



**UCAB**

Universidad  
Católica  
Andrés Bello

Caracas  
Venezuela

# Revista de la Facultad de Derecho Nº 57



Revista de la Facultad  
de Derecho  
2002 / N° 57



Facultad de Derecho  
Universidad Católica Andrés Bello

**Revista de la Facultad de Derecho N° 57**

Director Alberto Baumeister Toledo  
Caracas, 2002  
ISSN: 0255-5328

©Universidad Católica Andrés Bello  
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones  
Escuela de Derecho / Centro de Investigaciones Jurídicas  
Urb. Montalbán  
Apartado 22320  
Caracas 1021. Venezuela

**Consejo Editorial**

Jesús María Casal hijo  
*Decano de la Facultad de Derecho*  
Emilio Píriz Pérez  
*Director de Publicaciones UCAB*  
Magaly Vásquez González  
*Directora de la Escuela de Derecho*  
María Gracia Morais de Guerrero  
*Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas*  
Ana María Guario  
*Por la Dirección de Postgrados*  
César Augusto Carballo  
*Por la Comunidad de Profesores*  
Alberto Baumeister Toledo  
*Director de la Revista de la Facultad de Derecho*

**Consejo de Redacción**

Emilio Píriz Pérez  
*Director de Publicaciones UCAB*  
María Gracia Morais de Guerrero  
*Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas*  
Allan Brewer Carías  
*Presidente de Editorial Jurídica Venezolana*  
Alberto Baumeister Toledo  
*Director de la Revista de la Facultad de Derecho*



Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB  
Composición y paginación: MERY LEÓN  
Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO. FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS  
Impreso por: EDITORIAL TEXTO

# Índice

Editorial .....	7
<b>I.- SECCIÓN DE DOCTRINA</b>	
<b>I.1.- Nacional</b>	
<b>Arbitraje</b>	
<i>La Conciliación, el Arbitraje y la Transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos</i>	
por Alberto Blanco Uribe Q. ....	13
<b>Derecho Administrativo</b>	
<b>General</b>	
<i>Vías generales de telecomunicaciones en el sector eléctrico,</i>	
<i>por Mariela Blanco-Uribe .....</i>	53
<b>Responsabilidad del Estado:</b>	
<i>La responsabilidad extrancontractual de la administración pública</i>	
<i>por Manuel Rodríguez .....</i>	93
<b>Derecho Contencioso Administrativo</b>	
<i>La tutela constitucional preventiva y anticipativa como restablecimiento inmediato de lesiones constitucionales,</i>	
<i>por Rafael Ortiz Ortiz .....</i>	115



## **Derecho Mercantil**

### **Especial**

#### **Protección a la Libre Competencia**

<i>Los acuerdos Horizontales,</i> por Zulmari Artigas y Efrén Navarro .....	139
Los Gremios Profesionales y La Libre Competencia <i>El Caso Venezolano,</i> por Cira E. Ugas Martínez .....	173

#### **Operaciones Bursátiles**

<i>Operaciones Bursátiles a plazo (Contratos Forward)</i> por Carlos Pérez .....	199
---	-----

#### **Derecho Procesal Civil**

<i>La Casación de Oficio,</i> por Héctor Grisanti Luciani .....	257
---	-----

#### **Filosofía del derecho**

Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación por Eduardo Piacenza .....	275
Comentarios al trabajo presentado por el Profesor Eduardo Piacenza, “Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación” -por el Profesor <i>Tulio Olmos Gil</i> .....	301
-por el Profesor <i>Carlos Casanova</i> .....	305
por el Profesor Oscar Sarlo .....	313

#### **Formación profesional**

<i>La formación del Abogado,</i> por Ricardo Hernández Alvarez	323
--	-----

### **I.2.- Extranjera**

#### **Civil**

El Tribunal Constitucional Español ante la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, por Rafael Bernad Mainar .....	353
--	-----

#### **Etica**

<i>Proceso y Etica (Bajo los lineamientos del sistema Portugués de Derecho)</i> por Carlos M. Ferreira Da Silva .....	377
---	-----

## **Procesal Civil**

- La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil* por Jorge W. Peyrano ..... 395
- El elefante judicial. Algunas consideraciones acerca de la posibilidad de aplicar políticas estratégicas de privatización en el ámbito del Poder Judicial mediante la incorporación de la Tecnología Informática*, por Jorge Teodoro Herrmann 415

## **Seguros**

- Las Cláusulas abusivas” y la Protección del Asegurado (a la luz del Derecho Mexicano)* por Arturo Díaz Bravo ..... 441

## **SECCIÓN DE RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS**

- Selección y comentario a cargo de Alberto Baumeister Toledo. 453

## **SECCIÓN DE ESPECIALES**

- Noticias de la Facultad ..... 497
- In memoriam ..... 479
- Fundación Fernando Pérez Llantada S.J.* ..... 481
- Fundación Roberto Goldschmidt* ..... 482
- Congresos Jornadas y eventos.* ..... 483
- Novedades
- Actualidad Jurídica ..... 497
- El libelo de la demanda civil* por José Andrés Fuenmayor G. .... 497
- La criminalidad informática y la estafa a través de internet*, por Jorge Luciani G. .... 507
- Algunas reflexiones sobre conceptos e instituciones en Derecho Mercantil*, por Julio Rodríguez B. .... 529
- Mc Veigh y la pena de muerte*, por Fernando Fernández .... 536

## **Editorial**

Nos corresponde nuevamente presentar otro nuevo número de la Revista, ya con este es el cincuenta y siete (57), con sus acostumbradas secciones y con un material que cada vez mas nos llena de orgullo, por su novedad, calidad y contenido.

Nuestros nuevos colaboradores y los que ya nos acompañan hace algún tiempo, han puesto todo interés en que lo insertado en cada nueva Revista sea de absoluta novedad e interés y consideramos que ello viene lográndose a cabalidad, y el público lector así lo ha entendido, en tanto que cada vez es mayor la demanda por nuestra publicación.

Como ya lo habíamos anunciado, los estudios que insertamos a partir de este número inclusive, se encuentran sometidos, conforme a nuestras reglas internas, al proceso de "arbitraje", el cual se cumple con la colaboración de un lucido grupo de Profesores y especialistas en diversas materias, a quienes hemos solicitado su contribución científica para cada área y entre los cuales cabe mencionar a los Drs. José Melich O., Allan Brewer Carías, Rafael Bernad M., Carlos Acedo S., Mariolga Quintero T., Arturo Díaz Bravo, Fernando Fernández, y a los abogados Rafael Chavero, Manuel Rodríguez C., Víctor Pulido Méndez, y María Candelaria Domínguez G. entre otros.

Hemos tomado como tarea inquebrantable que en cada ocasión en que concurrimos a un Congreso o evento científico similar, internacional o nacional, seamos portadores de un ejemplar de nuestra publicación, visitamos la Universidad o Instituto correspondiente, procuramos enterarnos de sus publicaciones y sembramos la semillita de la conveniencia de intercambiar ideas, programas, artículos y opiniones

por medio de nuestra Revista. Ya venimos cosechando parte de esas relaciones y contamos hoy con muy buenos colaboradores del exterior y con interesantes trabajos por divulgar.

Ya en esta edición, como lo podrán constatar, contamos con novedosos trabajos en la sección de Doctrina Extranjera.

En la de Doctrina Nacional en materia de Arbitraje entregamos un amplio y actualizado estudio de Alberto Blanco-Uribe Q. sobre los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Administrativo, tema que cada vez se torna más importante en el devenir de la solución de desavenencias entre administración y administrados y que es tratado con abundante apoyo de doctrina extranjera y nacional.

En Derecho Administrativo nos entregan, Mariela Blanco Uribe, un interesante estudio sobre “Vías generales de telecomunicaciones en el sector eléctrico, materia novedosa sobre la cual estamos dando nuestros primeros pasos en el entorno jurídico nacional y Manuel Rodríguez Costa, nos hace un sobrio estudio sobre la “Responsabilidad Extrancontractual del Estado” tema que ha reimpuesto en interés la Constitución vigente.

En lo Contencioso Administrativo y obviamente que se trasvasa al Procesal Civil, contamos con un actualizado trabajo relacionado con las “Tutelas autosatisfactivas” emanado de nuestro veterano colaborador e ilustrado Profesor y Magistrado Judicial, Dr. Rafael Ortiz Ortiz.

En lo que atañe a Promoción de Libre Competencia, insertamos un ensayo sobre los llamados “Acuerdos horizontales” realizado por Zulmari Artigas y Efrén Navarro.

Nuevamente el colega Carlos Pérez Castro nos presenta otro completísimo estudio sobre “Operaciones Bursátiles” al examinar los llamados “Contratos Forward (Operaciones Bursátiles a plazo).

En el campo del Derecho Procesal Civil, incluimos un estudio del Ex Magistrado de la Sala de Casación Civil, nuestro dilecto Profesor y amigo, Dr. Héctor Grisanti Luciani, bajo el título “Algunos comentarios sobre la Casación de Oficio”, tema siempre latente ante esa Sala del Tribunal Supremo de Justicia y sobre el cual no todos los autores y actores en el ámbito de la Casación parecen estar de acuerdo.

Continuando con “Estudios de Filosofía del Derecho”, hacemos ahora entrega del trabajo del Profesor Eduardo Piacenza, al que adjuntamos

los comentarios que el mismo ha suscitado en el ambiente de los especialistas en la materia, Profesores Tulio Olmos, Carlos Casanova y Oscar Sarlo.

En el aspecto formación gremial, Ricardo Hernández A. nos entrega un agradable ensayo titulado “La formación del Abogado” reproducción de su reciente y versada conferencia sobre dicho tema en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Concluye nuestro breve recorrido sobre el material de la revista con los comentarios por hacer de la Sección de Doctrina Extranjera, que se luce con las siguientes entregas:

El Tribunal Constitucional Español ante la Ley de Técnicas de “reproducción asistida”, del Profesor y asiduo colaborador, Dr. Rafael Bernad Mainar, un trabajo sobre Ética Profesional del Profesor Carlos Ferreira, de Portugal., en Procesal Civil, se reproduce un interesante enfoque del reputado Profesor y Magistrado argentino, Dr. Jorge W. Peyrano, sobre “La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de los derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil”, así como en materia de Derecho de Seguros, hacemos la entrega de un interesante estudio del Profesor mexicano, Dr. Arturo Díaz Bravo, sobre “Cláusulas Abusivas” y no podemos dejar de recomendar la lectura del interesante trabajo intitulado “El elefante judicial” del colega Jorge T. Hermann, que fue co-ganador del certamen a la mejor ponencia del pasado Congreso de Derecho Procesal Argentino, en el cual se plantea la conveniencia de la privatización o tercerización de ciertos servicios en la Administración de Justicia, como una vía para remediar congestiónamiento y mejorar la eficiencia de los servicios de justicia.

Como podrá comprobarse, todo el material reseñado es de grata y ágil lectura y viene como dedal al dedo en una serie de casos que encuentran foro de discusión en estos días de la Venezuela actual.

En torno a la información que por igual damos sobre “Vida de nuestra Facultad”, bastará una simple ojeada, para que se tome conciencia del radical cambio que hemos venido palpando en nuestra Escuela de Derecho al extrovertir su actividad hacia la comunidad y sociedad en general y al procurar con afán certero la permanente actualización de estudiantes y profesores en temas de vigencia e importancia, prueba de lo cual son la realización de los numerosos eventos, jornadas y cursos

que fueron impartidos durante el período, e igual cabe decir de las Fundaciones con las cuales habitualmente viene vinculada la Facultad de Derecho, esto es, la Dr. Fernando Pérez Llantada Sj. y la Dr. Roberto Goldschmidt, de las que brindamos algunos tips sobre su actividad institucional.

Nuestro número de promociones y egresados permanecen dentro de los límites normales, pero se une ahora el trabajo de formación de la Escuela de Derecho de Puerto Ordaz, sobre la que iniciaremos información en la próxima entrega de la Revista.

En la reseña bibliográfica, se hace un recuento de unas cuantas de las publicaciones aparecidas durante el interregno entre la anterior y esta nueva Revista, con una especial felicitación que hacemos llegar nuevamente a nuestra Dirección de Publicaciones, quien otra vez se anotó otro rotundo éxito en la realización del acto *ad hoc* celebrado el pasado año para dar a conocer las obras editadas y publicadas.

De nuevo se cumplió record con 74 publicaciones, en especial, las destinadas a servir de material de apoyo a los estudiantes y entre las cuales descollan las de carácter jurídico. En el acto esta vez, por igual, se resaltaron los magníficos resultados numéricos que arrojan las cifras por distribución y venta de dichas obras. En dicho acto vimos muchas caras conocidas de nuestra Universidad, en especial de ya consagrados autores en diversas especialidades y materias.

Con júbilo, podemos igualmente anunciar que ya son quince las librerías especializadas que distribuyen las obras de nuestra Editorial, lo que da idea de la importancia que alcanzan nuestras ediciones en el mercado.

Para comienzos de este año, anunciamos el éxito obtenido en la co-edición de la obra Manual de Derecho Mercantil, del Dr. Roberto Goldschmidt, puesta al día, y que termina de agotar su primer tiraje, preparándose ya segunda edición, y así viene ocurriendo con otras obras de nuestro sello editorial.

En la sección de Actualidad, como viene siendo pauta, hemos insertado algunos interesantes comentarios sobre: El libelo de la demanda, en Procesal Civil, en Derecho Penal sobre “la pena de muerte”, otro sobre Lavado de Dinero y por último uno sobre “Conceptos Mercantiles”,



de nuestros gentiles y consecuentes colaboradores, Dr. José A. Fuenmayor, Fernando Fernández, Jorge Luciani y Julio Rodríguez B.

Termino, como siempre, agradeciendo una vez más a todos Uds. los lectores, la buena acogida que prestan a la Revista, y por supuesto infinitamente a los autores, al comité de arbitraje y a todo el personal que me presta apoyo en la Dirección de Publicaciones por el nuevo esfuerzo patentizado en este otro número de la Revista.

Me faltan palabras para manifestarles cuanto aprecio la colaboración que brindan a nuestra Universidad y al engrandecimiento de los estudios de Derecho, al remitirnos sus trabajos, investigaciones y estudios.

No les resto mas tiempo para que inicien cuanto antes la lectura del material que hemos reseñado brevemente, y esperamos contar con Uds. en la próxima edición.

*Alberto Baumeister Toledo*  
*Director de la Revista*

---

**SECCIÓN DE DOCTRINA**  
**Nacional**

---

# La conciliación, el arbitraje y la transacción como métodos de resolución de conflictos administrativos<sup>1</sup>

Alberto Blanco-Urbe Quintero<sup>2</sup>.

“Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société; empêcher les procès est la première”.  
Constituyentes franceses, 1790.

## I. GENERALIDADES

La justicia o, mejor, el sistema judicial, está en crisis<sup>3</sup>. El retardo manifiesto, injustificado y desproporcionado en la respuesta al clamor del justiciable, así como otros factores de orden procesal inciden en la

- 
- 1 Este trabajo constituye la ponencia del autor, como comentarista de la Profesora Sandra Morelli, de la Universidad Externado de Colombia, durante las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”: “La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo”, organizadas por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 9 al 12 de noviembre de 1998.
  - 2 Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la UCV; DEA en Derecho Público de la Universidad Robert Schuman, Francia; Profesor de Derecho Constitucional (Pregrado) y de Contencioso Tributario (Postgrado) de la UCV.
  - 3 Emilio Aragonés Beltrán, “Resolución de Recursos en el Ámbito Tributario Local: Autocontrol Jurídico y Vía Administrativa Previa”, página 251: “...el sistema judicial

pérdida de legitimidad y de confianza en la jurisdicción estatal y constituyen un grave menoscabo al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva<sup>4</sup>. Hoy asistimos a una “tendencia global hacia la desjudicialización de los conflictos”<sup>5</sup>.

El fenómeno aquí evocado se presenta en todas las ramas del ordenamiento jurídico, incluso en aquellas que se caracterizan por tratar la temática del interés público. El derecho procesal administrativo no es la excepción.

Así, el Consejo de Estado francés, en un reporte ilustrativamente intitulado “Solucionar de otra manera los conflictos: conciliación, transacción, arbitraje en materia administrativa”<sup>6</sup>, reconoció el estado de saturación en que se encuentran los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, lo que estimula la reflexión sobre los medios para solucionar de otra manera los conflictos de derecho, evitando su colapso.

Por su parte, en España, los artículos 88.1<sup>7</sup> y 107.2<sup>8</sup> de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, privilegian el empleo de mecanismos conven-

---

que sigue recibiendo el nombre esperpéntico de “contencioso-administrativo” se encuentra en un estado rayano en la postración”.

- 4 Jesús González Pérez, “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”, página 118: “Es un hecho incuestionable que...existe una resistencia a acudir a la fórmula procesal. Ante las dificultades de obtener satisfacción de una pretensión, en lugar de acudir al Juez se acude al arbitraje, o al arreglo, “más vale un mal arreglo que un buen pleito”, o sencillamente se adopta una actitud de pasividad”.
- 5 Juan Zornoza Pérez, “¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho Tributario español”, página 176.
- 6 “Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative”, la Documentation française, Paris, 1993.
- 7 “Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.
- 8 “Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros

cionales (acuerdos, pactos, convenios, contratos) que facilitan el diálogo entre la Administración Pública y los administrados y fomentan la participación de los administrados en los procedimientos administrativos (constitutivos o de primer grado y de revisión o de segundo grado), para finalizarlos o, de alguna manera, determinarlos; y, prevén la posibilidad de usar la transacción, la conciliación, la mediación o el arbitraje como medios alternativos<sup>9</sup> de solución de conflictos, incluso en la fase impugnatoria de los actos administrativos, si ello es lo que más conviene a la mejor defensa del interés público.

Igualmente, esto que podríamos llamar la forma consensuada o concertada de la actividad administrativa<sup>10</sup>, en general, la encontramos prevista también, a título meramente ejemplificativo, en Alemania, en la Ley federal de procedimiento administrativo de 1976; en Italia, en la Ley 241/1990 sobre nuevas formas en materia de procedimiento administrativo; y, en los Estados Unidos de América, en la Ley federal sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos administrativos (“Administrative Dispute Resolution Act”) de 1990.

Como puede observarse, al lado de los actos administrativos tradicional o realmente unilaterales, así como de los contratos administrativos y de los contratos de derecho privado suscritos por la Administración Pública, para el intercambio de bienes y servicios, de

---

procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados y comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo el procedimiento administrativo...”.

