

los Códigos suizo<sup>278</sup>, alemán<sup>279</sup>, italiano<sup>280</sup>, japonés<sup>281</sup>, sueco, paraguayo (Art. 13), polaco (Art. 10), y las Convenciones de Ginebra de 1930 y 1931 para la Unificación de las Leyes sobre Letra de Cambio, Billeto a la Orden y el Cheque<sup>282</sup>.

<sup>278</sup> El artículo 59 de su Código Civil de 1812 disponía: "Los extranjeros que no poseen el ejercicio de los derechos civiles y hacen actos jurídicos en Suiza no pueden excepcionarse con su incapacidad si según los términos de la ley suiza eran capaces en la época en que se han obligado. Esta regla no se extiende a los actos que entran en el derecho de familia o el de sucesión, ni a los actos de disposición respecto de inmuebles situados en el extranjero".

<sup>279</sup> El artículo 7 apartado 2º de su Código Civil (BGB) establece: "Si un extranjero hace en Alemania un acto para el cual es incapaz o de una incapacidad restringida, es considerado como capaz para este acto si él lo es según las leyes alemanas. Esta disposición no se aplica a los actos jurídicos relativos a los derechos de familia o de sucesión, ni aquellos por los cuales se dispone de un inmueble situado en el extranjero".

<sup>280</sup> El Código Civil de 1942 reproduce el texto alemán.

<sup>281</sup> Su Código Civil de 1898 incluye la misma fórmula que el alemán.

<sup>282</sup> En el caso de una persona incapaz en materia cambiaria según su ley nacional, se considerará válidamente obligada si ha firmado en el territorio de un país según cuyo ordenamiento habría tenido capacidad.

pag 457 462

19

## FORMULACIÓN ESPECIAL DE ORDEN PÚBLICO

Rafael Bernad Mainar

### ARTÍCULO 19

*No producirán efectos en Venezuela las limitaciones a la capacidad establecidas en el Derecho del domicilio, que se basen en diferencias de raza, nacionalidad, religión o rango.*

### SUMARIO

I. RESUMEN. II. COMENTARIO. III. DERECHO COMPARADO. JURISPRUDENCIA\*.

### I. RESUMEN

Este precepto representa una manifestación del principio del orden público internacional, que constituye un verdadero límite a la aplicación del Derecho extranjero en Venezuela, si fuera el caso, como consecuencia del juego de las normas de conflicto establecidas por el Derecho Internacional Privado. Concretamente se está contemplando el caso de ordenamientos jurídicos foráneos que recorten la capacidad de las personas según sus normas, cuando dicha normativa resultara de aplicación en nuestro país por ser la persona interesada domiciliada en aquel Estado, y que las referidas limitaciones impuestas a su capacidad estuvieran basadas en discriminaciones

\* No se encontraron datos relativos a esta sección.

referentes a cuestiones tales como la raza, nacionalidad, religión o rango, entre otros supuestos.

Es aquí cuando los ordenamientos nacionales, que deberían soportar en su país dichos recortes, se hacen fuertes y quedan blindados frente a los ordenamientos extranjeros mediante la alegación del orden público internacional, que trata de preservar los principios jurídicos y sociales más arraigados en el país receptor de la ley extranjera.

## II. COMENTARIO

Este artículo de la LDIP es correlativo al número 16 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, con la única modificación de la expresión "*ley*" por "*Derecho*".

En esta disposición se plasma un supuesto típico de orden público internacional, cual el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, por el cual no se permite discriminación alguna basada en criterios tales como la raza, sexo, credo, nacionalidad o condición social. Ya el Código Civil venezolano se hizo eco del espíritu del precepto en el artículo 105, al abordar los impedimentos para contraer matrimonio, puesto que negaba virtualidad a la ley nacional extranjera sobre impedimentos respecto del ciudadano foráneo que pretendiera contraer matrimonio en Venezuela, si aquéllos estuvieran fundados en diferencias derivadas de la raza, credo, sexo o clase social. Precepto este 105 del Código Civil que ha de entenderse derogado por la LDIP, puesto que en ella se instaura el domicilio en sustitución de la nacionalidad como factor de conexión por lo que a la capacidad de las personas físicas se refiere.

