

Las cláusulas *in dubio pro...* y la fórmula “el concebido se tendrá como nacido cuando se trate de su bien”

Emilio Spósito Contreras*

Sumario

Introducción

1. Planteamiento y delimitación del problema

2. Antecedentes

3. Definición, características, clasificación y ejemplos de las formulaciones legislativas *in dubio pro...*

4. La fórmula “el concebido se tendrá como nacido cuando se trate de su bien”. 4.1. *Premisa: Persona y sujeto de derecho.* 4.2. *Situación jurídica del concebido.* 4.2.1. El artículo 17 del Código Civil de Venezuela. 4.2.1.1. Debates en torno a la personalidad del concebido. 4.2.1.2. La fórmula del artículo 17 del Código Civil venezolano como ficción. 4.2.1.3. La fórmula del artículo 17 del Código Civil venezolano como condición suspensiva. 4.2.1.4. La supuesta dificultad (imposibilidad) de explicar satisfactoriamente la fórmula del artículo 17 del Código Civil venezolano. 4.3. *El artículo 17 del Código Civil venezolano como ejemplo de fórmula in dubio pro...* 4.4. *Alcance y límites de la fórmula a favor del concebido*

Conclusión

* Universidad Central de Venezuela, Profesor asistente de Derecho Civil I Personas.

Introducción

...cuando Apio Claudio hubo propuesto y reducido a forma estas acciones [(...) la ciencia de todas ellas, y la de interpretarlas, y las acciones residían en el Colegio de los Pontífices (...) Pomp. D. 1, 2, 6], Cneyo Flavio, su escribiente, hijo de un libertino, entregó al pueblo el libro que había sustraído; y tan grato fue al pueblo este regalo, que le hizo tribuno de la plebe, senador, y edil curul. Pomp. D. 1, 2, 7¹

El epígrafe refiere el paso del conocimiento del Derecho, de una casta sacerdotal, al pueblo (conjunto de los integrantes de una comunidad política superior). Simbólicamente desde entonces, el pueblo no sólo conocerá el Derecho sino que llegará a ser el principal –y después el único– creador del mismo: “La última expresión de la voluntad del pueblo es ley”².

En la modernidad, la derrota del *ancien régime* y la asimilación de algunas ideas republicanas del gusto del liberalismo burgués, trajo como consecuencia una exaltación de la ley como única fuente del Derecho y, correlativamente, el sometimiento de los jueces y demás intérpretes de éste al imperio de la ley en lo que se dio en llamar “Estado de Derecho”³.

¹ Justiniano: **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. 6 tomos. Editorial Lex Nova. (Trad. de Idefonso L. García del Corral). Valladolid, 2004.

² Ley de la XII Tablas, citada por Bonfante, P.: **Historia del Derecho romano**. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. (Trad. de José Santa Cruz Teijeiro). Madrid, 1944, p. 280.

³ Sobre el tema, *vid.* Delgado, F.: **La idea de Derecho en la Constitución de 1999**. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Serie Trabajos de Grado, N° 16. Caracas, 2008, pp. 18-22. También Spósito Contreras, E.: “Implicaciones del Estado de Derecho y Justicia en algunos aspectos de la relación súbdito-gobierno”. En *Revista de Derecho*. N° 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, pp. 53-84.

De entre las justificaciones de tal sometimiento podemos mencionar: (a) la separación de poderes conforme a específicas funciones del poder público (Legislativo, Ejecutivo, Judicial); (b) la mayor legitimidad del Legislativo (de elección directa), tradicionalmente representante del pueblo, frente al Judicial (de elección indirecta), tradicionalmente de carácter técnico; o (c) la configuración organizativa de los poderes: jerarquizada el Ejecutivo, deliberativa el Legislativo y técnica el Judicial.

En cuanto a la configuración organizativa de Poder Judicial, es de resaltar que la misma deriva del proceso judicial que, en general, supone la preexistencia del derecho de acción para la determinación del derecho subjetivo.

En los últimos tiempos hemos visto el desarrollo de facultades creativas del derecho (legislativas) por parte del juez al momento de sentenciar, lo cual, si bien no se rechaza *a priori*, en muchos casos de exceso ha perjudicado la igualdad y la libertad entre los particulares, en detrimento de la paz y la justicia⁴.