- 9 Juan Rosa Moreno, “El arbitraje administrativo”, páginas 100 y 103: se los califica de alternativos porque son una opción frente al recurso contencioso administrativo, estando sometido el convenio o el laudo arbitral, según los casos, a un control judicial “ad hoc”.
- 10 Algunos (entre ellos Rafael Badell Madrid, en “Primer Seminario de Encuentro y Análisis UCV-UCAB: Realidad y Perspectiva del Derecho Público frente al Siglo XXI”, Corte Suprema de Justicia, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público del Ministerio de Justicia, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, D.F., junio, 1998) han considerado que existe una “administración concertada”, con fundamento principista en el artículo 109 de la Constitución de la República, de cuya actuación surgirían “actos administrativos bilatetales”, tales como lo podrían ser los acuerdos transaccionales y arbitrales.

empleo ya común e incuestionable, universalmente comienza a abrirse paso una nueva técnica de administrar, representada por la categoría convencional llamada de los contratos de derecho público, que se diferencian de las anteriores figuras convencionales por estar siempre precedidos de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración Pública y el administrado, su cocontratante. Estos contratos de derecho público persiguen una mayor eficacia en la gestión pública, gracias a la estrecha colaboración de los administrados, que garantiza la legitimidad democrática directa y la eficacia real del actuar administrativo<sup>11</sup>.

Por ejemplo, en materia tributaria, en virtud de la suscripción de un contrato de derecho público, la Administración Pública “renunciaría” al ejercicio de sus potestades de actuación unilateral, por la imposibilidad de determinar el crédito tributario en condiciones de costo y tiempo razonables o proporcionadas, para alcanzar el interés público tutelado (la recaudación impositiva), mediando una mayor eficacia administrativa, gracias a la negociación de una solución consensuada, que podría conducir a una transacción o a un arbitraje. Indudablemente, siendo la obligación tributaria “ex lege”, estos contratos de derecho público sólo tendrán naturaleza declarativa o de fijación, y no constitutiva de la obligación tributaria, perfeccionada por la ocurrencia del hecho imponible, descrito en la norma legal.

Desde esta perspectiva, el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, la constitucionalización del principio de eficacia administrativa<sup>12</sup> y el objetivo de prevenir o evitar la actividad contenciosa (por ejemplo, para obtener soluciones más rápidas y eficaces y hacer economías en el presupuesto del Poder Judicial), se suman para incidir en una nueva lectura de los principios generales del derecho, y así concebir e implementar medios convencionales de prevención o terminación de procedimientos (administrativos o judiciales) y solución de conflictos,

11 Juan Rosa Moreno, op. cit., página 17: “estos mecanismos se acomodan a la constitucional necesidad de conciliar la garantía y la participación de los interesados con la eficacia administrativa como fines del procedimiento administrativo”.

12 Su previsión en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no le resta su condición de principio constitucional del derecho administrativo, pues es en el texto fundamental que se consagran los fines del Estado, a los que se debe responder con racionalidad, oportunidad y bajo costo.



alternativos a los recursos tradicionales, que hallan su razón de ser en el derecho esencial a la participación ciudadana en los procedimientos públicos de toma de decisiones susceptibles de afectar la esfera jurídico subjetiva de los administrados, institución emblemática de todo Estado de Derecho Constitucional y, sobre todo, Democrático.

Los medios consensuales alternativos de solución de conflictos más importantes son la conciliación, la transacción y el arbitraje, de carácter autocompositivo los dos primeros y heterocompositivo el tercero.

En lo que respecta a la conciliación, ambas partes en conflicto se ponen de acuerdo para someter el problema a la consideración de un tercero, pero sin que éste tenga potestad de decisión, puesto que debe limitarse simplemente a formular recomendaciones o sugerencias para ayudar a las partes a llegar a un arreglo amistoso de solución, que bien puede consistir en un pacto vinculante o en el dictado de un acto administrativo “unilateral” que se fundamente en el contenido de lo convenido. El tercero bien puede ser un órgano público administrativo especialmente concebido para jugar ese papel, como acontece con el “médiateur” en Francia o el defensor del pueblo en España; el propio órgano jurisdiccional; o, un particular.

Además, la conciliación puede suceder con fines de prevenir o evitar un pleito judicial o ya dentro de un proceso en curso, de forma facultativa u obligatoria, según el régimen legal que se aplique. En todo caso, el análisis comparado suele revelar la generalizada inoperatividad de este medio alternativo y la tendencia a regular su procedencia meramente facultativa, de modo de convocar al libre intercambio de voluntades recíprocamente conflictuadas a buscar el acuerdo resolutorio.

Ahora bien, tanto la conciliación como la transacción requieren que el ente público goce de la disponibilidad de los intereses en juego, lo cual ha hecho a muchos asumir el criterio de su improcedencia, partiendo de la idea de la indisponibilidad del interés público. Por su parte, el arbitraje sólo es posible cuando se trata de solucionar causas transables.

Por tanto, entendemos que la más exigente de estas figuras alternativas es el arbitraje, pues por encima de otros requisitos que le son propios, demanda también lo que es menester para la procedencia de la conciliación y de la transacción.

En virtud de esta constatación, las presentes líneas se dedicarán a demostrar la constitucionalidad del arbitraje administrativo, de modo que en aplicación del principio “quien puede lo más, puede lo menos”, quede también probada la conformidad a derecho de la conciliación y de la transacción administrativas.

En otro orden de ideas, a efecto de mejor arribar a las conclusiones de estas líneas e ilustrar el proceso de raciocinio empleado en su concepción, el análisis se hará particularmente enfocado al ámbito tributario, sobre la base de que el principio de indisponibilidad del crédito tributario (vinculado con el interés público comprometido con la recaudación impositiva) no es absoluto, por lo que el arbitraje tributario, especie del arbitraje administrativo, como su género, no contraría el principio de legalidad.

Así, estos mecanismos alternativos y convencionales de solución de conflictos, pueden ser válidamente empleados en el ámbito del derecho público, mediando ciertas adaptaciones conceptuales y reinterpretaciones de las normas dogmáticas fundamentales que rigen la actividad administrativa.

## **II. LA JUSTICIA SIN JUEZ EN DERECHO PÚBLICO**

De allí que las normas positivas, con rango de ley, como los ejemplos mencionados del derecho comparado, hayan comenzado a regular la posibilidad de que los conflictos o litigios jurídicos sean válidamente solucionados, sea por las mismas partes, a través de mecanismos autocompositivos, como la conciliación y la transacción, sea por personas, dotadas o no de autoridad, que no revisten la condición de jueces<sup>13</sup>, por medio de mecanismos heterocompositivos, como el arbitraje. Se trata de la justicia sin juez, fundamentada en el consentimiento de las partes en conflicto, pues debe ser indefectiblemente voluntaria, y en la igualdad entre ellas, para quienes la decisión será, en principio, recíprocamente inimpugnable.

---

13 Jean Robert, “Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé”, página 9: “L’institution d’une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger”.

Concretándonos a la última de las figuras mencionadas, tenemos que se trata de una de las formas alternativas de solución de conflictos, la denominada arbitraje, que es una institución jurídica de naturaleza jurisdiccional, puesto que en esencia las funciones del árbitro y las del juez son idénticas<sup>14</sup>, decidiendo ambos con fuerza de cosa juzgada. El autor francés Charles Jarrosson<sup>15</sup> define al arbitraje como la institución por la cual un tercero soluciona un litigio entre dos o más personas, ejerciendo la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellas. Igualmente, la jurisprudencia contencioso-administrativa francesa, de forma pacífica y reiterada, ha admitido el carácter jurisdiccional del poder de decisión del árbitro, como se observa de las sentencias del Consejo de Estado del 21 de abril de 1943, caso *Société des ateliers de construction du Nord de la France*, y del 4 de enero de 1957, caso *Lamborot*.

De esta manera, está claro que el arbitraje es una institución procesal de naturaleza jurisdiccional, constitutiva de un modo alternativo de solución de conflictos, incluso en el ámbito del derecho público y, por ende, del derecho administrativo y del derecho tributario.

Ahora bien, dentro de la doctrina francesa, en el pasado, algunos llegaron a sostener que tratándose de derecho administrativo, por incidencia de supuestas exigencias del derecho público, no todo modo alternativo de solución de conflictos podría ser empleado en casos de derecho administrativo, donde por ejemplo sólo procedería el arbitraje cuando existiese expresa previsión legislativa al respecto. Así, el reporte citado del Consejo de Estado francés expresa que, visto el estado actual de su derecho positivo, en el ámbito del control de legalidad de los actos administrativos se puede utilizar la conciliación, pero no la transacción sobre cuestiones de derecho ni el arbitraje.

---

14 Artículo 615 del Código de Procedimiento Civil: "El cargo de árbitro, una vez aceptado, es irrenunciable. El árbitro que sin causa legítima se separe de su cargo será responsable penalmente por el delito de denegación de justicia, sin perjuicio de que se haga efectiva su responsabilidad civil a través del recurso de queja que consagra este Código".

Artículo 619 "eiusdem": "No pueden ser árbitros de Derecho quienes no sean abogados en ejercicio".

15 "La notion d'arbitrage", *Libreirie Général de Droit et de Jurisprudence (LGDJ)*, Paris, 1987, página 372.

La evocada negativa de la doctrina francesa en la materia, se basó en la supuesta y ya cuestionada existencia de un pretendido principio general de derecho, destacado en el dictamen *Eurodisneyland* del Consejo de Estado del 6 de marzo de 1986, y por el autor clásico francés Edouard Laferrière<sup>16</sup>, según el cual “el Estado no puede someter sus procesos a arbitraje”<sup>17</sup>. Además, se ha tratado de encontrar fundamento legal a este discutido principio en los artículos 2.060 y 2.061 del Código Civil francés vigente, herederos de los artículos 83 y 1.004 del antiguo Código de Procedimiento Civil francés, que lo establecían expresamente.

Pero, modernamente, autores y connotados administrativistas de la talla del profesor francés Jean Rivero<sup>18</sup>, sostienen que la prohibición contenida en los artículos mencionados del antiguo Código de Procedimiento Civil francés, de someter a arbitraje los conflictos que involucrasen al Estado, desapareció con la entrada en vigencia de los citados nuevos dispositivos del Código Civil francés.

Así, siguiendo al ya citado autor francés Charles Jarrosson<sup>19</sup>, tenemos que no existe incompatibilidad racional entre arbitraje y derecho público y que es falso que a través del arbitraje las autoridades administrativas descuiden su deber de defender los intereses públicos<sup>20</sup>, conforme al principio de legalidad y que cualquier desviación en este sentido sólo pudiera ser corregida por el juez, obligado como está a estatuir en derecho.

En efecto, los árbitros no solamente están obligados, en principio, a estatuir en derecho, en derecho comparado, sino que en cualquier caso, tratándose incluso de árbitros arbitradores o amigables compondores (por supuesto en materia de derecho privado), siempre deben

---

16 “Traité de la juridiction administrative”, Tomo II, Paris, 1888, página 145.

17 Jean Robert, op. cit., página 39: “principe général de l’interdiction faite aux personnes morales publiques de passer les conventions d’arbitrage”.

18 “Personnes morales de droit public et arbitrage”, Revue arbitrage, Paris, 1973, página 268.

19 “L’arbitrage en droit public”, página 17.

20 Francisco Delgado Piqueras, “La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo”, página 36: “con el fin de salvaguardar los intereses públicos en juego, admite la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”.

respetar los principios procesales y las reglas de fondo<sup>21</sup>, todo ello sin olvidar que la sentencia o laudo arbitral puede ser objeto de un control posterior, vía recurso de anulación, ante el juez<sup>22</sup>.

Por otro lado, también es falso que el juez tenga un mayor respeto por los dineros públicos que el que podría asumir el árbitro, pues el árbitro, al igual que el juez, sujeto a derecho como está, al administrar justicia, determina las responsabilidades y condena a quien corresponda, sea a pagar las sumas debidas, sea a reparar adecuadamente los daños y perjuicios ocasionados, según los casos.

No existe, pues, fundamento de derecho alguno que justifique la supuesta presencia, en el derecho francés u otro, de un pretendido principio general de derecho de exclusión del arbitraje en todo conflicto jurídico en el que esté involucrado el Estado. Se trata tan sólo de la

21 Artículo 618 del Código de Procedimiento Civil: “Los árbitros son de derecho, o arbitradores. Los primeros deben observar el procedimiento legal, y en las sentencias, las disposiciones del Derecho...”.

Artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial: “Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos...Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho”.

22 Artículo 624 del Código de Procedimiento Civil: “Si los árbitros son arbitradores, sus fallos serán inapelables. Si fueren de derecho, serán igualmente inapelables, salvo pacto en contrario que conste en el compromiso, para ante el Tribunal Superior natural o para ante otro Tribunal de arbitramento que hayan constituido las partes con ese fin”.

Artículo 627 “eiusdem”: “La nulidad de que trata el artículo precedente se hará valer por vía de recurso ante el Tribunal que haya publicado el Laudo Arbitral ejecutoriado, dentro de los diez días posteriores a la publicación. El Tribunal procederá a ver el recurso con todas las formalidades legales, dentro de tres días; y, una vez sentenciado, seguirá su curso ante los Tribunales Superiores, caso de interponerse apelación”.

Obviamente, el análisis concordado del artículo 628 “eiusdem” (“Para todos los efectos de este Título, es juez competente en Primera Instancia el que lo fuere para conocer del asunto sometido a arbitramento”) y del artículo 220 del Código Orgánico Tributario (“Son competentes para conocer en Primera Instancia de los procedimientos establecidos en este Código, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario...”), nos permite admitir que nos referimos al Juez Superior de lo Contencioso Tributario.

Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial: “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad”.

asunción, por parte del Legislador, de una política de ejercicio del poder, que tradicionalmente exige que los órganos públicos sólo sean juzgados por órganos públicos. No obstante, se observa que, paradójicamente, los Estados, en general y parcialmente, sólo han ejercido semejante prerrogativa frente al arbitraje interno, ya que no han tenido inconvenientes a la hora de someterse al arbitraje en derecho internacional público, incluso en materias propias del interés u orden público y la soberanía nacional, como lo son los conflictos limítrofes.

Así, vemos que en derecho francés, por una decisión simplemente de derecho positivo y sin basamento dogmático, existe una prohibición general de someter a arbitraje los conflictos internos en los que esté involucrado el Estado, salvo que haya previsión legal en contrario que lo permita. Por tanto, hoy por hoy, en Francia, el contencioso-administrativo de anulación o de la legalidad no puede ser sometido a arbitraje, como en algunos casos lo puede ser el contencioso-administrativo de la responsabilidad o de condena, el contencioso-administrativo de los contratos administrativos y el contencioso-administrativo de las obras públicas<sup>23</sup>.

Sin embargo, a la luz de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos, como el español, el italiano, el alemán y el americano, en general hoy debe aceptarse que la regla o principio radica, en realidad, en el derecho de los sujetos de toda relación jurídica (incluida la eminentemente pública relación tributaria<sup>24</sup>) conflictuada, a utilizar algún modo alternativo de solución de conflictos, siendo la excepción la imposibilidad de hacerlo, cuando haya norma explícita en contrario.

---

23 Jean Robert, *op. cit.*, página 39.

24 José Andrés Octavio, "La Transacción en el Código Orgánico Tributario", p. 29: "...Conceptuamos, con el maestro Dino Jarach, que la potestad tributaria se agota con la promulgación de la norma legal creadora del tributo pero que de allí en adelante las dos partes de la relación jurídica tributaria, o sea el Estado y el sujeto pasivo de la obligación, están en pie de igualdad, sometidas ambas a las pertinentes normas legales. Dicho en los términos utilizados por el citado maestro, la relación jurídica tributaria es de derecho y no de poder, en tanto que éste es característico de la potestad tributaria".



En este orden de ideas, el profesor español Luciano Parejo Alfonso<sup>25</sup> enfáticamente nos dice que “no existe prohibición general y absoluta expresa o implícita al ejercicio pactado o acordado de las potestades administrativas” y, siguiendo con él al autor español J. Tornos Mas<sup>26</sup>, afirma que

lo cierto es lo contrario, es decir, la admisión general de la transacción y el arbitraje, como resulta de los arts. 39 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988 –para la materia hacendística– y 40 y 41 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 15 de abril de 1964.

De esta manera, en el caso español, que nos sirve aquí de modelo (y del cual, como veremos, Venezuela no se aleja mucho), el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, dentro de requisitos formales evidentes que deben ser cumplidos rigurosamente, consagra la procedencia tanto de la transacción judicial o extrajudicial, como del arbitraje, sobre materias vinculadas con los derechos de la hacienda pública.

Pero, en todo caso, siendo de la competencia del Poder Legislativo normar el funcionamiento de las otras ramas del Poder Público y regular la prestación de las funciones estatales en sus ámbitos o manifestaciones infra o sub-legales<sup>27</sup> y de los servicios públicos, como la administración de justicia, es evidente que el Legislador debe reglar la jurisdicción, actividad de rango infra o sub-legal, pudiendo determinar que la misma sea ejercida por los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial (tribunales), por órganos administrativos en fase de revisión de la legalidad de los actos administrativos (recursos administrativos de reconsideración, jerárquico, de queja, de revisión, etc., que concretan el principio de auto-tutela administrativa) o, alternativamente, por personas que no revistan la condición de jueces, sino que sean simples particulares<sup>28</sup>, en

25 “El Artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: el Pacto, Acuerdo, Convenio o Contrato en el Procedimiento Administrativo”, páginas 22 y 23.

26 “El Arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, Tribunal Arbitral de Barcelona, Butlletí, número 6, Barcelona, 1995, páginas 13 y siguientes.

27 En nuestro caso, véanse los Artículos 136, ordinales 23º (administración de justicia) y 24º (procedimientos) y 139 (funcionamiento de las distintas ramas del poder nacional) de la Constitución de la República.

28 Juan Rosa Moreno, op. cit., página 61: “el convenio de las partes es sólo un presupuesto, el poder jurisdiccional del árbitro es independiente de la voluntad de las partes y se produce porque así lo quiere el Estado a través de la ley”.

este último caso, si esa es la voluntad de las partes involucradas en el conflicto jurídico, la Administración Pública y el administrado<sup>29</sup> (arbitraje).

Los autores argentinos Susana Camila Navarrine y Rubén O. Asorey<sup>30</sup>, citados por el autor español Ramón Falcón y Tella<sup>31</sup>, expresan que

El papel excluyente de la justicia ordinaria, como única competente para dirimir cuestiones en que el Estado era parte, dejó de tener exclusividad y relevancia. Por eso también los tribunales arbitrales serán la única respuesta frente a esa evolución. Y en este contexto aparece la materia impositiva como la de mayor riqueza para ser arbitrable.

### **III. EL MITO DEL PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD DEL CRÉDITO TRIBUTARIO Y EL RESPETO CIERTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Establecido como ha quedado que no hay traba conceptual alguna para admitir el arbitraje en derecho público y, particularmente en derecho administrativo y en derecho tributario, en derecho comparado, como se le recibe pacíficamente en otras ramas del derecho interno, conviene ahora constatar que el arbitraje, como institución jurídica, suele estar supeditado en su procedencia a que verse sobre materias susceptibles de transacción, las cuales por naturaleza deben ser controversias disponibles por las partes<sup>32</sup>, lo que ha hecho equivocadamente<sup>33</sup> en nuestro concepto concluir a algunos que, como el crédito tributario (como se supone ocurre con los demás intereses públicos) no sería disponible, los conflictos sobre el mismo no podrían ser transables y, en consecuencia, tampoco arbitrables.

