo 61). En su vida profesional, como docente y como abogado en ejercicio siempre fue citado como un modelo, como un hombre discreto y austero, incansable trabajador e investigador, generoso maestro y formador de nuevas generaciones. Creía en la responsabilidad ciudadana, en valores morales universales como el amor a la verdad, a la justicia, a la belleza y, en fin, en un orden moral del cual podemos enorgullecernos todos los venezolanos, como él mismo decía. De su obra de jurista queda un legado imperecedero que sus discípulos tienen la obligación de no dejar que se convierta en anacrónico. El propio Mélich decía que si amamos el pasado debemos resistirnos a hacerlo anacrónico. Tienen la palabra sus discípulos y tienen talento con que hacerlo.

Picón-Salas afirma que la patria siempre subsiste como historia y como conciencia, porque venturosamente siempre hemos producido al lado de los caudillos que invaden las ciudades con sus mesnadas, el hombre de letras, el humanista o el historiador que soñando con una nación más perfecta, se da a adiestrar a generaciones enteras. Es lo que hizo José Mélich Orsini a lo largo de su vida, adiestrar a generaciones enteras.

De la obra de ciudadano de Mélich resalta el ejemplo de mantener la firmeza en la defensa de la democracia, de la libertad y del estado de derecho. Todos los ciudadanos tenemos la palabra para así honrar su memoria.