En el marco descrito, la antigua figura jurídica sintetizada en la fórmula *in dubio pro...*, entendida como una opción de preferencia interpretativa de la ley creada por el legislador para limitar la acción del juzgador, resulta especialmente útil como garantía de los derechos ciudadanos contra los posibles excesos del juez.

1. Planteamiento y delimitación del problema

...la vida es más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas. Es necesario, pues, realizar la adaptación del instrumento legislativo a la práctica, a la realidad: y esta adaptación se efectúa por medio de la interpretación.

L. Jossierand⁵

⁴ Cfr. Delgado: *op. cit.*, (**La idea de Derecho en la Constitución de 1999**), p. 190.

⁵ **Derecho Civil**. Ediciones Jurídicas Europa-América y Editorial Bosch. (Trad. de la 3ª edición francesa por Santiago Cunchillos y Manterota). Buenos Aires, reimpresión de 1993, p. 83.

La aplicación de la ley –voz del soberano– implica su interpretación pública o privada por juristas, y aunque el lenguaje de la ley coincide con el de la comunidad⁶, al lenguaje le es intrínseca cierta imprecisión que, sin embargo, constituye parte de su utilidad y riqueza. El problema es que en el Derecho –sistema creado en particular para la solución de conflictos intersubjetivos y en general para garantizar la paz y la justicia– los matices, tan celebrados por ejemplo en el discurso poético, pueden resultar más que inconvenientes. Adicionalmente, revisemos el siguiente pasaje de doctrina:

...permítaseme que añada dos palabras sobre la realidad de cómo suelen interpretar las normas los Tribunales y de qué sentido buscan en ellas:

Por supuesto que toman en cuenta todo lo dicho, pero lo que, aparte de ello o por encima de ello, en resumen, con independencia de teorías, les induce de forma decisiva en cada caso que juzgan, a dar en él una interpretación u otra a la norma que sea, es el resolver en justicia el pleito (al que han de aplicarla) habida cuenta de su fondo moral, es decir, no sólo contemplado en su planteamiento puramente legal.

Y para llegar a tal fin no dudan en contradecir (salvo que para ello encuentren en la propia norma o en otras, obstáculos insalvables) la interpretación que corresponda al precepto según la pura teoría científica, o la que al mismo dieron en otro caso en el que esta otra interpretación convenía para hacer justicia moral⁷.

Tergiversaciones generalizadas de citas como la anterior, en este caso del célebre civilista español Albaladejo, han llevado a algunos a pensar que es

⁶ Artículo 9 de la Constitución venezolana de 1999: “El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”; y, artículo 13 del Código Civil de Venezuela reformado en 1982: “El idioma legal es el castellano. Las oficinas públicas no podrán usar otro en sus actos; y los libros de cuentas de los comerciantes, banqueros, negociantes, empresarios y demás industriales, deben llevarse en el mismo idioma”.

⁷ Albaladejo, M.: **Derecho Civil I, Introducción y parte general**. Vol. I. 14^a, José María Bosch Editor. Barcelona, 1996, p. 156.

válido interpretar acomodaticamente las leyes, en desprestigio tanto del Derecho como de sus estudiosos. Aunque en el Derecho es una quimera contar con la claridad del lenguaje matemático o musical⁸, ello no obsta para que el intérprete, al subsumir un hecho de la vida bajo la norma jurídica correspondiente, alcance a identificar con exactitud el supuesto de hecho descrito y conocer su consecuencia jurídica.

Obviamente, se trata de una tarea compartida entre emisor y receptor. Normalmente se estudia el problema desde el receptor –sospechoso de enemistad con la revolución de Apio Claudio– y se citan los elementos del proceso interpretativo ya identificados por Savigny: gramatical, lógico, histórico y sociológico⁹; o los criterios de interpretación del sentido literal de los términos de Larenz: el significado coherente del texto, los conceptos que sobre la norma tienen el legislador y las personas que participan en el proceso legislativo, los propósitos de la regulación y, finalmente, los principios jurídicos generales en que aquella se basa, así como los principios de rango constitucional¹⁰.

Desde el punto de vista del emisor, además del correcto manejo de lo que se ha llamado la “técnica legislativa”, el legislador recurre a la práctica de establecer en el texto de la ley criterios de interpretación y definiciones. Ejemplo del primero, el artículo 4 del Código Civil; del segundo, el artículo 609 *eiusdem*.