---

29 Emilio Aragonés Beltrán, op. cit., página 149: “El control de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a los Tribunales de Justicia, ... Pero tal control no tiene por qué ser el único y exclusivo, ni por exigencias constitucionales y legales ni por imperativos de la realidad práctica”.

30 “Arbitraje. Jurisdicción Arbitral en Controversias con el Estado. Proceso Arbitral en Cuestiones Tributarias”, La Ley, Buenos Aires, 1992.

31 “El Arbitraje Tributario”, página 257.

32 Artículo 1.714 del Código Civil: “Para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción”.

33 Aunque de manera explicable por razones históricas, propias de los conceptos iuspublicistas imperantes en las épocas en que escribieron.

Afortunadamente, este razonamiento de una lógica impecable pero ideológicamente comprometido con una posición jurídico-política que asume al poder de imperio y sus manifestaciones concretas, como expresión exclusivamente unilateral, cuestionable sólo judicialmente y a posteriori, y subsumido dentro de la perspectiva autoritaria<sup>34</sup> de un régimen de democracia meramente representativa, en mucho, ya ha sido superado. Veamos.

Los exponentes de la tesis clásica, en Venezuela, escribieron sus ideas al respecto bastante tiempo atrás, en las décadas de 1960 y 1970, cuando imperaban aquellos conceptos, antes de la promulgación y entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario (1983). Así, por ejemplo, el tributarista Florencio Contreras Quintero<sup>35</sup>, de gran autoridad para la época, enfatizó en que:

...en una controversia tributaria...o usted, contribuyente, debe o no debe! Si debe, paga; y pagará lo que deba, no más, pero tampoco menos! Y si no debe, pues no paga nada! Y si surge algún contradictorio, pues lo que resuelva la Justicia! Esa es la solución de Derecho, en un régimen de Derecho, en un Estado de Derecho! Esta es la expresión más simple del principio de la legalidad!...

Por su parte, el profesor Gabriel Ruán Santos<sup>36</sup> afirmó lo siguiente:

...el poder de disposición de los órganos de la Administración Pública sobre las materias regidas por el derecho público es sumamente restringido, porque el ejercicio del Poder Público se encuentra encauzado rigurosamente por el principio de legalidad y condicionado por el interés público...sólo podrían admitirse escasas excepciones a este principio de indisponibilidad del ejercicio del Poder Público, en

---

34 Francisco Delgado Piqueras, op. cit., página 37: "la infravaloración del papel de la declaración del privado en la constitución de una relación administrativa no sería sino un prejuicio impuesto por la concepción mayeriana del derecho administrativo como derecho de supremacía especial y su sobreestimación del principio de autoridad".

35 "Disquisiciones Tributarias", páginas 125 y 126.

36 "Comentarios sobre la Aplicabilidad del Instituto de la Transacción a la Actividad de la Administración Pública", páginas 90 y 91.

algunas actuaciones particulares comprendidas dentro de las materias de derecho público. Esto conduce lógicamente a sostener que el instituto de la transacción, así como todos aquellos que presuponen la existencia del poder de disposición en la materia, es por principio inaplicable en ese campo de la actividad pública.

Y, el profesor Allan Randolph Brewer Carías<sup>37</sup>, si bien admitió la transacción, en principio, en materia administrativa<sup>38</sup>, sostuvo que: "...no podría válidamente celebrarse una transacción que implique una renuncia al ejercicio de la competencia tributaria y sancionadora, que es obligatoria para la Administración y de orden público"<sup>39</sup>.

Ese es, entonces, el resumen del postulado clásico, frente al cual, ante todo, debe advertirse que la tal indisponibilidad del crédito tributario, tomada aquí como manifestación concreta de la tradicional indisponibilidad de las potestades de derecho público, si bien existe, debe ser ubicada en su justo sitio, pues ella, al contrario de lo que los autores clásicos definitiva o aparentemente sostuvieron, no es absoluta.

En efecto, el ordenamiento jurídico legal contempla figuras de dispensa, condonación o reducción de la deuda tributaria, representativas de indudables actos de disposición patrimonial, como la remisión legal, la exención, la exoneración, la rebaja de tributos y la declaratoria de incobrabilidad de créditos tributarios (artículos 4, ordinales 2º y 3º, 5, 6, aparte único, 38, ordinales 4º y 5º, 49, 50, 64 y 69 del Código Orgánico

---

37 "Las Transacciones Fiscales y la Indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributarias", páginas 26 y 34.

38 Op. cit., página 3.

39 José Andrés Octavio, op. cit., p. 30: "No compartimos esta interpretación restrictiva del doctor Brewer Carías respecto al artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, pues en nuestro criterio la norma autoriza las transacciones en materia tributaria, y establece sus propias pautas procesales, por lo que su alcance no debe entenderse limitado a aquellos casos previstos en el artículo 49 de dicha Ley. Sin embargo, lo que nos interesa destacar de la opinión de Brewer Carías, porque tiene relevancia frente a la norma del Código Orgánico Tributario, es que admite, con entera razón, que una norma legal puede autorizar la transacción en este campo, tal como él lo acepta con respecto a los casos previstos en el ya citado artículo 49. Por lo tanto, es obvio que esta opinión implica que esa norma, y consecuentemente las disposiciones del Código Tributario que autorizan la transacción, no son violatorias de la Constitución ni del Código Civil".

Tributario<sup>40</sup> y 115<sup>41</sup> de la Ley Orgánica de Régimen Municipal), explicadas en virtud de la necesaria implementación de políticas fiscales de diverso orden, pero que, en líneas generales, son demostrativas del carácter relativo del principio de indisponibilidad del crédito tributario.

Además, esta claro que la Constitución de la República no establece, en dispositivo alguno, este principio de indisponibilidad, sino que ello responde, se insiste, a una interpretación propia de una perspectiva autoritaria del ejercicio del Poder Público.

Por tanto, el Legislador esta debidamente facultado, para prever y regular, mediante ley, entre otros, supuestos como los señalados anteriormente, de manera únicamente enunciativa, de acuerdo a lo que mejor

---

40 Artículo 4 del Código Orgánico Tributario: “Sólo a la ley corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias: ...; 2º Otorgar exenciones y rebajas de impuesto; 3º Autorizar al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales; ...”.

Artículo 5 “eiusdem”: “En materia de exoneraciones, desgravámenes, rebajas y demás beneficios fiscales, la ley determinará los requisitos o condiciones esenciales para su procedencia, a los fines de evitar en lo posible la discrecionalidad del funcionario cuando fueren otorgadas”.

Aparte único del artículo 6 “eiusdem”: “La disposición precedente es también aplicable a las exenciones, exoneraciones y otros beneficios”.

Artículo 38 “eiusdem”: “La obligación tributaria se extingue por los siguientes medios comunes: ... 4º Remisión. 5º Declaratoria de Incobrabilidad...”.

Artículo 49 “eiusdem”: “La obligación de pago de los tributos sólo puede ser condonada o remitida por ley especial. Las demás obligaciones, así como los intereses y las multas, sólo pueden ser condonadas por dicha ley o por resolución administrativa en la forma y condiciones que esa ley establezca”.

Esta disposición fue ejecutada por la Ley de Remisión Tributaria, promulgada el 24 de abril de 1996.

Artículo 50 “eiusdem”: “La Administración Tributaria podrá de oficio declarar incobrables las obligaciones tributarias y sus accesorios y multas conexas...”.

Artículo 64 “eiusdem”: “Exención es la dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, otorgada por la ley.

Exoneración es la dispensa total o parcial de la obligación tributaria, concedida por el Ejecutivo Nacional en los casos autorizados por la ley”.

Artículo 69 “eiusdem”: “Las rebajas de tributos se regirán por las normas de este Capítulo en cuanto les sean aplicables”.

41 Artículo 115 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: “El Municipio no podrá acordar exenciones, exoneraciones o rebajas de impuestos o contribuciones municipales especiales, sino en los casos y con las formalidades previstas en las Ordenanzas”.

convenga al interés público, en virtud del principio de eficacia administrativa, y con respeto al deber constitucional de todos de contribuir con las cargas públicas, atenuado por derechos esenciales también constitucionales, tales como los derechos a la vida, a la salud y a la protección de la familia (que por razones de sobrevivencia justifican, por ejemplo, las exenciones de base y de venta del hogar doméstico, en materia de Impuesto Sobre La Renta), a la propiedad, con la garantía de la no confiscatoriedad, a la libertad económica, a la seguridad jurídica, a la igualdad, a la participación en los procesos públicos de toma de decisiones, etc., y por principios como el de la capacidad económica. De hecho, el parágrafo único del artículo 38 del Código Orgánico Tributario, faculta al Legislador a establecer otros medios de extinción del crédito tributario, distintos del simple pago y los tradicionales de la compensación, la confusión y la prescripción.

Incluso, ahora en el ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, el artículo 150 del Código Orgánico Tributario, aún en presencia evidente de infracción tributaria, permite que el funcionario competente, por razones de política fiscal, disponga de dicha potestad, al establecer, sencillamente y sin posibilidad alguna de control judicial sobre los motivos, una presunción “*iuris et de iure*” según la cual: “Si la resolución a que se refiere el artículo precedente no aplica la sanción y se limita sólo a determinar la obligación tributaria, se entenderá que la Administración Tributaria la consideró improcedente”.

Por ende, los medios alternativos de solución de conflictos, esté o no involucrado el Estado en ellos, y sean o no de naturaleza tributaria, no son contrarios al Texto Fundamental<sup>42</sup>. Muy por el contrario, pueden

---

42 En Dictamen de la Procuraduría General de la República del 6 de julio de 1965 (publicado en la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1965), se admitió la procedencia del llamado “arbitraje administrativo”, así: “La Administración puede someter al criterio de árbitros -arbitradores o de derecho- la resolución de conflictos surgidos entre ella y los particulares, con las limitaciones derivadas de la licitud del objeto y la capacidad de los compromisarios”. Y, para ser consecuente con la tesis clásica de la época, le estableció límites así: “No pueden ser objeto de arbitraje materias como las señaladas en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, y todas aquellas sobre las cuales no cabe transacción, en las que quedan incluidas, entre otras, las especies administrativas concernientes al ejercicio de poderes, dominio público y régimen impositivo en algunos de sus aspectos fundamentales”.



consistir en la única vía posible de acometer y lograr la satisfacción del interés público.

Si efectivamente existiese con carácter absoluto ese principio de indisponibilidad, y el mismo tuviese el pretendido rango constitucional, el Legislador no habría podido válidamente consagrar la transacción del crédito tributario (forma de disposición del mismo), como lo hizo en los artículos 7 y 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional<sup>43</sup> (hoy derogados en el ámbito tributario), en el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (que se transcribirá y comentará más adelante), en el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría

---

Por tanto, está claro que el arbitraje procedía, en criterio de la Procuraduría General de la República (interpretado indirectamente), ya desde 1965, en aspectos no fundamentales del régimen impositivo.

Además, resulta útil resaltar que, en otro Dictamen del 15 de octubre de 1965 (publicado en la misma Doctrina), la Procuraduría General de la República admitió la arbitrabilidad de la materia, al aceptar su transaccionabilidad, así: “La intervención del Procurador General de la República que ordena el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional como uno de los requisitos necesarios para poder convenir, transigir o desistir de cualquier acción o recurso en una causa fiscal puede ser, según el caso, su actuación -personal o por medio de sustituto- o su opinión sobre el mismo”.

Consecuente con lo anterior, en otro Dictamen del 22 de agosto de 1967 (publicado en la Doctrina de la Procuraduría General de la República 1967), la Procuraduría General de la República, en materia de “arbitraje administrativo”, sostuvo que: “La capacidad de la República para comprometer en árbitros no se contradice en ningún precepto legal y antes bien queda afirmada en el artículo 19 del Código Civil”.

43 Artículo 7 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional: “En ninguna causa fiscal se podrá convenir en la demanda, celebrar transacciones, ni desistir de la acción ni de ningún recurso, sin autorización previa del Ejecutivo Nacional dada por escrito y con intervención del Procurador de la Nación”.

Artículo 49 “*eiusdem*”: “Pueden sacarse a remate público o contratarse con particulares, a juicio del Ejecutivo Nacional, las deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores...”

Respecto a dichas deudas, podrá también el Ejecutivo Nacional celebrar arreglos o transacciones con los deudores, así como conceder remisión, rebaja o bonificación de las mismas o de sus intereses, o plazos para su pago, cuando a su juicio fueren conducentes tales concesiones.

No podrán llevarse a efecto cesiones, remisiones, rebajas o transacciones de cualquier género en lo concerniente a este artículo, sino cuando después de consultados el Contralor de la Nación y el Procurador de la Nación, estos funcionarios hayan informado por escrito, indicando la circunstancia de lo que se pretende”.

General de la República<sup>44</sup> y en el artículo 58 del Código Orgánico Tributario (cuyo texto se reproducirá en los párrafos siguientes), dispositivos legales que, por lo demás, aunque no con la frecuencia esperada, ya han sido efectivamente empleados en convenios entre la Administración Tributaria y los contribuyentes<sup>45</sup>.

A la sazón, el artículo 58 del Código Orgánico Tributario, consagrado dentro del Capítulo VI "Transacción", del Título II "Obligación Tributaria", dispone que:

El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República.

La transacción podrá celebrarse sin la opinión del mencionado funcionario, cuando hayan transcurrido tres (3) meses sin haberse recibido su respuesta. No será necesario el pronunciamiento del Consejo de Ministros, cuando el asunto sometido a transacción no exceda de un mil unidades tributarias (1.000 U.T.). El Consejo de Ministros podrá elevar este límite hasta cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.). El contrato de transacción será otorgado en nombre de la República por el Procurador General de la República<sup>46</sup>.

Por tanto, la Administración Tributaria sí goza de facultades dispositivas de la deuda tributaria y de la potestad sancionatoria, aunque ello sea, obviamente, en virtud del principio de legalidad, en los términos en que el Legislador lo establezca<sup>47</sup>.

---

44 Artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: "Cuando el Ejecutivo Nacional resuelva declarar la prescripción de los créditos atrasados a favor de la República, será necesario el dictamen previo de la Contraloría. Igual requisito deberá cumplirse en los casos de remisión total o parcial de dichos créditos, cesiones, concesión de prórrogas para su pago o celebración de cualquier transacción relacionada con los mismos y con los intereses que hayan devengado".

45 Se recuerdan las transacciones de los viejos reparos petroleros y los más recientes convenios de transacción entre la Procuraduría General de la República y las embotelladoras.

46 Similar régimen legal está previsto en el artículo 76, ordinal 12º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, para la tributación local.

47 El mismo profesor Gabriel Ruán Santos, op. cit., página 95, admite que "es menester reconocer la transigibilidad de ciertas materias, incluso de derecho público, por expresa autorización de la Ley".

Igualmente, resulta útil al razonamiento admitir que, si bien la Constitución de la República no prohíbe el uso de mecanismos convencionales y alternativos de solución de conflictos, es lo cierto que más bien sugiere implícitamente su empleo, a través de la consagración de principios generales de derecho tales como los de seguridad jurídica, de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones y de eficacia administrativa<sup>48</sup>, aunados al derecho a la tutela judicial efectiva y al fin estatal de consecución de la paz social, el bienestar colectivo y la convivencia pacífica.

Además, lo que sí expresamente exige el Constituyente es que la Administración Pública actúe conforme al principio de legalidad (o mejor, principio de juridicidad o de conformidad a derecho)<sup>49</sup>. Es decir, que la actividad administrativa puede desarrollarse sólo con arreglo a los procedimientos fijados por la ley<sup>50</sup>, lo cual nos conduce a aceptar que la ley puede determinar medios concordados alternativos, como, entre otros, los conciliatorios, los transaccionales y los arbitrales.

Aquí resulta interesante resaltar que los autores clásicos contrapusieron el principio de legalidad, a la posibilidad de establecer convenios entre la Administración Pública y los administrados, para concluir en su improcedencia. Pero, si lo que persigue ese principio es que el Poder Público actúe conforme a derecho, apegado a la ley, y acontece que un texto de rango legal faculta a la Administración Pública para actuar consensuada o concertadamente, incluso en el campo del derecho público<sup>51</sup>, como es el caso de las materias administrativa y tributaria, es evidente que las vías conciliatorias, transaccionales o arbitrales, previstas

48 María Luisa González-Cuéllar Serrano, op. cit., páginas 97 y 98 y 176 y 177.

49 Artículo 117 de la Constitución de la República: "La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio".

Artículo 193 "eiusdem": "...La ley orgánica determinará el número y organización de los Ministros y su respectiva competencia...".

50 Es competencia del Poder Nacional legislar sobre los procedimientos. Artículo 136, ordinal 24º de la Constitución de la República.

51 José María Roca Martínez, "Arbitraje e Instituciones Arbitrales", página 84: el arbitraje es de Derecho Público cuando una de las partes es una persona de Derecho Público, encontrándose en una situación de supremacía, siendo las cuestiones litigiosas sometidas a la decisión de los árbitros de Derecho Público, porque afecten intereses públicos.

en la ley, no significarían violación alguna, sino todo lo contrario, la más irrestricta sumisión al principio de legalidad<sup>52</sup>.

De ese modo, el acuerdo sobre un arbitraje para la determinación definitiva de un tributo y hasta, llegado el momento de desarrollar ese concepto jurídico filosófico, para el control de la legalidad de la actividad administrativa tributaria, sería conforme a derecho, y se respetaría el principio de legalidad tratándose de árbitros de derecho<sup>53</sup> (únicos que en nuestro concepto podrían actuar en esta materia tributaria). Es más, la recaudación no sería menor a la que generaría un acto realmente unilateral, sometido exclusivamente al control del juez, pero sí podría ser más rápida y menos costosa. ¿Dónde se aseguraría más la tutela del interés público... del orden público? Evidentemente, a través de la jurisdicción arbitral.

Ahora bien, hablando de interés público, debe recordarse que los autores clásicos tomaron el artículo 6 del Código Civil, que consagra la imposibilidad de celebrar convenios contrarios al orden público, como justificación explicativa del argumento de supuesta ilicitud de las transacciones tributarias, por violación del principio de indisponibilidad del crédito tributario, ya analizado. No obstante, nos parece que siendo el Legislador quien define, por antonomasia, el interés público y el orden público nacional, en ausencia de norma constitucional restrictiva al respecto, nada le impide que regule procedimientos contentivos de medios alternativos para la solución de conflictos administrativos, frente a los cuales no podría alegarse la aplicación en contrario de dicho artículo 6 del Código Civil.

---

52 José María Roca Martínez, op. cit., página 165: "Por lo que se refiere al arbitraje de derecho, se ha dicho, con acierto, que fallar con arreglo a derecho significa fallar con arreglo al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, y como la Constitución es la norma suprema de éste, los árbitros deben fallar en conformidad a la Constitución".