Destaca por su novedad que, dentro del elenco de circunstancias enumeradas que no podrán ser motivo de limitaciones a la capacidad de las personas físicas, conforme al Derecho resultante del domicilio, se incluye de manera expresa la nacionalidad, cualidad que hasta ahora no había sido considerada como elemento discriminatorio, a pesar de que ya en materia procesal internacional era posición admitida la de repudiar toda discriminación basada en la nacionalidad de las personas, postura que podemos vislumbrar en el Código de Bustamante (Arts. 382-387), vigente en este apartado en nuestro país.

Nos hallamos aquí ante un supuesto en el que la capacidad, según la ley domiciliar, se rige por un ordenamiento distinto al venezolano, pero

que va a encontrar uno de los obstáculos posibles a su aplicación en nuestro país. Al margen de otras restricciones, tales como la figura del reenvío de primer grado, la excepción del interés nacional (ya analizada en el Art. 18 de la Ley), o el fraude a la ley, este precepto contempla la excepción del orden público venezolano como límite a la aplicación de la ley extranjera en materia de capacidad, cuando ésta resulte aplicable con arreglo a la ley del domicilio de la persona física. Antes que nada, habremos de remitirnos al comentario que sobre la institución del orden público se hace del artículo 8 de esta Ley para poder tener una concepción más completa y rigurosa.

Como sabemos, la determinación, apreciación y enumeración del orden público venezolano es tarea que compete al Estado venezolano que, en aras de la armonía y dinamismo jurídicos, ha de tratar de alcanzar, por un lado, su acercamiento con el orden público de otros Estados que se hallen en una misma sintonía de civilización (posición universalista) y, por otro, lo necesario para mantener, conservar y aplicar las instituciones propias que impriman y exijan un carácter obligatorio rigurosamente (tesis particularista).

El orden público no es el mismo en todos los Estados, ni es igual en los diversos tiempos o generaciones en un mismo Estado, por lo que habrán de tenerse en cuenta las fluctuaciones de la opinión general y judicial en cada país, lo cual no avala la tesis de la existencia de un doble orden público: el nacional y el internacional, pues, a pesar de su desigual despliegue de efectos, su origen es idéntico, es decir, se caracteriza por la unicidad de su concepto considerado en sí mismo; sin embargo, no basta que la ley extranjera sea distinta a la del país que opone la excepción de orden público, sino que es preciso, además, una incompatibilidad manifiesta entre ambas leyes, que sean irreconciliables. Cada legislación determinará soberanamente las instituciones que corresponden a cada clase de leyes; de ahí que, para reafirmar su soberanía, cada nación reconozca su facultad de dictar todas sus leyes y aplicar, sin límite alguno, las que considere de esencial vigencia, por ser de orden público, ya en el campo del Derecho político, administrativo, político, penal, procesal, civil o mercantil.

Las leyes de orden público internacional son imperativas, por lo que ninguna persona puede eludir las por obra de su voluntad, y comprenden ramas tanto del Derecho Internacional Privado, como del Derecho Político (en cuanto organizan la estructura política de cada Estado), Derecho Administrativo (pues se ocupan de la realización de los servicios públicos y la

organización del poder ejecutivo del Estado), Derecho Penal, Derecho Procesal (por señalar a los jueces la conducta que han de seguir en los procedimientos), Derecho Civil y Mercantil (por representar principios morales que interesa conservar a la sociedad y al Estado, o por razones económicas de índole general y colectiva, respectivamente). Es decir, son normas de Derecho necesario, excluidas por su propia naturaleza del poder de disposición del individuo en el ejercicio de su libertad y autonomía, de modo que ningún acto de voluntad puede contravenir estas leyes, que prevalecerán sobre todo acto basado en la autonomía de la voluntad. Es decir, la autonomía de la voluntad o el Derecho extranjero relegados son suplidos en este caso por la norma de orden público que aquí se impone.