Los criterios de interpretación consisten en indicaciones del legislador sobre la forma en que el intérprete debe alcanzar el correcto conocimiento de la norma jurídica; en los términos del referido artículo 4 del Código Civil de Venezuela, atribuyéndole “...el sentido que aparece evidente del significado

⁸ *V. gr.* la jurimetría.

⁹ Puig Peña, F.: **Introducción al Derecho Civil Español y Foral**. 2ª, Editorial Bosch. Barcelona, 1942, p. 134.

¹⁰ Larenz, K.: **Derecho Civil, Parte General**. Editorial Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas. (Trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea). Jaén, 1978, pp. 91-92. También Larenz, K.: **Metodología de la ciencia del Derecho**. 2ª, Ariel Derecho. (Trad. de M. Rodríguez Molinero). Barcelona, 2001, pp. 308-358.

propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”. El orden de enumeración parece indicar jerarquía: primero, tendría que abordarse el elemento o criterio gramatical; después –suponiendo a la ley como un todo armónico– el contexto de la norma a interpretar, es decir, el texto de la misma ley; y, finalmente, la intención del legislador histórico¹¹.

Para la delimitación de la intención del legislador histórico, puede recurrirse a los documentos oficiales que den cuenta del porqué de la norma, tales como anteproyectos, exposiciones de motivo, debates legislativos, o declaraciones del legislador que pretenden eliminar ambigüedades o pronunciarse a favor de una interpretación en concreto. Sobre estas declaraciones conocidas genéricamente por su formulación en latín: *in dubio pro...*, dedicaremos el resto de la exposición.

2. Antecedentes

Como muestra de la antigüedad de la figura *in dubio pro...* presentamos a continuación una serie de citas de las fuentes del Derecho romano¹², ejemplos y antecedentes de la figura jurídica bajo estudio:

a. *In re dubia benigniorem sequi non minus iustus est quam tutius* (D. 50, 17, 192, 1, *Marcel. 29 dig.*). a. En la duda, es tan justo como seguro seguir la interpretación más benigna.

b. *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur, quae rei gerendae aptior est* (D. 50, 17, 67, *Iul. 87 dig.*). b. Cuando una misma frase tiene dos sentidos, debe seguirse el más apto para que el acto produzca efectos.

¹¹ Sobre el método de interpretación del Derecho y su aplicación, *vid.* Delgado, F.: **Introducción al análisis jurídico**. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2005, pp. 116-134.

¹² Extraídas de Iglesias-Redondo, J.: **Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano**. 2ª, Ariel. Barcelona, 2005, pp. 108-109.

c. *In ambiguis orationibus maxime sententia expectanda est eius, qui eas protulisset* (D. 50, 17, 96, *Marcian. 12 fideicom.*). c. En las declaraciones ambiguas, debe atenderse sobre todo a la voluntad del que las hizo.

d. *In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est* (D. 50, 17, 172pr., *Paul. 5 ad Plaut.*). d. En el contrato de venta, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor.

e. *Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commo-dissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat* (D. 34, 5, 12, *Iul. 50 dig.*). e. Siempre que sea ambigua una declaración en las acciones o en las excepciones, resulta más beneficioso entenderla en el sentido de que prospere la acción presentada, no de que se frustre.

f. *In re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro* (D. 50, 17, 41, 1 *Ulp. 26 ad ed.*). f. En los casos dudosos es mejor favorecer la devolución de la cosa que el lucro sobrevenido.

g. *In obscurum libertatem praevalere* (D. 40, 5, 50, *Marcian. 7 ins.*). g. En los casos de duda, debe prevalecer la libertad.

h. *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatore est* (D. 34, 5, 26, *Cels. 26 dig.*). h. Cuando en una estipulación se cuestiona qué es lo que quiso hacerse, la duda debe resolverse contra el estipulante.

i. *Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est* (D. 34, 5, 21pr., *Paul. 14 ad Plaut.*). i. Cuando hay ambigüedad en la declaración, vale lo que realmente se quiso hacer.

j. *Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est* (D. 34, 5, 24 *Marcel. 11 dig.*). j. Cuando en un testamento se ha escrito algo ambiguo, o incluso erróneamente, debe interpretarse de manera benigna y según lo que sea más probable que fuera la voluntad del testador.