53 Los autores clásicos emplearon argumentos que no tienen real asidero jurídico, sino meramente ideológico, en nuestro concepto, como el de que "es absolutamente inadmisibles la posibilidad de transacción por lo que respecta a la validez o invalidez de un acto administrativo, porque sólo corresponde a los órganos competentes del Poder Público la revisión de la legalidad de los actos emanados de la autoridad" (Gabriel Ruán Santos, op. cit., página 93). Opinamos que, éticamente (con independencia de los alegatos jurídicos que ya han sido expresados en este trabajo), tal argumentación sólo podría sostenerse frente a un Poder Judicial eficiente y expedito, que hiciese una realidad el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, el verdadero alcance de este principio de indisponibilidad del crédito tributario<sup>54</sup> se circunscribiría únicamente a la prohibición de disponer de dicho crédito tributario, en cabeza de la Administración Tributaria, salvo previsión legal en contrario.

El autor español Ramón Falcón y Tella<sup>55</sup> señala que “la indisponibilidad del crédito tributario no impide a la Administración someterse a arbitraje, sino que únicamente exige que sea el legislador el que defina con suficiente precisión los supuestos y el alcance de este mecanismo de solución de conflictos”.

#### **IV. LA REALIDAD DE LA ACTUACIÓN CONVENCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN**

Es de poner de relieve que la Administración Pública y particularmente la Ambiental<sup>56</sup> y la Tributaria, en todos los países y Venezuela no es la excepción, goza de una amplia y cierta potestad negociadora “informal”<sup>57</sup>, pero no por ello menos efectiva o carente de contenido real.

---

54 José Andrés Octavio, op. cit., p. 29: En una variante de nuestro discurso, pero conclusiva en los términos fundamentales, el doctor Octavio afirma que: “Estamos enteramente de acuerdo con la tesis según la cual la obligación tributaria es indisponible, pero tal como lo hemos indicado en los párrafos inmediatamente anteriores, la transacción prevista en el Código no implica un acto de disposición del crédito tributario, sino que es una especie de procedimiento determinativo extraordinario, que frente a la discrepancia sobre elementos de hecho que ha dado lugar a la controversia, autoriza a fijar esos elementos por acuerdo transaccional, a fin de determinar sobre ellos la obligación tributaria...”.

55 Op. cit., páginas 259 y 260.

56 Como ocurre con los procedimientos de adecuación, constitutivos de verdaderos procesos convencionales de oferta-aceptación (actividad convencional particularmente dirigida a excluir la represión penal y la administrativa) y los convenios de internalización del costo ambiental, previstos en el Decreto N° 638 del 26 de abril de 1995 (“Normas sobre calidad del aire y control de la contaminación atmosférica”), en el Decreto N° 883 del 11 de octubre de 1995 (“Normas para la clasificación y el control de la calidad de los cuerpos de agua y vertidos o efluentes líquidos”) y en el Decreto N° 2.635 del 22 de julio de 1998 (“Normas para el control de la recuperación de materiales peligrosos y el manejo de desechos peligrosos”).

57 Antonia Agulló Agüero, “La Introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992”, página 187: “Partiendo de que el procedimiento es una garantía, se trata de incluir en el procedimiento las negociaciones que hoy día se producen al margen del mismo”.

De este modo, concretándonos al aspecto tributario, se observa que

“...en el actual proceso de gestión de los tributos la Inspección goza, de hecho y de derecho, ya que a la propuesta de la inspección puede responder la conformidad del contribuyente, de un amplio margen para hacer propuestas de liquidación a los contribuyentes que si son aceptadas por éstos, en ocasiones, pueden variar en sus términos y no ir acompañadas de sanción y que, si no son aceptadas por éstos, sí pueden ir acompañadas de sanción”<sup>58</sup>.

Estos pactos, acuerdos o convenios, de contenido compositivo o auto-compositivo, transaccional o arbitral, en cualquier circunstancia, tratándose de contratos donde el consentimiento no está viciado<sup>59</sup>, ni son ilícitos sus objetos<sup>60</sup> ni sus causas<sup>61</sup>, están amparados por el conocido principio “pacta sunt servanda”, como lo ha admitido el Tribunal Financiero Federal de Alemania, por lo que gozan de eficacia vinculante en función del principio general de derecho de buena fe<sup>62</sup> o de confianza legítima, que por lo demás exige que las obligaciones sean cumplidas tal cual

---

Francisco Delgado Piqueras, op. cit., página 156: “parece a todas luces conveniente hacer emerger la contractualidad administrativa oficiosa a la superficie de la realidad jurídica, hacerla transparente y legítima”; páginas 165 y 166: la procedimentalización de la contractualidad administrativa y ... la contractualización del procedimiento administrativo”.

- 58 José Juan Ferreiro Lapatza, “Arbitraje sobre Relaciones Tributarias”, página 264.  
59 Artículos 1.146 al 1.154 del Código Civil.  
60 Artículo 1.155 del Código Civil: “El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable”.  
61 Artículo 1.157 del Código Civil: “La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público”.  
62 Francisco Delgado Piqueras, op. cit., página 36: “el valor vinculante de este acuerdo vendría del principio “pacta sunt servanda” y no requeriría de una norma habilitante”. Roman Seer, “Contratos, Transacciones y otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán”, página 148.  
Artículo 1.160 del Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”.

como hayan sido contraídas<sup>63</sup>, por supuesto, sin desmedro del interés o del orden público<sup>64</sup>.

Indudablemente, resulta un doble discurso contradictorio, incoherente e incongruente que, por un lado, se hable del pretendido imperio absoluto del principio de indisponibilidad del crédito tributario, por la Administración Tributaria, como impedimento de la transacción y del arbitraje, y que, por el otro lado, se permita que los funcionarios fiscales actuantes puedan hacer propuestas sobre los términos de las liquidaciones tributarias, entrando abiertamente en negociaciones sobre los contenidos y montos de la deuda tributaria y sus accesorios, con los contribuyentes<sup>65</sup>, incluso con apoyo legal, como ocurre indirecta o implícitamente (y a la práctica administrativa nos remitimos) con el artículo 145<sup>66</sup> del Código

63 Artículo 1.264 del Código Civil: "Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención".

64 Jesús González Pérez, "El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", página 69: "La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa...".

65 Juan Zornoza Pérez, op. cit., página 166: "Se trata pues, únicamente, de abrir una línea de reflexión...que permita explicar en términos jurídicos el funcionamiento de nuestro sistema tributario real, que en absoluto es ajeno a los pactos, convenios o acuerdos de voluntades; rompiendo así con esa especie de "hipocresía tributaria" en que nos hemos instalado frente a un fenómeno que el derecho positivo no reconoce, la doctrina crítica y la realidad muestra como práctica cotidiana".

Giuliani Fonrouge, "Derecho Financiero", página 501: califica como "determinación mixta" la "acción coordinada del fisco y del contribuyente", para la fijación del crédito tributario.

66 Artículo 145 del Código Orgánico Tributario: "En el Acta que se levante se deberá emplazar al contribuyente o responsable para que proceda a presentar la declaración omitida o rectificar la presentada, y pagar el impuesto resultante, con actualización monetaria e intereses compensatorios, y la multa correspondiente al diez por ciento (10%) del tributo omitido, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada dicha Acta".

Orgánico Tributario, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 149<sup>67</sup> “eiusdem”, y el levantamiento y eventual allanamiento, por parte del contribuyente, al contenido de las Actas Fiscales.

Se sostiene que el arbitraje, como idénticamente otras figuras alternativas de solución de conflictos, como la transacción, no debe versar sobre hechos suficientemente descubiertos, comprobados y establecidos por la Administración Tributaria o sobre cuestiones jurídicas donde haya certeza, por razones obvias, ligadas al hecho de que no habría allí debate o contestación alguna.

Pero, también se afirma, y esa es la justificación de la conceptualización de la denominada administración concertada o consensuada en la materia, que el contribuyente, así como debe poder negociar una transacción, debe siempre tener derecho a una solución arbitral cuando exista incertidumbre sobre los hechos, y no sea posible, en ejecución del principio de investigación de la verdad real y del principio de oficialidad que ilustran nuestro procedimiento administrativo<sup>68</sup>, precisarlos o resulte desproporcionadamente costoso o largo hacerlo; cuando se aplique una presunción; cuando se emplee un concepto jurídico indeterminado; y, cuando se utilice la estimación indirecta<sup>69</sup> o determinación sobre base presuntiva.

Ahora bien, estando dispuesto que la transacción es posible sólo sobre los hechos, como lo indica el artículo 57 del Código Orgánico Tributario (“La transacción judicial<sup>70</sup> es admisible en cuanto a la

---

67 Párrafo segundo del artículo 149 del Código Orgánico Tributario: “En los casos que el contribuyente o responsable admite en forma expresa el contenido del Acta, no se abrirá el sumario. En este caso la Administración emitirá inmediatamente la resolución correspondiente”.

68 Artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: “La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites”.

Artículo 112 del Código Orgánico Tributario: “La Administración Tributaria dispondrá de amplias facultades de fiscalización e investigación de todo lo relativo a la aplicación de las leyes tributarias...”.

69 José Juan Ferreiro Lapatza, op. cit., página 265.

70 Siendo judicial el único supuesto de transacción que regula el Código Orgánico Tributario, es evidente que sólo puede servir para terminar un litigio pendiente, en los términos del Artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, y no para precaver,



determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable”), veamos qué ocurre si la incertidumbre recae sobre el derecho, caso en el cual, aunque mediando un razonamiento complementario, tendría que proceder la transacción y, por ello, el arbitraje.

Así, es verdad que el referido artículo 57 del Código Orgánico Tributario limita la posibilidad de transigir a las cuestiones fácticas, dejando de lado, al menos en apariencia, a las cuestiones jurídicas, pues las cuestiones de hecho y las de derecho presentan una interdependencia que

se manifiesta claramente en el problema de la valoración de los hechos tributarios, donde la fijación de los hechos y la aplicación del derecho se entremezclan y transforman el uno en el otro de forma incontingente<sup>71</sup>. Además, “todo acuerdo sobre hechos relevantes para la imposición influye en la cuantía de la obligación tributaria, por lo que la negociación sobre el tratamiento de un hecho representa necesariamente un acuerdo parcial sobre el crédito tributario<sup>72</sup>.”

Efectivamente, la incertidumbre que puede legítimamente derivarse tanto del ejercicio de potestades discrecionales, como del avalúo de bienes

---

al menos formalmente, un litigio eventual, por lo que la transacción tributaria tiene un radio de acción más reducido al contemplado en el Artículo 1.713 del Código Civil.

71 Roman Seer, op. cit., página 143.

María Luisa González-Cuéllar Serrano, op. cit., páginas 78 y 79: “...La mayoría de ejemplos a este respecto se encuentran en los problemas de calificación de los hechos en orden a su inserción en el presupuesto de hecho del tributo y en las valoraciones de los bienes objeto de la obligación fiscal. Desde el primer punto de vista, la elaboración legislativa del hecho imponible manifiesta en muchas ocasiones una gran vaguedad en los términos, que requiere un proceso de calificación de los concretos hechos...Por lo que se refiere a la valoración de los elementos configuradores de la base imponible, es, sin duda, el ámbito donde se plantean más incertidumbres, como consecuencia del grado de indeterminación con que son definidas...”.

María Luisa González-Cuéllar Serrano, op. cit., página 123: “...la dificultad de diferenciar entre las cuestiones de hecho y las de derecho es todavía mayor en el ámbito tributario, dentro del cual se muestra claramente en la valoración de los hechos imponibles donde la fijación de los hechos y la aplicación del Derecho se entremezclan. Este es el caso de los gastos deducibles, respecto a los cuales constituye una cuestión fáctica su existencia o su cotización y una cuestión jurídica su consideración como partida deducible”.

72 Roman Seer, op. cit., página 152.

y de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>73</sup> (como los de “normalidad” y “necesidad” del gasto, “artículos menudos de uso doméstico”, “consumidor final”, “valor de mercado”, etc.), comunes en nuestras normas legales tributarias, es susceptible de poner en peligro la integridad de principios esenciales, de raigambre constitucional, como el de la seguridad jurídica, el de la certeza tributaria y el de igualdad,

que afectan por igual al acreedor y al deudor del tributo, no habiendo, a estos efectos, razón suficiente para que sea el acreedor el que despeje unilateralmente dicha incertidumbre en lugar de hacerlo conjuntamente con el deudor a través de un negocio de fijación<sup>74</sup>

o en ejecución de un laudo arbitral.

Lo anterior se refuerza cuando se toma en cuenta que los artículos 6 y 7 del Código Orgánico Tributario admiten que las normas tributarias sean interpretadas con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos, y emplearse la analogía.

Claro que podría someterse el asunto al juez, pero, en ese caso, se comprometería gravemente el disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva, así como el principio de eficacia administrativa, ambos de raigambre constitucional.

## **V. REGULACIÓN LEGAL DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA**

De todo cuanto precede, hemos concluido en la posibilidad conceptual del arbitraje en derecho público, siempre que exista previsión legal al efecto.

---

73 Carmen Botella García-Lastra, “La Finalización Convencional de los Procedimientos Tributarios y otras Técnicas Transaccionales para la Resolución de Conflictos”, página 202: “...tanto en el procedimiento de determinación de la base imponible, como en el de comprobación de valores por la Administración, se utilizan, con frecuencia, conceptos jurídicos indeterminados, no definidos con absoluta precisión en las leyes y que encierran un cierto grado de relatividad, puesto que no pueden ser definidos con absoluta certeza y, en muchos casos, pueden ser objeto de criterios diversos”.

74 Juan Ramallo Massanet, “La Eficacia de la Voluntad de las Partes en las Obligaciones Tributarias”, página 245.

Lo anterior no es de extrañar, ni significa una especificidad del derecho administrativo y con él del derecho tributario, puesto que, en cualquier materia o rama jurídica, para privar al juez de su jurisdicción, es decir, para excluir la jurisdicción estatal, debe haber norma legal que lo establezca. El arbitraje debe ser una institución de fuente legal (aunque se concrete en un acuerdo de voluntades entre las partes en conflicto).

Además, en nuestra materia y para salvaguardar el principio de legalidad, no debe existir norma legal alguna que prohíba el uso del arbitraje.

Con estas premisas, analicemos la legislación venezolana en este particular.

Ante todo, debemos poner de relieve que la ley adjetiva general es supletoriamente aplicable al ámbito público, por disposición expresa y concordante del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala que: “Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte”, y del artículo 223 del Código Orgánico Tributario, que establece que: “En lo no previsto en este Título (se alude al Título V, “Procedimientos Contenciosos”), y en cuanto sea aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”<sup>75</sup>.

Ahora bien, siendo conceptualmente aplicable el arbitraje en la materia de estudio, tenemos que la regulación genérica sobre la institución arbitral, contenida en el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, permite que se sometan a arbitraje todas las controversias, con excepción sólo de aquellas sobre estado, divorcio o separación de los cónyuges o en las que no quepa transacción. Veamos:

---

75 Allan Brewer Carías, “Los Principios de Legalidad y Eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina”, página 44, destaca que el principio de informalismo y el principio de flexibilización de la acción administrativa se opondrían a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil. No obstante, pensamos que, precisamente por ese carácter informal y flexible del procedimiento administrativo, es que se justificaría la aplicabilidad de los medios alternativos de solución de conflictos que prevé dicho Código. De lo contrario, donde encontramos un espíritu realmente formalista y rígido, es en la idea de la exclusión de la ley general adjetiva, para insistir en procedimientos ineficaces sin posibilidades de vías alternativas.

Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción.

Si estuvieren ya en juicio, el compromiso se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento. Si no estuvieren en juicio, las partes establecerán el compromiso arbitral por instrumento auténtico, en el cual conste todo cuanto expresa este Artículo.

En todo caso de compromiso, la aceptación de los árbitros y la constitución del Tribunal arbitral se hará ante el Juez que se menciona en el Artículo 628.

Concretándonos a la materia tributaria, obviamente ésta no se encuentra exceptuada de la aplicación de esta institución procesal, toda vez que, como ha quedado aquí previamente demostrado, el crédito tributario puede someterse a transacción, precisamente por ser disponible, en los términos de ley (nos referimos en concreto a los ya comentados artículos 57 y 58 del Código Orgánico Tributario).

Por otro lado, y si aún pudiese quedar alguna duda al respecto, es el caso que nuestro derecho positivo es explícito en el punto, al prever que quienes están llamados a ejercer la representación legal del Fisco Nacional, están legalmente autorizados para comprometer en árbitros, en las condiciones determinadas por la ley y sin exclusión de la materia tributaria. En efecto, el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República dispone que: “Los funcionarios a que se refiere el artículo 41 de esta Ley (se alude al Procurador General de la República, los Directores, Adjuntos y Auxiliares) no podrán convenir, desistir, transigir ni comprometer en árbitros, sin la previa autorización por escrito del órgano competente del Ejecutivo Nacional”. Obviamente, cumplidas tales formalidades, se puede comprometer en árbitros los conflictos vinculados con la relación jurídica tributaria.

Ahora bien, a la luz de las nociones anteriormente analizadas y si la regulación en este campo se limitara a la citada norma del artículo 41 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con los dispositivos de los artículos 608 y siguientes del

Código de Procedimiento Civil, tendríamos que admitir dos premisas en derecho tributario, a saber: que la institución arbitral sería siempre procedente; y, que habría de ser siempre de derecho.

No obstante, al menos con tal amplitud, desgraciadamente esta no es la situación actual. Pero ello no debe imputarse a razones conceptuales jurídicas, sino a posturas de orientación política o filosófica ya revisadas, que determinaron que el Legislador asumiera, aunque afortunadamente de manera parcial, las comentadas ideas de los autores clásicos.

Así, los mencionados dispositivos de los artículos 7 y 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en su tiempo, y ahora del artículo 57 del Código Orgánico Tributario, al consagrar limitaciones al empleo de la figura de la transacción impositiva (sólo en fase judicial y únicamente sobre los hechos), redujeron significativamente el radio de acción del arbitraje en derecho tributario, dada la dependencia vista en su regulación legal, entre ambas instituciones.

En este orden de ideas, y por razones que estimamos evidentes, consideramos que podría válidamente sostenerse la inconstitucionalidad parcial del artículo 57 del Código Orgánico Tributario, por entorpecer y menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues, al no poderse emplear la transacción para cuestiones jurídicas, no sería procedente un arbitraje sobre el control de legalidad de los actos administrativos liquidatorios, lo cual no está prohibido por la Constitución.

Así, el contribuyente o responsable (administrado) podría verse preso de la necesidad de esperar, indefinidamente, por un pronunciamiento judicial sobre la impugnación del acto administrativo cuya legalidad haya sido por él cuestionada, viendo gravemente afectado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, agravado ello por no poder acudir, en esa fase y por ese motivo (cuestión de derecho: control de legalidad), a un medio alternativo de solución de conflictos.

Por supuesto, todo esto es sin perjuicio de la posibilidad de arbitrar las cuestiones fácticas, aunque con sus estrechas vinculaciones con los aspectos jurídicos, por poderse someter a transacción, sobre lo cual no puede haber dudas.