Además son normas territoriales, pues alcanzan a todas personas, cosas y relaciones jurídicas del país en que se dictan, y no constituyen una excepcionalidad, pues la propia naturaleza de las relaciones jurídicas exige unas veces, y permite otras, la aplicación del Derecho nacional o el extranjero, según los casos, por lo que, en modo alguno, estas normas de orden público han de ser reputadas como contrarias al cosmopolitismo y a las relaciones entre los Estados.

En Venezuela, antes de la LDIP de 1998, al margen del artículo 3 del Código de Bustamante, el Código Civil incluye de manera dispersa normas expresivas, si quiera indirectamente, de la institución, tales como los artículos 11, 14, 105 y 879. Tanto los Proyectos de Ley de Derecho Internacional Privado de 1912 (Proyecto Arcaya), como el de 1965-1966 trataban el orden público como límite a la aplicación del Derecho extranjero.

Este orden público se manifiesta en la LDIP en el rechazo a las diferencias que la raza, nacionalidad, religión o rango puedan establecer y suponer sobre la capacidad de las personas físicas. Este freno a la aplicación de la legislación extranjera en materia de capacidad resulta llamativa por su especificidad, toda vez que el artículo 8 de la LDIP ya consagra el orden público venezolano como excepción expresa a las disposiciones del Derecho extranjero que fueran aplicables con arreglo a la presente Ley.

Este redundamiento hay que interpretarlo como una voluntad deliberada de eliminar toda duda al respecto por entender que la materia de la capacidad de las personas físicas es de orden público de manera incuestionable, y su inclusión explícita arroja esta idea abierta y decididamente, toda vez que la Constitución venezolana vigente a la entrada en vigor de la LDIP (1961) no contemplaba tal previsión, como tampoco, cuando menos de manera explícita, lo hace la actual de 1999.

Ante los posibles vaivenes sobre qué materias puedan ser o no comprensivas del orden público venezolano, se declara por el legislador que la capacidad de las personas físicas se incluye en dicho espectro y, por ello, esta adscripción señalada y consagrada, ha de quedar resguardada de los posibles ataques legislativos foráneos, al resultar aplicables leyes extranjeras, con arreglo a las reglas de conflicto establecidas por el Derecho Internacional Privado.

Otra cosa bien distinta y discutible es la necesidad de esta expresión en el artículo que estamos comentando. Y es que no hemos de olvidar el carácter de *lex superior et posterior* que supone la Constitución de un país en el marco del sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico. La Constitución de Venezuela de 1961, vigente en el momento de entrada en vigor de la LDIP de 1998, en sus artículos 45 y 61 establecía, respectivamente, la igualdad de derechos y deberes entre venezolanos y extranjeros con las limitaciones que la propia Constitución recoge, y la no permisón de discriminaciones fundadas en la raza, sexo, credo o condición social de las personas, si bien con la omisión del criterio de la nacionalidad, al que se refiere la Ley especial. Por lo tanto, aunque la Ley especial no lo expresara, teniendo en cuenta el mencionado precepto constitucional y, considerando que en la República su Constitución representa el vértice jerárquico del sistema de fuentes, no sería admisible la aplicación de ninguna norma extranjera que violentara o contradijera los preceptos constitucionales, que suponen un valladar inexpugnable en cuanto a su conculcación, ignorancia o irrespeto.