Revisando los antecedentes listados, es interesante identificar sus consi-guientes, tal como el artículo 1157 del Código Civil francés –artículo en vigor, sin reformas, desde el 7 de febrero de 1804–, el cual contiene otro

ejemplo de pronunciamiento en abstracto sobre qué sentido de la interpretación debe favorecerse:

Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

Como se refirió *ut supra*, esta norma encuentra su antecedente en el Derecho romano, específicamente en D. 50, 17, 67, *Iul. 87 dig.*, en el cual se establece: *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur, quae rei gerendae aptior est.*

3. Definición, características, clasificación y ejemplos de las formulaciones legislativas *in dubio pro...*

i) La figura supone una duda o ambigüedad en la interpretación de la ley; ii) cuya solución, deliberadamente, no queda a criterio del intérprete (reducción del arbitrio del juez), iii) sino que es el propio legislador quien, iv) bajo la fórmula *in dubio... in ambiguis... o, in obscuris...*, v) o se pronuncia en abstracto sobre qué sentido de la interpretación debe favorecerse, vi) o toma partido por un determinado sentido de la interpretación.

Como ejemplo del tipo v), encontramos el artículo 734 del Código Civil de Venezuela:

En caso de duda sobre la extensión de la servidumbre, su ejercicio debe limitarse a lo necesario para el destino y conveniente uso del predio dominante, con el menor perjuicio para el predio sirviente.

Como ejemplo del tipo vi), puede citarse el artículo 89, numeral 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales

e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios: *Omissis*

3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad...

Con pocos cambios, en el artículo 18, numeral 5, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras:

El trabajo es un hecho social y goza de protección como proceso fundamental para alcanzar los fines del estado, la satisfacción de las necesidades materiales morales e intelectuales del pueblo y la justa distribución de la riqueza.

La interpretación y aplicación de esta Ley estará orientada por los siguientes principios: *Omissis*

5. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad¹³.

4. La fórmula “el concebido se tendrá como nacido cuando se trate de su bien”

4.1. Premisa: Persona y sujeto de derecho

Aunque es claro que la noción de persona para el Derecho excede la de “hombre” o ser humano, porque incluye a la persona incorporeal o jurídica en sentido estricto, es indudable que el ser humano es la persona por excelencia,

¹³ El artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo amplía la cláusula *in dubio pro operario* a la materia de pruebas.

calificada con razón por algunos como la “única y auténtica”¹⁴. Si bien la noción de persona es jurídica, aun partiendo de ello, debe concluirse que el hombre preexiste a la declaración de ley, es el único ser dotado de condiciones naturales y jurídicas para conformar necesariamente el contenido del concepto de persona¹⁵.

Por su parte, corresponderá a Savigny, en **Sistema del Derecho romano actual**, la formulación de la noción de “sujeto de derecho”:

Todo hombre singular, y sólo singularmente el hombre, es capaz de derechos. Todavía este primitivo concepto de persona puede recibir modificaciones por el Derecho positivo, de dos maneras: limitativamente y extensivamente, ya aludidas en la formula enunciada. Podría, en primer lugar, negar a algunos singulares hombres, en todo o en parte, la capacidad jurídica. Podría, en segundo lugar, extender la capacidad a cualquier otro ente, distinto al hombre singular, y así puede artificialmente formarse una persona jurídica¹⁶.

Con la paradójicamente llamada “Pandectística” alemana, llegamos a la abstracción del “sujeto de derecho” y, como consecuencia de ello, a la “deshumanización” de la noción de persona. En tal sentido, el quién del Derecho será:

...el sujeto de derecho, o por mejor decir, el ser susceptible de tenerlos o de figurar como término subjetivo, en una relación de derechos¹⁷.

Son personas los seres susceptibles de llegar a ser sujetos, activos o pasivos, de derecho, y que tienen, por consiguiente, aptitud para desempeñar un papel en la vida jurídica¹⁸.

¹⁴ Serrano Migallón, F.: **La determinación de la Justicia**. Impresiones Modernas S.A. México, 1968, p. 183.

¹⁵ Domínguez Guillén, M^a C.: “La persona: ideas sobre su noción jurídica”. En: *Revista de Derecho*. N^o 4. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002, p. 335.