Llegados a este punto, refirámonos ahora a la nueva Ley de Arbitraje Comercial. El encabezamiento del artículo 3 de esta Ley expr esa que:

“Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”.

Con este dispositivo, aisladamente considerado, podría válidamente sostenerse que el razonamiento anterior, sobre la procedencia parcial del arbitraje en materia tributaria, no sufriría modificación alguna, a raíz de la entrada en vigencia de este texto legal, por razones obvias.

No obstante, debe tenerse presente que este conjunto normativo no está llamado a regular el arbitraje en controversias vinculadas con el derecho público. Ello se desprende de dos factores. El primero es el nombre de la Ley (“de Arbitraje Comercial”), y el segundo es el contenido mandatorio de su artículo 1: “Esta Ley se aplicará al arbitraje comercial”.

En este sentido, en nuestro concepto resulta totalmente superfluo que el artículo 3, literal b, “eiusdem” disponga que:

“Quedan exceptuadas las controversias: ...

b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; ...”.

Efectivamente, esta previsión no añade nada distinto al texto legal que, estando destinado al arbitraje exclusivamente comercial, según su nombre y artículo 1, no puede ser aplicable a asuntos de derecho público, desprovistos de todo aspecto comercial. Tanto es así, que la eliminación de esta excepción no traería como consecuencia la sumisión de tales asuntos al imperio de esta Ley.

## **VI. CONCLUSIÓN**

### ***Procedencia de los medios alternativos de solución de conflictos, en el futuro, en el derecho público.***

En primer lugar, es menester proceder a una aplicación normal, sistemática, cotidiana y eficaz del artículo 44 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que consagra expresamente la procedencia de la conciliación, de la transacción y del arbitraje en todo el ámbito del derecho administrativo general, pudiendo pensarse en una reforma legal que atenúe lo gravoso de los requisitos formales que allí se exigen.

En segundo lugar, en cuanto concierne específicamente al campo tributario, se requiere una intervención legislativa que elimine el carácter restringido de la transacción en su actual regulación legal, extendiéndola al ámbito extrajudicial<sup>76</sup> y a los aspectos o cuestiones de derecho, para que, con la supletoria aplicación de los dispositivos pertinentes del Código de Procedimiento Civil, sea realidad un arbitraje (y con ello también una transacción) pleno en derecho tributario. Evidentemente, podría encararse una reforma legal más amplia, que previese un arbitraje especial en este campo, ajustado a sus requerimientos prácticos y especificidades teóricas. Pero, por lo pronto, consideramos que bastaría ese sencillo, pero trascendente y oportuno, retoque del artículo 57 del Código Orgánico Tributario.

Dichas aplicaciones o intervenciones legislativas se cimentarían sobre las siguientes bases.

La institución arbitral es conceptualmente posible en derecho público y especialmente administrativo y tributario, como ha quedado aquí demostrado. No existe, en nuestro régimen constitucional, una prohibición absoluta para transigir.

Además, su presupuesto fáctico, como medio alternativo de solución de conflictos, está presente. Un Poder Judicial, encarnado en algunos pocos Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo o de lo Contencioso Tributario, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que, según los casos, conocen en primera o única instancia o como tribunales de alzada, completamente saturado, en donde las decisiones definitivas suelen medirse en años.

Por otro lado, específicamente en la materia tributaria, ciertamente, la interposición de recurso contencioso tributario, como la del recurso jerárquico, aparejan la suspensión automática de efectos del acto administrativo liquidatorio impugnado<sup>77</sup>. Pero, muchas veces, ello no

---

76 Cabe destacar que el Código Tributario Modelo para América Latina de O.E.A.-B.I.D., no establece esa limitación al ámbito judicial.

77 Artículo 173 del Código Orgánico Tributario: "La interposición del Recurso suspende la ejecución del acto recurrido". (Jerárquico).

Artículo 189 "eiusdem": "La interposición del Recurso suspende la ejecución del acto recurrido". (Contencioso tributario).

basta como garantía de la tutela judicial efectiva. No se obtienen las solvencias ni otras constancias; deben ejercerse amparos tributarios y hasta amparos constitucionales; se reproducen y multiplican los mismos motivos de reparo, ejercicio fiscal tras ejercicio fiscal, atiborrándose a los tribunales y produciéndose el dispendio de la actividad judicial, etc. Esta situación no hace más que agravarse en el campo administrativo general, donde ni siquiera hay suspensión automática de efectos de los actos administrativos impugnados, por efecto del ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad o de los recursos administrativos (de reconsideración o jerárquico).

Además, se hace peligrar o se afecta efectivamente el interés público, puesto que, en la materia tributaria, la recaudación impositiva se difiere indefinidamente en el tiempo, sin que la actualización monetaria, vigente apenas desde 1994, sea un aliciente serio y siempre satisfactorio. Por su parte en el campo administrativo general, si bien es cierto que los actos administrativos, en principio, se ejecutan a pesar de haber sido impugnados, ello no quiere decir que se haya satisfecho el interés público, puesto que ocurre que llegada la toma de la decisión, judicial o administrativa, si es anulatoria o revocatoria, precisamente por encontrar al acto objetado como contrario a derecho, se comprometerá la responsabilidad patrimonial de la persona pública, dando cabida a nuevos procedimientos y procesos, causando un mayor dispendio de actividad administrativa y judicial, indefectiblemente reñido con el interés público.

En este escenario presente y que, si no hay cambios normativos como los aquí sugeridos, se agravará en el futuro, la jurisdicción arbitral podría asegurar el clamor de justicia (tanto del administrado como de la Administración Pública) con rapidez y eficacia, controlando la legalidad de los actos administrativos en general y particularmente de los liquidatorios, a través únicamente de árbitros de derecho, y propendiendo a una satisfacción más apropiada del interés público y, en concreto, a una actividad administrativa (por ejemplo, la recaudatoria) más ajustada a la ley, oportuna y consentida, legal y legítima. Asimismo, los árbitros dispondrían de un poder cautelar general e innominado que, entre otras cosas, les permitiría suspender los efectos de los actos administrativos impugnados.



En definitiva, se satisfaría el disfrute cierto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y se privilegiaría el principio, también constitucional, de eficacia administrativa<sup>78</sup>.

Concluamos, con el autor español Ramón Falcón y Tella<sup>79</sup>, en que

Nada se opone a que este tipo de soluciones, más ágiles que las judiciales, se vaya extendiendo progresivamente, lo que contribuiría a reducir la litigiosidad y a descargar a los Tribunales, con el consiguiente beneficio para todos; incluso para el interés recaudatorio al que nada favorece un largo proceso durante el cual la ejecución se encuentra suspendida. El Derecho público no tiene por qué ir a la zaga del privado en estas cuestiones, pues la potenciación de soluciones transaccionales y arbitrales tampoco vulnera las exigencias de la reserva de ley, en la medida en que los árbitros resuelvan en Derecho. Se trata simplemente de un procedimiento distinto al judicial, de una alternativa digna de tenerse en cuenta, que no conduce necesariamente a bases o hechos imposables "alternativos" a los definidos legalmente, siempre que la decisión se adopte en Derecho y no sólo sobre un fundamento de equidad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Agulló Agüero, Antonia, "La Introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 181 a 189.
- Aragonés Beltrán, Emilio, "Resolución de Recursos en el Ámbito Tributario Local: Autocontrol Jurídico y Vía Administrativa Previa", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 249 a 255.

78 Juan Antonio Garde Roca, presentación del libro "Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario", Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, página 14: "Las técnicas convencionales y arbitrales pueden contribuir a potenciar el equilibrio entre las facultades de la Administración Tributaria y los derechos-garantía del ciudadano".

79 Op. cit., página 260.

- Arrieta Martínez De Pisón, Juan, *Las Actas de la Inspección de los Tributos*, Estudios de Derecho Financiero y Tributario, Editorial Civitas, Madrid, 1994, 469 p.
- Arrieta Martínez De Pisón, Juan, "Finalización Convencional del Procedimiento Tributario", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 191 a 198.
- Botella García-Lastra, Carmen, "La Finalización Convencional de los Procedimientos Tributarios y Otras Técnicas Transaccionales para la Resolución de Conflictos", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 199 a 209.
- Brewer-Carías, Allan-Randolph, "Las Transacciones Fiscales y la Indisponibilidad de la Potestad y Competencia Tributarias", *Revista de Derecho Tributario*, Nº 18, Caracas, 1967, pp. 1 a 36.
- Brewer-Carías, Allan-Randolph, "Los Principios de Legalidad y Eficacia en las Leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina", Compilación de ponencias de las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías": "La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo", Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, noviembre 1998, pp. 19 a 90.
- Contreras Quintero, Florencio, *Disquisiciones Tributarias*, Colección Justitia et Jus, Nº 19, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Mérida, 1969, 341 p.
- Delgado Piqueras, Francisco, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, 226 p.
- Falcón y Tella, Ramón, "El Arbitraje Tributario", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 257 a 261.
- Ferreiro Lapatza, José Juan, "Arbitraje sobre Relaciones Tributarias", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 263 a 265.

En definitiva, se satisfaría el disfrute cierto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y se privilegiaría el principio, también constitucional, de eficacia administrativa<sup>78</sup>.

Concluamos, con el autor español Ramón Falcón y Tella<sup>79</sup>, en que

Nada se opone a que este tipo de soluciones, más ágiles que las judiciales, se vaya extendiendo progresivamente, lo que contribuiría a reducir la litigiosidad y a descargar a los Tribunales, con el consiguiente beneficio para todos; incluso para el interés recaudatorio al que nada favorece un largo proceso durante el cual la ejecución se encuentra suspendida. El Derecho público no tiene por qué ir a la zaga del privado en estas cuestiones, pues la potenciación de soluciones transaccionales y arbitrales tampoco vulnera las exigencias de la reserva de ley, en la medida en que los árbitros resuelvan en Derecho. Se trata simplemente de un procedimiento distinto al judicial, de una alternativa digna de tenerse en cuenta, que no conduce necesariamente a bases o hechos imponibles "alternativos" a los definidos legalmente, siempre que la decisión se adopte en Derecho y no sólo sobre un fundamento de equidad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Agulló Agüero, Antonia, "La Introducción en el Derecho Tributario Español de las Fórmulas Convencionales Previstas en la Ley 30/1992", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 181 a 189.

Aragonés Beltrán, Emilio, "Resolución de Recursos en el Ámbito Tributario Local: Autocontrol Jurídico y Vía Administrativa Previa", en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 249 a 255.

---

78 Juan Antonio Garde Roca, presentación del libro "Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario", Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, página 14: "Las técnicas convencionales y arbitrales pueden contribuir a potenciar el equilibrio entre las facultades de la Administración Tributaria y los derechos-garantía del ciudadano".

79 Op. cit., página 260.

- Règlement de Litiges”, N° 1/1997, Paris, Janvier 1997, pp. 48 a 53.
- Martínez Hornero, Javier, “La Terminación Convencional en el Procedimiento de Inspección de los Tributos”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 211 a 218.
- Moschetti, Francesco, “Las Posibilidades de Acuerdo entre la Administración Financiera y el Contribuyente en el Ordenamiento Italiano”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 117 a 131.
- Niño Villamar, Carlos, “La Finalización Convencional de los Procedimientos Administrativos desde la Perspectiva del Ciudadano”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 87 a 95.
- Octavio, José Andrés, “La Transacción en el Código Orgánico Tributario”, *Revista de Control Fiscal* N° 111, Contraloría General de la República, Caracas, 1983, pp. 21 a 31.
- Parejo Alfonso, Luciano, “El Artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre: el Pacto, Acuerdo, Convenio o Contrato en el Procedimiento Administrativo”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 21 a 76.
- Ramallo Massanet, Juan, “La Eficacia de la Voluntad de las Partes en las Obligaciones Tributarias”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 219 a 245.
- Richer, Laurent, “Les Modes Alternatifs de Règlement de Litiges et le Droit Administratif”, AJDA, L'Actualité Juridique Droit Administratif “Modes Alternatifs de Règlement de Litiges”, N° 1/1997, Paris, Janvier 1997, pp. 3 a 9.
- Robert, Jean, “Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé”, Quatrième Édition, Librairie Dalloz, Paris, 1967, 660 p.

- Roca Martínez, José María, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, 257 p.
- Rosa Moreno, Juan, *El Arbitraje Administrativo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, 138 p.
- Ruán Santos, Gabriel, “Comentarios sobre la Aplicabilidad del Instituto de la Transacción a la Actividad de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Público* Nº 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 89 a 98.
- Sánchez Morón, Miguel, “La Terminación Convencional de los Procedimientos Administrativos”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 77 a 85.
- Seer, Roman, “Contratos, Transacciones y Otros Acuerdos en Derecho Tributario Alemán”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 133 a 159.
- Zornoza Pérez, Juan, “¿Qué Podemos Aprender de las Experiencias Comparadas? Admisibilidad de los Convenios, Acuerdos y Otras Técnicas Transaccionales en el Derecho Tributario Español”, en *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 161 a 178.

# Vías generales de telecomunicaciones en el sector eléctrico

Mariela Blanco-Uribe \*

- I.- El derecho de uso de las vías generales de telecomunicaciones poseídas o detentadas por las empresas eléctricas, por parte de terceras empresas operadoras de telecomunicaciones.
- II.- Trámite y procedimiento para el uso de las vías generales de telecomunicaciones al amparo de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- III.- Vías generales de telecomunicaciones y la Ley del Servicio Eléctrico.
- IV.- El desarrollo de actividades de telecomunicaciones por parte de empresas eléctricas.
- IV.- Conclusiones

## INTRODUCCIÓN

La Ley del Servicio Eléctrico<sup>1</sup>, en consonancia con las actuales tendencias en la legislación comparada y con evidente influencia del derecho comunitario europeo, viene a dar paso en nuestro país a una legislación de avanzada donde también podemos ubicar a la Ley Orgánica

---

\* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, en ejercicio de la profesión Andersen Legal, Caracas, Venezuela.

1 Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.791 del 21 de septiembre de 1999

de Telecomunicaciones<sup>2</sup>, en la cual se superan las antiguas concepciones del servicio público para reconocer aquéllas actividades que si bien de evidente interés social, su prestación corresponde a los particulares actuando dentro del escenario natural de la libre oferta y demanda<sup>3</sup>, por su puesto, bajo las limitaciones propias que impongan las leyes.

Dentro de este enfoque liberalizador, en el cual el Estado se deslastra de su función de gestor o prestador de los servicios y se convierte en verdadero garante de su efectivo desarrollo, en el marco de la Ley del Servicio Eléctrico, las actividades de generación de energía eléctrica y comercialización especializada se abren a la libre competencia con el ánimo de lograr así una “mayor eficiencia del sector y un mayor número de participantes en el mercado mayorista eléctrico” garantizando además los “intereses de los usuarios en cuanto a seguridad, calidad y precio del servicio”, en aquéllas áreas en las cuales se mantiene el monopolio natural, es decir, en las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica<sup>4</sup>.

---

2 Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.970 del 12 de junio de 2000,

3 “Recientemente la Comisión Europea dictó una comunicación con el nombre de *Carta Europea de los Servicios de Interés General*, en la que viene a configurarse un nuevo sistema jurídico de cobertura a la regulación de los llamados monopolios naturales que, en general, constituían los servicios económicos de interés general en todo el ámbito de la Comunidad. La Comisión comienza denunciando la confusión entre el concepto de servicio público y sector público o, si se quiere, entre el aspecto objetivo del servicio público y su aspecto subjetivo de titularidad reservada al Estado que, en la mayoría de los países, y principalmente en los latinos, se estaba produciendo. La Comisión adopta un concepto general de servicio de interés económico general que excluye la posibilidad de su interpretación subjetiva, es decir, que se refiere a actividades comerciales o económicas en las que por existir un monopolio natural en alguna fase de la prestación de las mismas, o porque existe un fuerte interés público en la provisión de determinados bienes caracterizados como de primera necesidad, los Estados tienen que intervenir garantizando la prestación de los mismos, pero sin exclusiva. De forma que pueda producirse la libre competencia allá donde sea posible..” Jesús Trillo-Figueroa Martínez-Conde. “Competencia y Sector Eléctrico: Un nuevo Régimen Jurídico”. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1997. Pag. 41.

4 Siendo estas actividades consideradas, “servicio público” (artículo 4) pero evidentemente dentro de un nuevo desarrollo de tal concepto alejado de su interpretación tradicional.

En correspondencia con sus objetivos y siguiendo la tendencia legislativa foránea de desintegrar verticalmente los servicios<sup>5</sup>, distinguiendo las actividades competitivas de las no competitivas, establece la Ley del Servicio Eléctrico la obligación dirigida a las empresas que hasta la fecha desarrollan en forma concurrente los servicios de generación, transmisión, distribución y comercialización, de proceder a la separación jurídica de estas actividades en un plazo de dos (2) años contados a partir de la publicación de la referida Ley<sup>6</sup>, buscando con ello “una mayor transparencia en la gestión y regulación de las mismas”<sup>7</sup>.

Fundamento de tal norma mandatoria podemos ubicarlo entonces en la apertura de algunas de las actividades del sector que como vimos, procura dirigir el mismo hacia una real y sana competencia, con la clara intención de lograr la determinación de precios y tarifas bajo criterios de apertura y de calidad del servicio evitando la práctica de transferencia de costos desde actividades menos rentables, práctica generadora de evidentes consecuencias contrarias a la sana economía.

Podemos intuir que la obligada separación jurídica ocasionará diversas consecuencias desde el punto de vista organizacional, legal, administrativo y de inversión a las empresas eléctricas ya instaladas que supondrán por parte de éstas, en primer lugar y como paso previo a la separación jurídica, del análisis de aquéllas estructuras corporativas más idóneas, que a la par de ejecutar la real separación de las actividades antes ordenadas verticalmente tal y como dispone la norma, permitan además una utilidad propia y necesaria en toda actividad económica.

---

5 “La segregación de las actividades es una realidad que se ha impuesto en casi todos los países desde la práctica inglesa originaria, en el proceso de liberalización del Sector Eléctrico. La Unión Europea en su Directiva contempla básicamente tres actividades: generación, transmisión y distribución, previendo una regulación separada de las tres y exigiendo a las empresas que se dediquen a las actividades eléctricas una separación contable de las mismas”. Jesús Trillo-Figueroa Martínez-Conde. Ob. Cit. Pág. 42.

6 Artículos 6 y 108 Ley del Sector Eléctrico.

7 Para Jesús Trillo-Figueroa Martínez-Conde, tal separación jurídica en España a su entender es de “dudosa constitucionalidad, pues puede afectar a la libertad de empresa como derecho consagrado en el artículo 38 de la Constitución, de las actuales empresas eléctricas españolas”. Ob. Cit. Pág. 43.



Los beneficios de la explotación de una u otra actividad y la escogencia de aquéllas actividades que deban ser desarrolladas en uno u otro caso con preferencia a otras, así como la forma de prestación de servicios complementarios (ie.: servicios administrativos, servicios de telecomunicaciones, etc.) entre las distintas estructuras corporativas, no escapan de este análisis. En efecto, y ya entrando al tema que nos ocupa, las empresas eléctricas en atención a una mejor prestación de sus servicios, han ubicado en las líneas por donde transcurren sus redes de transporte de energía, cables o líneas adicionales de telecomunicaciones entre sus diferentes centrales u oficinas.