El nuevo texto constitucional en su artículo 21(1) tampoco alude al factor nacionalidad a la hora de ser motivo de discriminación, si bien es más flexible que el de 1961 al incluir la expresión "*aquellas que, en general, tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona*", lo cual nos ayuda a sostener que las condiciones enumeradas en la LDIP., esto es, raza, nacionalidad, religión o rango, no han de entenderse con carácter taxativo, sino meramente ejemplificativo o enumerador, referida a cualquier otra discriminación que pudiera vulnerar el referido derecho fundamental a la igualdad o no discriminación, lo cual parece confirmarse, a nuestro juicio, por el argumento de autoridad que representa el artículo 22 del texto constitucional de 1999, en el sentido de que la enumeración de los derechos y garantías insertos en la Constitución y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos no ha de

entenderse literalmente y, por ende, no implicará la negación de los que, por no haber sido enumerados expresamente, sean inherentes a la persona. Incluso, apuntala el mismo precepto que la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscabará el ejercicio de los mismos, lo que en otras palabras viene a reproducir y ratificar la consolidada teoría del carácter directamente aplicable de los derechos humanos y libertades públicas inherentes a la persona, sin necesidad de un desarrollo legislativo expreso posterior.

Es decir, que el simple hecho de que determinados derechos fundamentales inherentes a la persona no sean mencionados expresamente en la Constitución no es razón suficiente para negar su reconocimiento y efectividad, pues el criterio que subyace en la Carta Magna es que los derechos fundamentales de la persona humana constituyen un todo, de manera que no son excluyentes entre sí, sino más bien complementarios y conciliables entre sí.

### III. DERECHO COMPARADO

El orden público es una institución reconocida en algunos Tratados internacionales, entre los que podemos destacar los que siguen: Convención de la Haya sobre la ley aplicable a la venta de carácter internacional de bienes muebles corporales (1955, Art. 6); Convención de la Haya sobre competencia y ley aplicable en materia de adopción (1965, Art. 15); Convención de la Haya sobre reconocimiento de divorcio y separación de cuerpos (1970, Art. 10); Convención de la Haya sobre la administración internacional en materia de sucesiones (1973, Art. 17); Convención de la Haya sobre la ley aplicable en materia de régimen matrimonial (1978, Art. 14); Convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías (1986, Art. 18); Tratado de Lima (Art. 54); Tratados de Montevideo (Art. 4); Código de Bustamante (1928, Art. 3); Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Art. 5).

De la misma manera podemos hallar la institución en diversas legislaciones internas: Ley italiana de D.I.P. (1995, Art. 16); Ley suiza de D.I.P. (1989, Art. 17); Ley alemana de D.I.P. (1986, Art. 6); Código Civil peruano (1984, Art. 2049); Ley húngara de D.I.P. (1979, Art. 7); Ley austríaca de D.I.P. (1979, Art. 6); Código Civil español (1974, Art. 12, 3); Código civil brasileño (1942, Art. 17); *Code Napoleon* francés (1804, Art. 3).

## PERSONAS JURÍDICAS

Fabiola Romero

### ARTÍCULO 20

*La existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por el Derecho del lugar de su constitución.*

*Se entiende por lugar de constitución, aquél en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.*

### SUMARIO

I. GENERALIDADES SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS: 1. IMPORTANCIA DEL TEMA. 2. ANTECEDENTES. 3. CLASIFICACIÓN. 4. NATURALEZA JURÍDICA. 5. SISTEMAS DE CREACIÓN O CONSTITUCIÓN. II. ASPECTOS SOBRE LA PERSONA JURÍDICA QUE INTERESAN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. NACIONALIDAD. 2. DOMICILIO. 3. RECONOCIMIENTO. 4. RÉGIMEN JURÍDICO. JURISPRUDENCIA.

### I. GENERALIDADES SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS

#### 1. Importancia del tema

La existencia de una serie de entes aptos para ser titulares de derechos y obligaciones, al igual que los individuos de la especie humana, ha captado la atención de los investigadores, tanto en su consideración general como en la órbita del Derecho Internacional Privado. La importancia alcanzada,

pág 463

538

20