¹⁶ Citado por Catalano, P.: **Diritto e Persone I**. G. Giappichelli Editore. Torino, 1990, p. 170. Traducción del autor.

¹⁷ Puig Peña: *op. cit.*, p. 206.

¹⁸ Josserand: *op. cit.*, p. 170.

Jurídicamente es persona todo ser a quien el Derecho acepta como miembro de la Comunidad¹⁹.

En nuestro Derecho, la noción es acogida, entre otros, por J. L. Aguilar Gorrondona²⁰, F. Hung Vaillant²¹, F. Delgado²² y M^a C. Domínguez Guillén²³. Esta última en atención al funcionamiento de la relación jurídica indica que la persona es el sujeto, ya sea activo o pasivo, de la relación o situación jurídica. De allí que persona sea sinónimo de sujeto de derecho, pues es el sujeto de la relación o situación de derecho, cualquiera que sea la posición que ocupe²⁴.

También se ha indicado en la doctrina patria –advirtiendo que se trata de una noción eminentemente técnico normativa– que el sujeto jurídico o sujeto de derecho “...es la entidad portadora de facultades y obligaciones jurídicas”²⁵.

Un intento de explicar el sujeto de derecho es separar –como si ello fuera posible– las dimensiones natural y moral del hombre, considerando a la persona psicobiológicamente en el primer caso, y como un ser dotado de fines, capaz de realizar valores, en el segundo caso, para finalmente señalar “...que lo que le interesa al Derecho es la vida impersonal, la vida objetiva, la vida social”²⁶, y por tanto, ni persona natural ni moral son sujetos de derecho, sujeto titular de derechos y obligaciones.

¹⁹ Albaladejo: *op. cit.*, p. 211.

²⁰ **Personas, Derecho Civil I.** 21^a, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, p. 39.

²¹ **Derecho Civil I.** 4^a, Vadell Hermanos Editores. Caracas - Valencia, 2009, p. 65.

²² Delgado: *op. cit.*, (**Introducción al análisis jurídico**), p. 136.

²³ **Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano.** Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos, N° 17. Caracas, 2007, pp. 21-24.

²⁴ Domínguez Guillén: *op. cit.*, (“La persona: ideas sobre su noción jurídica”), p. 320.

²⁵ Parra Aranguren, F. y Serrano, A.: “Elementos para el estudio de la norma jurídica”. En: *Actas procesales del Derecho vivo*. Nros. 61-63, Vol. XXI. Grafiúnica. Caracas, 1977, p. 50.

²⁶ Delgado Ocando, J. M.: **Lecciones de Introducción al Derecho.** 4^a, Vadell Hermanos Editores. Caracas - Valencia, 2001, p. 21.

No obstante la aceptación general de la noción de sujeto de derecho como equivalente a la de persona, es de resaltar lo reciente de la primera (siglo XIX), así como la persistencia de la noción de hombre equivalente a la de persona:

La noción “persona” se asocia a la idea de ser humano, y ello es natural, pues el hombre es la persona por excelencia, y al comienzo de la historia jurídica era única²⁷.

Olvidar o desconocer el origen y fundamento de la noción de persona (los hombres) ha llevado –y desgraciadamente todavía lleva– a desviaciones en el tratamiento de los sujetos de derecho, con consecuencias prácticas inadmisibles. Así por ejemplo, apenas el siglo pasado, la humanidad experimentó la vigencia de leyes segregacionistas de grupos humanos por razón de su religión (la Alemania nazi contra los judíos²⁸) o raza (los Estados Unidos de América o Sudáfrica²⁹ contra los negros). Actualmente, algunas de las partes del mundo que se jactan de ser más desarrolladas que las demás, aplican las leyes más duras e injustas contra grandes masas de hombres en razón de su nacionalidad o procedencia (Norteamérica³⁰ y Europa³¹ contra los inmigrantes).

²⁷ Domínguez Guillén: *op. cit.*, **(Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano)**, p. 21.

²⁸ *V. gr.*, la Ley para la restauración del servicio profesional civil (1933) y la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes (1935).

²⁹ *V. gr.*, las leyes del *apartheid*, o “separación” en *afrikaans*, entre las cuales resaltaron la Ley de tierras de nativos, N° 27 (1923), Ley de nativos –Áreas urbanas– (1923), Ley de prohibición de matrimonios mixtos, N° 55 (1949), Ley de inmoralidad, N° 21 (1950) y Ley de registro de población, N° 30 (1950).