En la actualidad, muchos de los cables han sido sustituidos por cables de fibra óptica cuyas características técnicas permiten una mayor capacidad de transporte y ofrecen mejores facilidades de telecomunicaciones, lo cual permite evidenciar que la infraestructura de telecomunicaciones de las principales compañías eléctricas esté a la par de la infraestructura de empresas de telecomunicaciones dentro del área en la cual prestan servicios.

De esta manera, hemos visto como dentro de la estructura vertical presentada por las empresas eléctricas hasta la fecha, los servicios de telecomunicaciones entre las distintas oficinas y centrales eran prestados por parte de la unidad encargada de las telecomunicaciones, sin diferenciar en la mayoría de los casos, si estas centrales u oficinas correspondían a unidades del área de transmisión, generación, distribución o de comercialización toda vez que se amparaba en la referida estructura verticalmente organizada para la prestación del servicio de energía.

No escapa de nuestro estudio que la separación jurídica a la que hemos referido, obligará a las empresas eléctricas existentes precisar la conveniencia de crear una unidad de telecomunicaciones en cada nueva estructura corporativa surgida con motivo de la separación o crear una nueva compañía que se encargue en el futuro de prestar servicios de telecomunicaciones entre las distintas estructuras aprovechando la infraestructura ya instalada. De allí pensar en la posibilidad de que la nueva empresa de telecomunicaciones además de servir a las nuevas estructuras corporativas preste servicios a terceros, podría lucir como una alternativa válida de negocios a los agentes del sector que deberá ser estudiada en cada caso según la especial situación de la empresa y

previo un análisis no sólo de mercado, sino relacionado a la incidencia fiscal de tales prestaciones sobre todo entre estructuras de un mismo grupo.

Pero además de esta posibilidad de nuevos negocios en la cual aparecen vinculada la actividad de telecomunicaciones con el sector eléctrico, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de reciente promulgación, ha incorporado la figura de las llamadas “vías generales de telecomunicaciones”, que en definitiva constituyen una facilidad adicional ofrecida a los nuevos operadores dentro del marco de apertura de ese sector y que supone el derecho para estos, de acceder o usar toda aquella estructura susceptible de permitir el emplazamiento de medios físicos necesarios en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Luce evidente la posibilidad que ofrece la infraestructura eléctrica a tales fines y de allí, la necesidad de verificar el alcance de la obligación que tienen las empresas eléctricas poseedoras o titulares de tales vías generales de telecomunicaciones, de permitir el acceso a las mismas y su uso por parte de operadoras de telecomunicaciones, contrastando dicha obligación con la naturaleza del servicio público que constituye la actividad eléctrica. En el presente trabajo pretendemos acercarnos a este tema en el entendido que aun quedan algunos supuestos por desarrollar en el reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que en la fecha de escribir el presente trabajo no ha sido promulgado. Sin embargo, esperamos contribuir al estudio de esta figura y aportar elementos que permitan a los agentes del sector eléctrico una apreciación más directa sobre el alcance del derecho de uso que consagra la regulación de las vías generales de telecomunicaciones.

## **II.- EL DERECHO DE USO DE LAS VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES POSEÍDAS O DETENTADAS POR LAS EMPRESAS ELÉCTRICAS, POR PARTE DE TERCERAS EMPRESAS OPERADORAS DE TELECOMUNICACIONES**

### ***Infraestructura física:***

En armonía con las tendencias mundiales, reflejo si se quiere del factor globalizante que ha influido al sector en los últimos años y en

línea con la nueva concepción del servicio público positivada en nuestro país si se quiere con la promulgación de la ley del Servicio Eléctrico, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones define la actividad de telecomunicaciones como una actividad económica de interés general cuyo desarrollo y explotación corresponde por derecho propio a los particulares actuando en un escenario de libre competencia, claro está, actuando con las limitaciones propias que las leyes impongan en el marco de libertades económicas consagradas en la Constitución de la República.

Como consecuencia de esta apertura y a objeto de favorecer una real competencia en este sector, surge la evidente necesidad de ofrecer a los operadores entrantes o nuevos actores, facilidades que les permitan competir en igualdad de condiciones con los operadores ya existentes titulares de las redes de telecomunicaciones, bien teniendo la posibilidad de acceder a las redes ya instaladas de esos operadores dominantes o bien, instalando sus propias redes sobre elementos físicos de terceros.

La primera facilidad sustenta el llamado “acceso a redes”, figura que atiende a la posibilidad que se otorga a los nuevos operadores de acceder a redes de telecomunicaciones ya instaladas, concepto que en su acepción amplia abarcaría el alquiler de circuitos o venta de capacidad, y que desde un enfoque restringido atendiendo a la finalidad del acceso en la cual se busque la comunicación interoperativa entre usuarios de distintos operadores, podemos ubicarla en nuestra normativa en la figura de la Interconexión desarrollada por la ley Orgánica de Telecomunicaciones y el Reglamento de Interconexión<sup>8</sup>. El sector eléctrico no escapa de esta tendencia que nace producto de la apertura y así por ejemplo, podemos hacer mención al derecho de acceso a la capacidad de transporte de las redes de transmisión y de distribución de energía eléctrica que se establece en beneficio de quienes ejerzan actividades en el servicio eléctrico conforme dispone la norma del artículo 7 de la Ley del Servicio Eléctrico.

La segunda posibilidad que se otorga al nuevo actor en el marco de la apertura de las telecomunicaciones, pero esta vez en la instalación de sus propias redes, se dirige a permitir el uso o acceso por parte de este operador a las estructuras físicas existentes que así lo permitan o

---

8 Publicado en la Gaceta Oficial No. 37.085, del 24 de noviembre de 2000.

que sean susceptibles de soportar infraestructura de telecomunicaciones, instalaciones que como se indicó anteriormente, son definidas por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como vías generales de telecomunicaciones.

Tal y como ocurre en otros sectores (electricidad, gas natural por ejemplo), el servicio de las telecomunicaciones tradicionalmente adoptó un esquema de monopolio natural avalado por la necesidad de economías de escala, ante la imposibilidad de multiplicar las redes o infraestructuras ya instaladas. De esta manera, el servicio de telecomunicaciones se presentaba como inseparable del medio de transporte y dado el carácter de monopolio de esta infraestructura, su apertura a la libre competencia resultaba infructuosa. Sin embargo, ya en la época de los ochenta, el bloque europeo venía manifestando una nueva tendencia en el análisis del comportamiento de estos mercados, afirmando que era posible el desarrollo de los mismos en libre competencia a través de acuerdos entre operadores que permitieran el acceso a las redes instaladas o permitiéndose el acceso a infraestructura de terceros en la instalación de las propias redes. Como resultado de este análisis en España por ejemplo, surge la Directiva marco 90/387/CEE, sobre oferta de red abierta.

En nuestro país, mediante el Decreto 1584 del 9 de mayo de 1991, se reguló el acceso a las redes del operador de telefonía fija con los operadores de redes de telefonía móvil celular, estableciéndose el procedimiento necesario en la interconexión de las redes de ambos operadores. Por su parte el reglamento sobre operación de la red básica de telecomunicaciones publicado en la Gaceta Oficial No. 3.821 del 16 de octubre de 1991, incorporó el régimen de interconexión y cargo de acceso entre operadores de red básica.

Como vemos, ya desde entonces y en nuestro país la legislación haciendo eco de las tendencias mundiales y en la dirección de una apertura del sector manifestada en el otorgamiento de distintas concesiones correspondientes a diversos servicios de telecomunicaciones, previó la necesidad de ofrecer esta posibilidad de acceso a las redes del operador y titular de la infraestructura de telecomunicaciones para el momento, a los operadores de telefonía móvil toda vez que desde entonces y hasta el 27 de noviembre de 2000, la prestación del servicio de telefonía básica era realizada en régimen de concurrencia limitada por CANTV. De esta

manera se respondía a la problemática que se presentaba ante la pronta liberalización de los servicios y la existencia todavía, de un monopolio en las infraestructuras.

La apertura de las telecomunicaciones cristalizada hoy con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que despublica el servicio y consagra la posibilidad de desarrollar esta actividad en un marco natural de libre oferta y demanda, plantea la necesidad de considerar además de la facilidad de acceder a las redes telecomunicaciones de operadores ya instalados, la necesidad y conveniencia para los nuevos operadores de construir sus propias redes. Para ello, resulta necesario ofrecerles la posibilidad de instalar sus estructuras físicas necesarias con el objeto de operar los servicios, en aquella infraestructura ya instalada no sólo de operadores de telecomunicaciones sino de terceros prestadores de otros servicios que sin embargo, por su naturaleza permiten instalar elementos de telecomunicaciones. De allí, el nacimiento del régimen que se consagra con motivo de las llamadas vías generales de telecomunicaciones.

Este régimen establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, referente al acceso y utilización de las vías generales de telecomunicaciones es aplicable a las empresas eléctricas que controlen o posean estructuras que permitan emplazar los medios físicos necesarios a la prestación de servicios de telecomunicaciones<sup>9</sup>. No obstante, es preciso concordar estas disposiciones con las normas contenidas en la Ley del Servicio Eléctrico, toda vez que sus disposiciones regulan con carácter especial las actividades del servicio eléctrico.

Conviene verificar sin embargo el alcance de la figura y así establecer qué tipo de infraestructura se entiende como susceptible de ser utilizada por operadores de telecomunicaciones. Así, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones entiende por vías generales de telecomunicaciones “los elementos que permiten emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones”. De este concepto destaca que serán vías generales de telecomunicaciones aquella *infraestructura física* que permita soportar la instalación de redes de

---

9 “Siempre que-como dice el texto francés-la coutilización sea posible por no comprometer la misión del servicio público encomendado al ocupante inicial”. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ob. Cit. Pág. 758.

telecomunicaciones, es decir, de medios que permitan la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Resalta que estos “medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones”, que serán soportados sobre las vías generales de telecomunicaciones lo constituyen las redes de telecomunicaciones, definidas por la doctrina como “el conjunto de sistemas técnicos, canalizaciones e instalaciones que permiten recoger la información generada en un punto de terminación conectado a la misma, transmitirla y entregarla en uno o varios puntos conectados asimismo a puntos de terminación de red”<sup>10</sup>. Por su parte, a pesar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no define expresamente lo que se entiende por “redes de telecomunicaciones”, el reglamento de interconexión establece las llamadas “*redes públicas de telecomunicaciones*” y en este sentido,<sup>11</sup> entiende por tal el

conjunto de equipos, sistemas e infraestructuras y las conexiones entre éstos, utilizados para la transmisión de información entre puntos de terminación de la red, destinados a la prestación de servicios de telecomunicaciones al público en general, haciendo uso del recurso limitado de numeración...<sup>12</sup>.

De la lectura anterior podemos observar que nuestra legislación en la materia, a contrario por ejemplo de lo que ocurre en España<sup>13</sup>, no diferencia entre la infraestructura de telecomunicaciones con la red de

---

10 Castejón Martín, Luis Nomenclatura, términos técnicos, conceptos de los mercados de las telecomunicaciones”. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Aranzadi Editorial. Pamplona, España. 1998. Pág. 60

11 Publicado en la Gaceta Oficial No. 37.085 del 24 de noviembre de 2000

12 Artículo 2 del Reglamento de interconexión

13 De acuerdo con Angel Carrasco y Encarna Cordero, “la infraestructura se distingue de la red en que aquella no incluye componentes ni equipos susceptibles de transmitir o recibir señales de telecomunicaciones” y destacan que el anexo de la Ley General de Telecomunicaciones Española señala que la red de telecomunicaciones está integrada por los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permitan la transmisión de señales mediante cable, medios ópticos o de otra índole, entre puntos de terminación definidos.

Véase que nada se incluye en relación con la infraestructura que nuestra legislación sí agrega. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ob. Cit. Pág. 727

telecomunicaciones, por el contrario, incluye dentro de ésta a la infraestructura, en tal sentido, a los efectos del presente trabajo nos referiremos a ellos en sentido amplio indistintamente como “infraestructura de telecomunicaciones o redes de telecomunicaciones”. Serán estas redes o infraestructura de telecomunicaciones como dijimos, aquella que podrá ser emplazada sobre las llamadas vías generales de telecomunicaciones.

Ahora bien, conviene estudiar las redes de telecomunicaciones e infraestructura de telecomunicaciones y las vías generales de telecomunicaciones al amparo de la Ley del Servicio Eléctrico y en particular, a lo que esta dispone en relación con la infraestructura eléctrica susceptible de ser utilizada en la prestación de un servicio distinto al eléctrico, en nuestro caso, el servicio de telecomunicaciones en virtud del derecho de acceso y uso contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La Ley del Servicio Eléctrico<sup>14</sup>, a pesar de no establecer una definición expresa de infraestructura eléctrica, al someter todo inmueble a las servidumbres que requiera el normal desenvolvimiento de las actividades del sector enuncia tales actividades e incluye entre ellas:

tender líneas conductoras de electricidad aéreas o subterráneas, instalar o construir postes, torres, soportes, canalizaciones, tuberías, tanquillas, transformadores y demás instalaciones, aparatos o mecanismos destinados a transformar, transmitir y distribuir la energía, incluyendo la infraestructura de telecomunicaciones asociada<sup>15</sup>.

Entendemos que la infraestructura a la cual hace referencia el artículo de la Ley del Servicio Eléctrico antes citado, “*incluyendo la infraestructura de telecomunicaciones asociada*”, constituye infraestructura eléctrica toda vez que la misma es necesaria a los fines de realizar las actividades en el sector.

Parece oportuno en esta oportunidad y antes de entrar a analizar si toda infraestructura eléctrica, en el sentido amplio antes indicado, es susceptible de soportar el derecho de uso consagrado en el régimen de las llamadas vías generales de telecomunicaciones, diferenciar entre la

---

14 Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.791 del 21 de septiembre de 1999

15 Artículo 55 Ley del Servicio Eléctrico.

infraestructura de telecomunicaciones ya instalada por las empresas eléctricas y la infraestructura de telecomunicaciones que se estime instalar a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, toda vez que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones exige la obtención de autorización para la instalación de redes de telecomunicaciones aún en el supuesto de autoprestación de servicios de telecomunicaciones como ocurriría en el caso de las empresas eléctricas.

Sobre el particular, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que

*el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se considerarán actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establezca la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.*

Por su parte, el artículo 6 de la referida Ley señala que

*el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones, podrá realizarse en beneficio de las necesidades comunicacionales de quienes las desarrollan o de terceros, de conformidad con las particularidades que al efecto establezcan en leyes y reglamentos.*

De la lectura anterior destaca que la instalación de redes de telecomunicaciones en los términos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, aún por empresas eléctricas, dirigida a cubrir las necesidades propias del sector eléctrico deberá contar con las habilitaciones administrativas que sean necesarias según la legislación vigente en materia de telecomunicaciones. No obstante, la propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece excepciones a la solicitud y obtención de habilitaciones administrativas en la instalación u operación de equipos o redes de telecomunicaciones que deberán ser revisadas según el caso concreto<sup>16</sup>.

---

16 Artículo 23 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.



Es oportuno mencionar además, que al igual de lo que se dispone en caso del establecimiento y desarrollo de las redes de telecomunicaciones en el artículo 193 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las obras – civiles- o infraestructura directamente afectadas al servicio eléctrico han sido declaradas de utilidad pública e interés social por expresa previsión del artículo 5 de la Ley del Servicio Eléctrico.

Definido lo anterior, diferenciando las redes de telecomunicaciones y la infraestructura eléctrica susceptible de ser sujeto de la obligación de soportar la instalación de redes de telecomunicaciones, debemos aclarar que el derecho de uso o acceso sólo se dirige al *emplazamiento de medios físicos y no al uso de la capacidad de la infraestructura de telecomunicaciones de las empresas eléctricas* por parte de las operadoras de telecomunicaciones. En este último caso, estaríamos en presencia de la prestación de servicio de telecomunicaciones por parte de la empresa eléctrica y para lo cual, se tendría que cumplir con los requisitos y condiciones establecidos al efecto por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tema que escapa del objeto del presente trabajo.

Ahora bien, qué pasa con la infraestructura física que instale en el futuro la empresa eléctrica o cualquiera otra, pudiera acaso también ser considerada como “vía general de telecomunicaciones”. Tal interrogante podría surgir de la lectura del artículo 126 de la ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual en su parte pertinente señala que “Todos los operadores tendrán derecho de hacer uso de las vías generales de telecomunicaciones *existentes*”.

Nótese que la misma norma pareciera delimitar la infraestructura física susceptible de ser considerada como una vía general de telecomunicaciones sólo aquella existente (para la fecha de publicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones). Lo anterior pudiera generar dudas acerca de la infraestructura que en el futuro se instale. Hemos indicado al inicio del presente trabajo que las vías generales de telecomunicaciones nacen como elementos facilitadores en un contexto de apertura de la actividad de telecomunicaciones a la libre competencia. Bajo este escenario, es justificable el derecho de uso que consagra la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sobre el particular, la propia Ley señala que

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones procurará que se haga uso racional y no discriminatorio de las vías generales de telecomunicaciones y promoverá además la creación y explotación de las mismas. En los planes de desarrollo urbano y en la construcción de obras públicas en general, deberán tomarse las previsiones necesarias para la incorporación de tales vías generales de telecomunicaciones (artículo 127).

Asimismo, el artículo 199 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones expresamente dispone que

Los estados y municipios procurarán en sus respectivos ámbitos territoriales el fomento, desarrollo armónico y dotación de vías generales de telecomunicaciones idóneas, de conformidad con las directrices que al efecto dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Infraestructura. Los estados y municipios podrán percibir los ingresos derivados del arrendamiento de los ductos de telecomunicaciones que construyan o les sean cedidos, siempre que se garantice un trato no discriminatorio y libertad de acceso a los operadores.

Lo anterior da respuesta a la interrogante. No sólo se considerarán como vías generales de telecomunicaciones las instalaciones físicas existentes para la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sino toda aquélla que existan en el futuro y que se crearen por ejemplo, con el impulso y promoción del propio órgano rector de las telecomunicaciones o por los Estados y Municipios.

Hemos aproximado el alcance físico de las llamadas vías generales de telecomunicaciones pero, ¿cual es el régimen que opera en el uso de tales infraestructuras físicas? Sobre el particular nos referiremos de seguidas.

***Derecho de vía:***

Como hemos indicado, aspecto importante para la apertura del sector de las telecomunicaciones a la libre competencia, lo constituye para los operadores entrantes la posibilidad de instalar sus redes sobre estructura física de un tercero o acceder a lo que define la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como “Vías Generales de Telecomunicaciones”. El derecho de vías o de uso al cual hacemos referencia se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en los siguientes

términos “todos los operadores tendrán el derecho de hacer uso de las vías generales de telecomunicaciones existentes, en la forma y modalidades que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en concordancia con esta Ley, y demás disposiciones aplicables”.

Al respecto, al amparo de la legislación anterior sobre telecomunicaciones, la ocupación del dominio público y la expropiación o imposición de servidumbres sobre el dominio privado eran manifestaciones de actividades dirigidas a un mismo fin cual era la instalación de infraestructura cuya utilidad pública estaba inmersa en la naturaleza de servicio público de la actividad. Ahora, con la liberalización del sector, debemos adecuar este derecho de paso a una actividad cuya titularidad corresponde a particulares, definida sin embargo, como una “actividad económica de interés general”, para que en determinados casos, estos operadores de telecomunicaciones ejerzan derechos sobre la propiedad o derechos de terceros actuando ya no como concesionarios de un servicio público *estricto sensu*.

La respuesta a tal situación debemos hallarla precisamente en el interés general que arropa esta actividad, cuyos elementos caracterizadores tal vez por la novedad de la estructura jurídica aún no aparecen dibujados completamente. No obstante, ya declara el artículo 193 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como de “utilidad pública y social el establecimiento y desarrollo de redes de telecomunicaciones, por el Estado o por los particulares”. En todo caso, tal enfrentamiento de derechos entre operadores de telecomunicaciones y titulares de las llamadas vías generales de telecomunicaciones debe ser tratado de forma delicada mucho más si como resalta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se diferencia notablemente la actividad de servicio público con una actividad desarrollada por particulares en libre competencia, no ya como meros concesionarios sino como verdaderos titulares del derecho a ejercerla.

Como vemos, el uso de las vías generales de telecomunicaciones se configura en un “derecho” para los operadores de telecomunicaciones, lo cual nos lleva a preguntarnos, a qué tipo jurídico corresponde este derecho?. En una primera aproximación, podríamos acercarla a la servidumbre según la cual, el operador de telecomunicaciones tendría un derecho de paso por la propiedad del tercero. Sin embargo, su

explicación no resulta fácil, toda vez que tal naturaleza no le viene reconocida por la propia Ley, la cual se contenta con establecer el derecho de uso de las vías generales de telecomunicaciones sin establecer el mecanismo que ampara tal derecho y además porque la obligación correlativa, como veremos más adelante, se impone también en cabeza del “poseedor” o de quien “controle” la vía general de telecomunicaciones.

A pesar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones silencia la estructura de tal derecho de acceso, para el supuesto de operadores que en los términos de la misma tengan obligaciones de Servicio Universal, sí contempla de forma expresa que éstos “podrán beneficiarse de la expropiación y del establecimiento de servidumbres” (artículo 194), remitiendo en los casos en que las partes no lleguen a un acuerdo, a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Público o Social. Lo propio ocurre en España donde por ejemplo, la Ley General de Telecomunicaciones prevé el uso de infraestructura alterna estableciendo una servidumbre forzosa y la expropiación en su caso, de los bienes de terceros susceptibles de uso por operadores de telecomunicaciones con obligaciones de servicio público.<sup>17</sup>

Afirmamos que no es fácil el estudio del tipo jurídico en el cual incluir el derecho que tienen los operadores a usar las vías generales de telecomunicaciones para instalar sus propias infraestructuras de telecomunicaciones y si bien hemos indicado que en principio, pudiéramos decir que se trata de una servidumbre tal afirmación no es categórica. Nuestra legislación entiende por servidumbre “cualquier gravamen

---

17 Artículos 43 al 47 de la Ley General de Telecomunicaciones Española. El derecho es expuesto en los siguientes términos en el artículo 43

Los operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones a los que, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo I de este Título, les sean exigibles obligaciones de servicio público, se beneficiarán de los derechos de ocupación del dominio público, de la aplicación del régimen de expropiación forzosa y del establecimiento de servidumbres y limitaciones, de acuerdo con lo dispuesto en este Capítulo.

Por su parte, el artículo 46 consagra el derecho de ocupar la propiedad privada en los siguientes términos

Los operadores de redes públicas...podrán exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada, cuando así resulte necesario para la instalación de la red, ya sea a través de su expropiación forzosa o ya mediante declaración de servidumbre forzosa de paso de infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones...

impuesto sobre el predio (que es llamado fundo sirviente), para uso y utilidad de otro (al que se identifica como fundo dominante), perteneciente a distinto dueño, y que no sea en manera alguna contraria al orden público” (artículo 709 del Código Civil).

Como vemos, la servidumbre se establecen para uso y utilidad de un predio, supuesto que no parece compadecerse con el derecho a uso que incorpora el régimen de las vías generales de telecomunicaciones toda vez que la obligación de dar acceso no corresponde a un fundo dominante, sino que es personal y dirigida también a un posible propietario precario como veremos en su oportunidad, esto es a un poseedor de tales vías que bien pudiera ser a su vez beneficiario de una servidumbre de paso (como ocurriría por ejemplo con una empresa eléctrica beneficiaria de una servidumbre de paso de conductores eléctricos).

En España por ejemplo para dar solución a este tema en el caso del derecho de acceso de terceros a la infraestructura eléctrica, JOAQUÍN MARÍA NEBREDA PÉREZ ha establecido la ficción de considerar la red como un inmueble y ha asimilado esta figura a una servidumbre de paso de energía eléctrica en la que el predio sirviente es la red y los predios dominantes son las redes de origen y destino o los centros de producción y las instalaciones interiores de los usuarios, en el contexto del acceso a las redes de transmisión de otras empresas eléctricas de distribución. Apoyándonos en este criterio, pudiéramos establecer en nuestro caso que se trata de una servidumbre de paso “virtual”, es decir, sobre la infraestructura física del titular del derecho de ocupación, donde el fundo sirviente sería la red o infraestructura del titular de la vía (asemejando hipotéticamente tal red o infraestructura a un inmueble) y el fundo dominante la infraestructura de telecomunicaciones. Sin embargo, podríamos contentarnos en este caso a considerar tal derecho como un derecho real de uso parcial sobre determinados bienes (aún de terceros) impuesto por la propia Ley y que ampara al sujeto que cumpla con las características y formalidades que veremos más adelante.

Como se advierte, no es fácil la construcción de la estructura jurídica a la cual se refiere el régimen sobre las vías generales de telecomunicaciones que consagra la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sobre la base de subsumirla a las categorías civiles existentes que permitan establecer las condiciones y consecuencias aplicables al tipo jurídico

respectivo. Lo que sí queda claro es que se trata en todo caso de una limitación a la propiedad impuesta por ley –no de otro modo podría ser– que incide sobre una de las manifestaciones del derecho de propiedad, cual es el uso de esta infraestructura. Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre el hecho que estas nuevas categorías surgidas a raíz del fenómeno liberalizador deben ser estudiadas a la luz de las reglamentaciones y demás regulaciones que se establezcan en virtud de la novedad de los conceptos que incorpora.

Somos de la opinión que tales regulaciones que faciliten el estudio y comprensión de esta nueva figura, deberán considerar en todo caso, los aspectos que las partes no prevean en sus propias relaciones o acuerdos, tales como quién tendría el deber de proveer a la conservación de la infraestructura, determinación de gastos de mantenimiento y mejoras, responsabilidad frente a terceros por daños resultantes del paso de la infraestructura, etc. para otorgar así mayor seguridad jurídica. En todo caso, hasta tanto no surja la regulación necesaria, es claro que estas relaciones serán desarrolladas en los acuerdos privados que suscriban los operadores de telecomunicaciones y los poseedores de vías generales de telecomunicaciones en cuyo aporte las empresas eléctricas tendrán mucha influencia como poseedoras y titulares de vías de telecomunicaciones que son.

Sobre el particular sin embargo, es mucho lo que podría abonar a nuestro modo de ver, el régimen que sobre interconexiones establece la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el respectivo Reglamento, régimen en el cual, a la par de lo que ocurre con el régimen de las vías generales de telecomunicaciones como veremos más adelante, que deja a libre voluntad de las partes el establecimiento de los términos y condiciones de uso, no obstante se establecen elementos y condiciones mínimas que deberán contener los acuerdos privados.

Habiéndonos acercado al derecho de los operadores de telecomunicaciones, podemos derivar que, correlativo con este derecho surge en cabeza de los poseedores o titulares predominantes o exclusivos de las vías generales de telecomunicación, la obligación de permitir el acceso a éstas por parte de los operadores de telecomunicaciones. En este sentido, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que

Toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicaciones, deberá permitir el acceso o utilización de la misma por parte de los operadores de telecomunicaciones que se lo soliciten, cuando su sustitución no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación.

Como vemos, la norma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no distingue la naturaleza o tipos de infraestructura que podrían ser objeto de la obligación de acceso ni hace referencia al servicio o actividad a la cual pudiera encontrarse afectada. Tampoco se establecen diferencias en cuanto a la naturaleza de la persona que ejerza la titularidad sobre la misma por lo que la obligación sería exigible a toda persona (inclusive otras operadoras de telecomunicaciones) que sean titulares o poseedoras de vías generales de telecomunicaciones en los términos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. No obstante, somos de la consideración como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo, que en el caso de las vías generales de telecomunicaciones poseídas o controladas por las empresas eléctricas, tal derecho debe ser contrastado con el régimen especial establecido en la Ley del Servicio Eléctrico toda vez la naturaleza de servicio público o actividad de interés general regulada por esta<sup>18</sup>. Definidas las notas resaltantes del tema que nos ocupa, pasemos a desarrollarlo.

### **DERECHO DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES:**

Lo primero que salta a la vista del derecho de uso o acceso consagrado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es que éste corresponde a “operadores” de telecomunicaciones, es decir, que

18 En España por ejemplo, en materia de coutilización de infraestructuras alternativas, en el caso específico de servidumbre de paso para infraestructuras eléctricas, sostienen algunos autores que “el art. 9.4 de la Ley 10/1966 determina cómo deben coordinarse las Administraciones competentes en el caso de que las líneas puedan instalarse sobre servidumbres administrativas ya existentes. A estos efectos, se ordena la adopción de las medidas necesarias para que las mismas puedan seguir siendo utilizadas si son compatibles. Por su parte, el art. 7.4 de la Ley 3/1976 /servidumbres de paso de líneas, cables y haces hertzianos), si bien no habla propiamente de que las instalaciones puedan asentarse en servidumbres ya existentes, prevé la necesaria coordinación entre las Administraciones implicadas cuando “las instalaciones afecten a otras servidumbres administrativas ya establecidas” Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ob. Cit. Pp. 77. Pág. 757

corresponde a aquellas personas naturales o jurídicas titulares de una habilitación administrativa, figura autorizatoria prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para el establecimiento o explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones y que este derecho podrá ser ejercido en la forma o modalidad que determine el ente regulador de las telecomunicaciones, es decir la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (“Conatel”), dentro de los lineamientos que al efecto se establecen en la propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás disposiciones aplicables.

Al respecto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones consagra dos figuras para el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones por los particulares: (a) la habilitación administrativa: necesaria en todo caso para el establecimiento o explotación de redes de telecomunicación y la prestación de servicios en esta área; y, (b) la concesión demanial: que es definida por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones como un acto administrativo de carácter unilateral<sup>19</sup>, establecido para permitir el uso de una porción del espectro radioeléctrico, por lo que será necesaria para el caso que el servicio de telecomunicaciones de que se trate haga uso del referido bien dominial.

De manera que, el establecimiento de redes, la explotación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, bien para uso particular o “en beneficio de las necesidades comunicacionales de quienes las desarrolla” o bien para terceros, requerirá de la solicitud y obtención de una habilitación administrativa por parte del particular interesado quien será calificado como un operador de telecomunicaciones.

***Obligación de las empresas que poseen o controlen vías generales de telecomunicaciones:***

Como indicamos en puntos anteriores, la obligación de permitir el acceso o utilización de las vías generales de telecomunicación, es impuesta independientemente de la propiedad de tales vías, a quienes las “posean o controlen”, por lo que no dudamos en afirmar que a diferencia de lo

---

19 Artículo 73.



que consagra la legislación española<sup>20</sup>, si se quiere referencia de nuestra legislación en la materia, las empresas eléctricas se encuentran sometidas a tal obligación en tanto y en cuanto, sean poseedores o titulares de vías generales de telecomunicaciones.

Ahora bien, tal obligación se encuentra sujeta para su exigibilidad a ciertas condiciones establecidas bien en disposiciones que sean aplicables o bien en la propia Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tales como: (i) que la sustitución de las vías en particular, “no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación”, es decir, que no sea factible el ejercicio de un derecho de vía alternativo al que se trate; (ii) que el acceso o utilización no afecte “irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle”; (iii) que el ejercicio de tal derecho de vía no cause daños a las instalaciones o afecte la continuidad y calidad del servicio prestado por quien posea o controle la vía general de telecomunicaciones de que se trate; y, (iv) que el uso o acceso por parte de quienes no controlen o posean estas vías, genera “el pago de una contraprestación que será fijada de común acuerdo entre las partes” (artículo 128).

### ***Condiciones para que opere el derecho de vía:***

Es condición necesaria para que sea exigible la obligación de permitir el acceso o utilización de una vía general de telecomunicaciones, por parte del que la posea o controle, que su sustitución por otra, “no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales,

---

20 En efecto, según tratadistas de ese País es claro que en España “no existe una obligación incondicional de puesta a disposición de estas infraestructuras –alternas-, y el titular de las mismas puede negarse a contratar, siempre que no aplique condiciones discriminatorias. Es decir, un titular de infraestructura alternativas (vrg. Ferrocarril, gas, electricidad, etc.) susceptibles de ser utilizadas (y abaratar los costes de explotación) para el tendido de redes públicas de telecomunicaciones, no está obligado, ni aunque posea una posición de dominio en el mercado de estas infraestructuras, a poner las mismas a disposición de los operadores de telecomunicaciones. No está obligado a entrar en un mercado que, para el titular de las infraestructuras, es un mercado secundario...Ahora bien, como hemos sostenido arriba, por aplicación del artículo 46 LGT, la Administración competente (CMT) puede imponer servidumbres forzosas sobre estos bienes, por vía de expropiación” Angel Carrasco y Encarna Cordero. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ob. Cit. Pág. 759.

de seguridad o de operación”. Lo anterior se justifica ya que sería irrazonable someter a limitaciones la propiedad privada si existieran recursos alternativos. En éste caso, como señalan ANGEL CARRASCO y ENCARNA CORDERO, la existencia de tales recursos alternativos permitirían cuestionar la concurrencia de la causa de utilidad pública que justifica todo límite a la propiedad o la expropiación.

Es así como, para el caso que las partes no logren llegar a un acuerdo en los supuestos que veremos más adelante, Conatel deberá pronunciarse necesariamente sobre la insustituibilidad de la vía general de telecomunicaciones cuyo uso o acceso se solicite y verificado el supuesto, ordenará la ejecución forzosa de la obligación.

Nótese que la condición que trata la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para que se haga exigible la obligación de permitir el uso o acceso de la vía general de telecomunicaciones se refiere a la “factibilidad” o no de usar una vía alterna sin hacer referencia o mención a la posibilidad cierta que ofrezca la propia vía general de telecomunicaciones para permitir el acceso o utilización de la misma, posibilidad que a nuestro juicio deberá ser atendida según la naturaleza de la infraestructura.

Ahora bien, destaca además que tal carácter de insustituible de la vía general de telecomunicaciones puede configurarse sobre la base de múltiples alternativas, bien sea por razones *físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación*. Como observamos, bastaría con que se verifique alguna de las razones enunciadas para que Conatel deba necesariamente pronunciarse sobre la insustituibilidad de la vía. No establece la Ley un criterio objetivo de apreciación de tales extremos sino que por el contrario, se deja a la discreción de Conatel la apreciación de los supuestos para declarar una vía general de telecomunicaciones como “insustituible”, supuestos que como vimos, pudieran fundamentarse en múltiples razones (artículo 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones).

Si bien pareciera favorecerse el derecho de uso por parte de operadores de telecomunicaciones al establecerse múltiples alternativas para declarar que no es posible sustituir una vía general de telecomunicaciones, aspecto por lo demás justificable dentro del marco

de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la nueva concepción de esta actividad, una vez otorgado tal derecho, el operador de telecomunicaciones se encuentra limitado en su acceso y uso a ciertas condiciones mínimas además de las que las propias partes señalen, que han sido establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en los siguientes términos: (i) el acceso o utilización no debe afectar “irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle”; y, (ii) el ejercicio de tal derecho de vía no debe causar daños a las instalaciones o afectar la continuidad y calidad del servicio prestado por quien posea o controle la vía general de telecomunicaciones de que se trate.

Sobre las condiciones para el ejercicio del derecho de vía indicadas anteriormente, entendemos que las mismas en principio son establecidas para el caso que el derecho de acceso o uso haya sido otorgado. Tal conclusión resulta de la propia lectura de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 128 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones cuando señala expresamente que

*el ejercicio del derecho de acceso y utilización de una vía general de telecomunicaciones no deberá afectar irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle, causarle daños a las instalaciones de éste o afectar la continuidad y calidad de sus servicios”.*

No obstante es nuestra opinión que la existencia de algunos de los supuestos bien podrían ser alegadas por quien posea o controle de manera exclusiva o predominante una vía general de telecomunicaciones para negar el acceso o uso por parte de un tercero que así lo solicite y acudir a Conatel para dirimir tal situación. Al respecto, si el ejercicio del derecho de vía solicitado fatalmente conlleva a (i) *afectar irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle* de tal manera que afecte su libre uso o acceso; (ii) *causarle daños a las instalaciones de éste*; o, (iii) *afectar la continuidad y calidad de sus servicios*, entonces no dudamos en afirmar que quien posea o controle la vía general de telecomunicaciones podría negarse en estos casos –de forma motivada– a otorgar el acceso o uso de las vías generales de telecomunicaciones y en el supuesto que tal negativa sea elevada a conocimiento de Conatel para que emita un pronunciamiento al respecto, tales extremos deberán ser evaluados por Conatel en el procedimiento que se inicie al efecto (artículo 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones). Sin embargo,

debemos aclarar aquí que bastaría con que Conatel declare la insustituibilidad de la vía general de telecomunicaciones de que se trate para que quien la posea o controle de manera exclusiva o predominante se encuentre obligado a permitir el acceso a la misma.

En todo caso, somos de la consideración que las empresas titulares, poseedoras o que controlen estas llamadas vías generales de telecomunicaciones, tienen una tarea previa que atender cual es, que como paso previo y necesario para una eventual oposición al derecho de acceso solicitado, deberían realizar un estudio técnico en el cual se sustente la capacidad técnica de la infraestructura que poseen o controlan para soportar la instalación de elementos distintos objeto de la solicitud de uso o acceso.

Además de estas condiciones contenidas en la ley Orgánica de Telecomunicaciones, se debe atender a la naturaleza del servicio que se presta a través de las llamadas vías generales de telecomunicaciones y precisar la normativa especial que pudiera serle aplicable según la especial afectación de esta infraestructura.