³⁰ Las leyes norteamericanas de inmigración, contemplan incluso la construcción de un muro de 595 kilómetros a lo largo de la frontera con México.

³¹ *V. gr.*, la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales de terceros países del Parlamento Europeo, del 18 de junio de 2008. Asimismo, es de resaltar los intentos, especialmente de Francia, de suspender el Convenio de Schengen para evitar la circulación de refugiados libios en el marco de la guerra civil que en 2011 culminó con el derrocamiento de M. Gadafi.

4.2. Situación jurídica del concebido

Un tema muy sensible sobre el cual incide directamente la noción de persona, es el del inicio y extinción de la persona natural, pues mientras aquella se acerque más a la noción técnica jurídica de sujeto de derecho, alejándose de la de hombre –ser humano–, mayor será entre nosotros el efecto anestésico de figuras como el aborto o la eutanasia. Efectivamente, como en muchos otros ordenamientos, nuestro Derecho considera el nacimiento como el inicio de la personalidad jurídica del ser humano (artículo 17 del Código Civil), a pesar de que “Los médicos (...) coinciden en sostener que es un hecho indudable el inicio de la vida a partir del instante mismo de la concepción”³².

No obstante, haciendo equivaler persona a sujeto de derecho, puede llegar a afirmarse que, suponiendo que ésta se refiera a quien está investido actualmente de un derecho determinado, “...un niño y un loco serían personas, pero existen serios obstáculos para considerarlos como sujetos de derechos en el término técnico de la ciencia jurídica”³³, para cerrar con la máxima: “Todo sujeto de derecho, pues, será persona, pero no toda persona será sujeto de derecho porque la actuación supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa”³⁴. En el mismo sentido, también podría afirmarse que un paciente en estado vegetativo no es sujeto de derecho y abonar a favor de la práctica de la eutanasia³⁵.

³² Domínguez Guillén: *op. cit.*, (**Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano**), p. 47. Véase también sobre la vida del concebido: Ribeiro Sousa, D. M^a: “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*. N^o 118. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2000, pp. 271-295.

³³ Puig Peña: *op. cit.*, pp. 206-207. En el mismo sentido, casualmente en forma literal, *cfr.* Contreras B., G.: **Manual de Derecho Civil I, Personas**. 5^a, Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1987, pp. 37-38.

³⁴ *Ibidem*, p. 207.

³⁵ Delgado: *op. cit.*, (**Introducción al análisis jurídico**), p. 137, citando a G. Radbruch, recoge el insólito enunciado: “Nadie es persona por naturaleza o nacimiento –tal nos muestra la institución jurídica de la esclavitud–. Ser persona es el resultado de un acto

4.2.1. El artículo 17 del Código Civil de Venezuela

El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo.

El análisis sobre la naturaleza jurídica de la fórmula transcrita, ha generado polémicas que pueden agruparse como sigue:

4.2.1.1. Debates en torno a la personalidad del concebido

Aguilar Gorrondona afirma la existencia de una “tesis ecléctica del Derecho común europeo”³⁶ para explicar la situación jurídica del concebido en Venezuela, que reconoce la personalidad del concebido cuando se trata de su bien. La referida tesis ha sido rechazada por el resto de la doctrina, para quienes resulta claro que la personalidad del ser humano inicia con el nacimiento con vida: “...para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo”. Sin embargo, con la posición mayoritaria no se explica la situación jurídica del que está por nacer.

4.2.1.2. La fórmula del artículo 17 del Código Civil venezolano como ficción

Con antecedente en Savigny y su teoría de la ficción³⁷, Delgado Ocando señala como ejemplo de ficción “...el principio *infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de eius commodo agitur* [que] asimila la condición del *nasciturus* a la de la persona física”³⁸. Al respecto, el mismo autor indica que ficción es el “...procedimiento de asimilación de relaciones sociales distintas a fin de obtener la misma solución práctica...”³⁹. No obstante, además de reiterar que el

de personificación del orden jurídico. Todas las personas, tanto las físicas como las jurídicas, son creaciones del orden jurídico. También las personas físicas son, en sentido estricto, ‘personas jurídicas’”.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 55-56.

³⁷ *Vid.* Aguilar Gorrondona: *op. cit.*, pp. 56-57.

³⁸ Delgado Ocando, J. M.: **Ficciones y presunciones en el Código Civil venezolano**. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos, N° 4. Caracas, 2001, p. 61.

concebido no es persona (“La personalidad se tiene o no se tiene”⁴⁰), ni siquiera ficticiamente, es cuestionable que en este caso se trate de un verdadero procedimiento de asimilación, por cuanto según el texto de la norma *in commento*, el concebido sólo se tendrá como persona “cuando se trate de su bien”, lo cual crea, en cabeza del concebido, una ventaja extraordinaria a las personas en general, titulares de derechos, pero también de deberes.

4.2.1.3. La fórmula del artículo 17 del Código Civil venezolano como condición suspensiva

Por su parte, Domínguez Guillén, acopia las posiciones que explican la situación del concebido haciendo analogía de las obligaciones cuya validez⁴¹ están supeditadas a una condición suspensiva (*v. gr.* “que haya nacido vivo”). Sin embargo, el principio –como lo llama Delgado Ocando– recogido en el artículo 17 del Código Civil venezolano no se agota en las obligaciones, y el que “se tendrá como nacido cuando se trate de su bien” debe extenderse a otros supuestos que escapan a la lógica de los derechos surgidos de la obligación, propios del Derecho privado patrimonial (*v. gr.* derechos humanos, derechos de la personalidad, estado civil, capacidad, regímenes de incapaces, etc.)⁴².

4.2.1.4. La dificultad (imposibilidad) de explicar satisfactoriamente la fórmula del artículo 17 del Código Civil venezolano

Nuevamente Domínguez Guillén aprecia que “...las ideas explanadas por la doctrina no logran explicar a cabalidad la excepcional situación jurídica del

³⁹ Ídem. Por su parte, Aguilar Gorrondona: *op. cit.*, p. 56, sostiene que existe ficción “...cuando la ley atribuye a un hecho verdadero una figura o unos elementos que ciertamente no le corresponden”.

⁴⁰ Domínguez Guillén: *op. cit.*, (**Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano**), p. 131.

⁴¹ Existencia en Derecho. *Vid.* Delgado: *op. cit.*, (**Introducción al análisis jurídico**), p. 226.

⁴² Al respecto, Domínguez Guillén: *op. cit.*, (**Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano**), p. 134, señala que: “Una cosa es el nacimiento o existencia de una determinada obligación en una relación jurídica y otra es precisamente el principio de la personalidad, esto es, el comienzo de la existencia jurídica. Son instituciones difícilmente asimilables”.

concebido”⁴³, al punto que la autora, junto con A. Alessandri Rodríguez y M. Somarriva Undurruga, concluye que “...el asunto no tiene explicación satisfactoria”⁴⁴. A continuación, proponemos la explicación siguiente:

4.3. *El artículo 17 del Código Civil venezolano como ejemplo de fórmula in dubio pro...*

Frente a las dudas planteadas, el artículo 17 del Código Civil de Venezuela puede explicarse a partir de la expresión “cuando se trate de su bien”, como un importante ejemplo de pronunciamiento del legislador a favor de un determinado sentido de la interpretación –que no presunción–, evidenciado en la expresión “se tendrá”.

Efectivamente, la fórmula contiene como duda la personalidad actual o futura del concebido, y determina como solución que el intérprete le tenga como nacido, es decir, como persona, brindándole una ventaja que le coloca por encima del resto de las personas, con posibilidad de todos los derechos y sin ninguna de los deberes, aunque la jurisprudencia haya establecido y la doctrina recoja supuestos de *conceptus* con obligaciones⁴⁵.

Al respecto, el Código Civil español de 1889, en su artículo 29, es el antecedente de la norma patria:

El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

A su vez, del referido artículo 29 del Código Civil español de 1889, puede mencionarse inspirado en el Derecho romano, para el cual la referida cláusula

⁴³ *Op. cit.*, p. 135.

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ *V. gr.*, “...el feto no puede quedar obligado cuando ello le desfavorezca, pero sí puede quedar obligado en caso contrario. Como ejemplo típico de tal situación (asunción de obligaciones), se cita el caso de la adquisición de una herencia cuyo activo sea superior al pasivo. En tal supuesto, el feto asumirá tanto los derechos como las obligaciones” (Hung Vaillant: *op. cit.*, p. 81).

no es más que un ejemplo de *commodum* (comodidad, ventaja o provecho). Así, en el pasaje contenido en D.1.5.7 Paulo, se establece:

Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. (El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera ninguna favorezca á un tercero).

Sobre *commodum*, P. Catalano indica que:

Según la tradición civilista la condición jurídica del *partus* (es decir de *qui in utero est*), está regulada por el principio de los *commoda*: el concebido “tiene derecho”, por decirlo así, a todo beneficio jurídico, y por lo tanto “tiene derecho” a no ser dañado⁴⁶.

4.4. Alcance y límites de la fórmula a favor del concebido

El análisis del artículo 17 del Código Civil de Venezuela, desde el punto de vista interpretativo de la fórmula legislativa *in dubio pro...*, nos plantea una solución al bicorne problema de la naturaleza jurídica del concebido, pues como lo plantea el mismo artículo, se trata de un punto controvertido, duda o ambigüedad que, sin embargo, es resuelto con una solución militante del legislador y una ventaja extraordinaria a favor del que está por nacer.

La naturaleza de la protección legal del *conceptus* como “super-persona”⁴⁷, sólo puede entenderse⁴⁸, desde nuestra concepción actual, a partir del origen

⁴⁶ Catalano, P.: **El concebido “sujeto de derecho” según el sistema jurídico romano. Texto provisorio**, p. 7.

⁴⁷ En vez de debatir sobre si el concebido es persona o no, lo cierto es que a partir del artículo 17 del Código Civil de Venezuela, tiene lo mejor de una y otra situación: en principio todos los derechos de las personas sin ninguno de sus deberes.

⁴⁸ Sobre la problemática relativa a la situación jurídica del *conceptus*, *vid.* Domínguez Guillén: *op. cit.*, **(Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano)**, pp. 125-137.

y fundamento de la noción de persona: ser humano-persona. La persona es sin duda la protagonista y el centro del orden legal y en su protección ha de apuntar cualquier interpretación jurídica⁴⁹.

Ante la duda sobre si el concebido es persona o no, dada la sensibilidad del problema, desde antiguo el legislador (autor de la ley), bajo la fórmula “se tendrá como nacido cuando se trate de su bien”, señala al intérprete el sentido en que debe interpretar el Derecho: radicalmente a favor del que está por nacer.

La doctrina cita jurisprudencia, que al reconocer derechos a los concebidos, dada la naturaleza de la situación en que se presenta el derecho, correlativamente cargan al concebido de deberes, siempre que estos últimos no sobrepasen los beneficios que impliquen los derechos.

Conclusión

Lejos de negar la idea que los juristas –especialmente los jueces– deben limitarse a decir el Derecho creado por el soberano –felizmente en nuestro tiempo: el pueblo–, la búsqueda de la intención del legislador y las fórmulas que pretenden eliminar ambigüedades en el Derecho, nos la confirman.

En algunos casos, el legislador nos indica –asépticamente– cuándo el intérprete puede preferir una interpretación a otra; en otros casos, obliga expresamente al intérprete a tomar militantemente el partido que él mismo le indica. En todo caso, parece diluida la visión de un Derecho inocuo, propio de la modernidad bajo la influencia del ideal liberal burgués.

La figura supone una duda o ambigüedad en la interpretación de la ley, cuya solución, deliberadamente, no queda a criterio del intérprete (reducción del arbitrio del juez), sino que es el propio legislador quien, bajo la fórmula *in dubio*

⁴⁹ Cfr. Domínguez Guillén, M^a C.: “Primacía de la persona en el orden constitucional”. En: **El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara**. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público. Caracas, 2005, pp. 299-320.

pro..., se pronuncia en abstracto sobre qué sentido de la interpretación debe favorecerse, tomando partido por un determinado sentido de la interpretación.

Son muchos los ejemplos antiguos y modernos de la fórmula *in dubio pro...*, pero entre todos destaca el contenido en el artículo 17 del Código Civil de Venezuela, esto es, “el concebido se tendrá como nacido cuando sea para su bien”; fórmula que aunque coloca al concebido en una situación de ventaja extraordinaria, con posibilidad de todos los derechos y sin ninguna de las obligaciones, según recoge la doctrina, ha sido relativizado por la jurisprudencia.