Tal y como explicaremos más adelante, para el caso particular de las vías generales de telecomunicaciones poseídas o detentadas por empresas eléctricas, es necesario revisar éste régimen tomando en consideración las disposiciones especiales contenidas en la Ley del Servicio Eléctrico y su Reglamento.

## **II.- TRÁMITE Y PROCEDIMIENTO PARA EL USO DE LAS VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES AL AMPARO DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES:**

En principio, los términos y condiciones que regirán el acceso y uso de las vías generales de comunicaciones por parte de quienes no las controlen o posean, serán establecidos entre las partes. Al respecto, se establece en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que: “Las partes acordarán de mutuo acuerdo los términos y condiciones en los cuales se realizará el acceso y la utilización de las vías generales de telecomunicaciones” (artículo 128).

Para ello, la parte que quiera hacer uso del derecho de vía deberá solicitarlo por escrito a la parte que controle o posea de manera exclusiva

o predominante la vía general de telecomunicaciones de que se trate, indicando en la solicitud los detalles y elementos técnicos y demás requisitos que prevea el respectivo Reglamento. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones deja en manos del Reglamentista la indicación del término que el poseedor o titular de la vía general de telecomunicaciones tendrá para dar respuesta a la solicitud de acceso del operador de telecomunicaciones.

A pesar que la Ley deja a la voluntad de las partes el establecimiento de los términos y condiciones del derecho de acceso, en aquellos casos en los cuales (i) una de las partes no permita el acceso y uso de una vía general de telecomunicaciones; ó, (ii) no se pronuncie sobre el particular dentro del plazo que establezca el Reglamento respectivo<sup>21</sup>, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones consagra la facultad del ente regulador de las telecomunicaciones, para que previa audiencia de los interesados, se pronuncie sobre la insustituibilidad de la vía general de telecomunicaciones.

Nótese que a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el régimen de las interconexiones contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su respectivo reglamento, en el cual se fija a las partes un lapso máximo para llegar a un acuerdo (60 días continuos contados a partir desde la fecha en que se recibió la solicitud según establece el artículo 132 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), en el caso del régimen de las vías generales de telecomunicaciones no se estableció límite adicional a la voluntad de las partes.

Por último, la solicitud de uso deberá ser remitida por el solicitante del derecho de vía a Conatel para su debida información, dentro de un plazo de diez (10) días hábiles siguientes a su envío a la parte que controle o posea la vía general de telecomunicaciones. Asimismo, las partes deberán una vez suscrito el acuerdo, enviar a Conatel una copia del mismo para su revisión, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su firma.

---

21 Para la fecha de escribir el presente trabajo el Reglamento aún no ha sido publicado.

**Intervención de Conatel:**

Como hemos indicado en el punto anterior, en aquellos supuestos en los cuales (i) una de las partes no permita el acceso y uso de una vía general de telecomunicaciones; ó, (ii) no se pronuncie sobre el particular dentro del plazo que establezca el Reglamento respectivo, la otra parte podría solicitar la intervención de Conatel, para que, previa audiencia de los interesados, se pronuncie sobre el derecho de acceso o vía solicitado, para lo cual, Conatel oirá opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Conatel tendrá un lapso de treinta (30) días continuos contados a partir del recibo de la solicitud que le haga la parte interesada, prorrogable por igual período previa declaratoria expresa, para emitir su pronunciamiento. En la decisión que adopte, Conatel deberá declarar procedente o no la condición de insustituibilidad de la vía general de telecomunicaciones en cuestión y en caso de declararlo procedente, ordenar la ejecución forzosa de la obligación de acceso y utilización en los términos y condiciones que fije al efecto.

Esta actuación de Conatel en la resolución de las posibles controversias que se susciten entre las partes con ocasión a la solicitud del derecho de paso de telecomunicaciones, podemos incluirla dentro de lo que la doctrina conoce como “*procedimientos administrativos arbitrales o triangulares*”, llamados así por que en su vértice superior encontramos a la administración y en los vértices inferiores a las partes en conflicto, también calificados en nuestro país según FRAGA PITTALUGA “con muy poca precisión técnica” como procedimientos cuasijurisdiccionales.<sup>22</sup>

En estos procedimientos administrativos arbitrales, la administración actúa como árbitro por mandato de ley en la resolución de conflictos entre particulares que tengan por objeto derechos públicos o privados que toquen o incidan el interés público. Para FRAGA PITTALUGA, constituye una instancia formal que establece la ley en muchos casos como paso previo al acceso a la vía judicial y culmina con la emisión de un acto administrativo que podrá ser atacado en todos los casos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

---

22 Fraga Pittaluga Luis, “El Arbitraje en el Derecho Administrativo”. Editorial Torino. Caracas 2000. Pág. 50.

En este caso, por expresa previsión del artículo 204 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las decisiones que adopte el Consejo Directivo o el Director General de Conatel podrán ser recurrida alternativamente bien, a través del recurso jerárquico “impropio” ante el Ministro de Infraestructura (ministerio de adscripción), o bien, mediante el recurso contencioso administrativo de nulidad ante el órgano competente para conocer el cual en éste supuesto sería la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En caso de elegir atacar primero por la vía del recurso jerárquico impropio, se deberá esperar la decisión o que se verifique el silencio administrativo (con efectos negativos) para acudir a la Sala Político Administrativa.

Por su parte, Conatel en su potestad de policía administrativa velará porque se haga uso racional y no discriminatorio de las vías generales de telecomunicaciones y promoverá la creación y explotación de las mismas (artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones). En este sentido, las personas que posean o controlen vías generales de telecomunicaciones deberán permitir el acceso a los operadores que así lo soliciten teniendo cuidado de no contrariar los principios que sustentan el ejercicio de una libre competencia. Acompaña a Conatel en esta potestad el ente competente en materia de competencia, esto es, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

### **III.- VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES Y LA LEY DEL SERVICIO ELÉCTRICO:**

De la lectura anterior podemos advertir que el régimen previsto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones favorece el derecho de vía por parte de los operadores de telecomunicaciones sobre cualquier infraestructura física que permita la instalación de sus redes atendiendo así a la necesidad de proveerlos de facilidades que en la apertura garanticen una real competencia. Ahora bien, para el caso de las vías generales de telecomunicaciones poseídas o controladas de manera exclusiva o predominante por empresas eléctricas, en virtud de la naturaleza de servicio público que le es reconocida por la propia Constitución (artículo 156, numeral 29), el cumplimiento de estas condiciones adoptan una mayor dimensión y deben verse contrastadas con aquellas condiciones que exige la normativa especial que rige la prestación del servicio eléctrico.

En efecto, el régimen establecido por la Ley del Servicio Eléctrico referido a la utilización por parte de terceros de la infraestructura eléctrica para fines no eléctricos, resulta ser más restrictivo y ello se justifica por las consecuencias que pudieran generarse por el uso de tales líneas por parte de personas ajenas al sector eléctrico, tanto por lo que respecta a la seguridad de bienes o personas como por lo que atañe a la continuidad y calidad del servicio. Como se observa, la Ley del Servicio Eléctrico no es contraria a la utilización de las líneas eléctricas para fines distintos sin embargo, somete tal supuesto a determinadas condiciones precisamente en resguardo del servicio que ella regula.

Sobre el particular, el artículo 62 del referido instrumento legal, dispone que

Quando se pretenda la utilización o aprovechamiento de las instalaciones eléctricas existentes para el tendido de equipos destinados a otros servicios, además de los requisitos legales y técnicos correspondientes, se requerirá la autorización del titular de la servidumbre conforme a lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento.

No sólo se reconoce en la Ley del Servicio Eléctrico el uso de las instalaciones eléctricas para otros fines, sino que en el caso de la construcción de tales instalaciones eléctricas sobre infraestructura dirigida a otros servicios, expresamente manifiesta que se

respetarán los derechos preexistentes sobre instalaciones destinadas a otros servicios, para lo cual se tomarán en cuenta las normas técnicas aplicables, de conformidad con el Reglamento de esta Ley. En defecto de tales normas, se aplicarán los principios de equidad y racionalidad técnica y económica (artículo 61 de la Ley del Servicio Eléctrico)

Como vemos, la Ley del Servicio Eléctrico, sin distinguir los distintos servicios que pudieran hacer uso de las instalaciones eléctricas, expresamente contempla la posibilidad de que se utilicen dichas instalaciones en el tendido de equipos destinados a otros servicios, dentro de los cuales bien podríamos ubicar a las actividades de telecomunicaciones, condicionando este uso tanto al cumplimiento de requisitos legales y técnicos correspondientes como a la autorización del titular de la servidumbre.



Al respecto, el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico (publicado en la Gaceta Oficial No. 5.510 Extraordinario del 14 de diciembre de 2001), expresamente se pronuncia sobre las autorizaciones necesaria a los fines de utilizar instalaciones eléctricas para otros servicios. En este sentido, establece que

*todo interesado en utilizar las líneas e instalaciones eléctricas para otros servicios deberá solicitar la autorización por escrito al titular de la servidumbre, para que éste se pronuncie en un lapso no mayor de treinta (30) días continuos, contados a partir del momento que se reciba la solicitud. En caso de no presentarse respuesta del propietario de las líneas e instalaciones eléctricas en el lapso previsto, se entenderá por negada la solicitud de autorización(artículo 80 del Reglamento).*

Por su parte, el referido Reglamento establece grados de afectación de la zona susceptible de constitución de una servidumbre eléctrica y sobre el particular, gradúa esta afectación imponiendo las limitaciones de uso de las áreas sujetas a servidumbre eléctrica.

Vistas las condiciones que el régimen jurídico referido al sector eléctrico establece en relación con el uso de la infraestructura eléctrica con fines distintos, pasaremos a estudiarlas separadamente.

Condiciones establecidas en la Ley del Servicio Eléctrico y en el Reglamento General para el uso de las instalaciones eléctricas con fines distintos al eléctrico:

***Normas técnicas aplicables:***

Corresponde a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Comisión creada por la propia Ley del Servicio Eléctrico, con autonomía funcional, administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Energía y Minas y con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, el establecimiento de las normas y criterios técnicos, operativos y de funcionamiento que regirán el servicio eléctrico (artículo 17, numeral 17 de la Ley del Servicio Eléctrico).

Hasta tanto esta Comisión no entre en funcionamiento, sus atribuciones serán ejercidas por el Ministerio de Energía y Minas (artículo 102 de la Ley del Servicio Eléctrico). En todo caso, la referida Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberá entrar en funcionamiento en un

plazo no mayor de dos años contados a partir de la publicación en Gaceta Oficial de la Ley del Servicio Eléctrico (artículo 104 de la Ley del Servicio Eléctrico). Hasta tanto ello ocurra, y hasta que no sean dictadas las normas técnicas de instalación, de operación y de seguridad que regulen las actividades del servicio eléctrico nacional, continuarán aplicándose las normas vigentes por expresa previsión del artículo 123 de la Ley del Servicio Eléctrico.

De acuerdo con lo anterior, continúan aplicándose las normas técnicas y las relativas a seguridad contenidas en la Ley de Servidumbres de Conductores Eléctricos de fecha 19 de julio de 1928 (publicada en la Gaceta Oficial Nº 19.382 del 4 de octubre de 1937), Ley que fue derogada por la ley del Servicio Eléctrico solo *“en lo concerniente a la constitución de servidumbres para el servicio eléctrico”* (artículo 125 de la ley del Servicio Eléctrico).

Contiene la referida Ley, las siguientes normas técnicas y de seguridad que deberán tomarse en cuenta en la instalación de infraestructura eléctrica:

Normas técnicas y de seguridad contenidas en la Ley de Servidumbres de Conductores Eléctricos, parcialmente derogada por la Ley del Servicio Eléctrico:

*Artículo 9:* Cuando en el trayecto de una línea de alta tensión, como son las de fuerza y luz eléctrica, existieren líneas telegráficas o telefónicas u otras líneas de alta tensión, deberá respetarse siempre el derecho preexistente de aquellas y evitarse el daño que pueda ocasionárseles tomando al efecto todas las precauciones de distancia y aislamiento que señale la técnica. Cuando estas precauciones hagan indispensables el alejamiento de una línea existente anteriormente, todos los gastos que dicho alejamiento requiera correrán por cuenta de la línea que se instale o haya instalado con posterioridad.

*Único:* El Gobierno Nacional para sus líneas telegráficas y telefónicas y los concesionarios de líneas telefónicas para servicio público, tienen derecho de hacer alejar convenientemente las líneas de luz o de energía eléctrica construidas posteriormente a la instalación de aquellas, cuando demuestren que dichas líneas perturban el servicio de los establecidos con anterioridad, y cuando los dueños de ellas se nieguen a pagar la indemnización debida por el gasto que ocasione la eliminación del inconveniente.

*Artículo 10:* Cuando una línea de energía o luz eléctrica se cruce con una línea telegráfica o telefónica o con otra línea de energía o luz eléctrica, el dueño de aquella deberá usar, en todo caso, alambre forrado y aislado y tomar todas aquellas medidas convenientes para evitar perjuicios y el fenómeno de la inducción.

*Artículo 11:* Cuando se hiciera la instalación de una o varias líneas telefónicas donde ya existieren otras líneas, bien sean telegráficas, telefónicas o de energía o luz eléctrica, deberán guardarse la distancia que la técnica indica, para evitar la inducción o cualquier otro inconveniente.

*Artículo 12:* Las líneas telegráficas, telefónicas o de luz o fuerza eléctrica que pertenezcan a la Nación, los Estados o los Distritos y Municipios tienen derecho a que los fundos de propiedad por donde pasen estén sujetos a la servidumbre que por esta Ley se establece, de conformidad con sus prescripciones.

### ***Normas técnicas y de seguridad contenidas en el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico:***

Hemos indicado en puntos precedentes que el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico incorpora grados de afectación de la zona que será objeto de una servidumbre eléctrica. Si bien estos grados de afectación aplican en la constitución de las servidumbres eléctricas reguladas por la Ley del Servicio Eléctrico, las mismas determinan aquéllas actividades que pueden realizarse en las áreas circundantes a la infraestructura eléctrica y formarán parte de la resolución que dicte la Comisión Nacional de Energía Eléctrica con el fin de autorizar el inicio del procedimiento de constitución de la servidumbre eléctrica por lo que constituye el objeto de la referida servidumbre que podría verse afectado por el derecho de acceso o uso contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 73 del referido Reglamento establece 4 zonas distintas de afectación: (i) zona de torres: en la cual no se permitirá realizar ninguna clase de actividad; (ii) zona de ocupación: en esta zona, previa autorización del titular de la servidumbre (empresa eléctrica) podrán realizarse cultivos de baja altura, labores de pastoreo, construir caminos o senderos, y otras clases de construcciones “que no pongan en peligro la integridad de las instalaciones eléctricas”; (iii) zona de protección: en esa zona se podrá realizar cualquier actividad, a riesgo

de quien las realice y “bajo la previa autorización escrita del titular de la servidumbre”; y, (iv) zona de vigilancia y mantenimiento: en esa zona se podrá realizar cualquier actividad, “previa autorización expresa y por escrito del titular de la servidumbre”.

Además de estas condiciones que el Reglamento incorpora e efectos del uso de la zona objeto de servidumbres eléctricas, expresamente se pronuncia sobre la instalación de infraestructura eléctrica sobre instalaciones destinadas a otros servicios. Así, dispone que

en ausencia de normas técnicas aplicables para la construcción de instalaciones eléctricas sobre instalaciones destinadas a otros servicios públicos se aplicarán los principios establecidos en el artículo 761 de la Ley. Además se tomarán las precauciones sobre distancia, aislamiento, señalización, tensión mecánica y demás medidas necesarias para evitar perjuicios de bienes y personas, fenómenos de inducción o cualquier inconveniente. En caso que el cumplimiento de estas precauciones haga indispensable el alejamiento de una línea existente, los gastos que se ocasionen por este motivo serán a expensas del beneficiario de la servidumbre de la instalación eléctrica (artículo 75 del Reglamento)

A pesar que la norma citada se refiere al supuesto contrario, esto es, a la instalación de infraestructura eléctrica sobre elementos físicos destinados a la prestación de otro servicio, somos del criterio que las consideraciones allí contenidas deben tomarse en cuenta igualmente para el supuesto en estudio esto es, en la instalación de infraestructura destinada a otros servicios (en nuestro caso telecomunicaciones) sobre instalaciones eléctricas ya existente.

Por último, serán aplicables a la instalación de la infraestructura de telecomunicaciones sobre la infraestructura eléctrica, las normas dictadas por la Comisión Venezolana de Normas Industriales (COVENIN) y aquellas relativas a seguridad industrial y del trabajo que contenga la normativa laboral vigente.

#### ***Autorización del titular de la servidumbre:***

La segunda condición a la cual la Ley del Servicio Eléctrico somete el uso de la infraestructura eléctrica con fines distintos al eléctrico, lo constituye la autorización del titular de la servidumbre. En este sentido,

en el aprovechamiento de la infraestructura física instalada por las empresas eléctricas con el fin de emplazar infraestructura de telecomunicaciones dirigida a la prestación de servicios de telecomunicaciones, se deberá obtener autorización del titular de la servidumbre eléctrica, esto es, de la empresa eléctrica de que se trate, beneficiaria de la servidumbre creada en el ejercicio de sus actividades dentro del sector atendiendo a la norma contenida en el artículo 55 de la Ley del servicio eléctrico que expresamente consagra que “todo inmueble está sujeto a la servidumbre que requiera el normal desenvolvimiento de las actividades de las empresas del servicio eléctrico”.

Al respecto, señala el artículo 62 de la Ley del Servicio Eléctrico que

cuando se pretenda la utilización o aprovechamiento de las instalaciones eléctricas existentes para el tendido de equipos destinados a otros servicios, además de los requisitos legales y técnicos correspondientes, se requerirá la autorización del titular de la servidumbre conforme a lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento.

El procedimiento relativo a esta autorización aparece expresamente previsto en el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico en los siguientes términos:

Artículo 80: Todo interesado en utilizar las líneas e instalaciones eléctricas para otros servicios deberá solicitar la autorización por escrito del titular de la servidumbre, para que éste se pronuncie en un lapso no mayor de treinta (30) días continuos, contados a partir del momento que se reciba la solicitud. En caso de no presentarse respuesta del propietario de las líneas e instalaciones eléctricas en el lapso previsto, se entenderá por negada la solicitud de autorización.

Indicamos en el capítulo correspondiente al procedimiento de constitución del derecho de acceso o de vía contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que el operador de telecomunicaciones debía dirigir una comunicación escrita al titular o poseedor de la vía general de telecomunicaciones de que se trate y éste tendría un lapso para responder tal solicitud, lapso que deberá ser establecido por el reglamentista y como vimos en el párrafo anterior, el Reglamento General

de la Ley del Servicio Eléctrico dispone al titular o poseedor de las vías generales de telecomunicaciones constituidas por infraestructura eléctrica, un plazo de 30 días para responder la solicitud de todo aquel interesado en utilizarlas en fines distintos al eléctrico, lapso que a nuestro modo de ver aplica a la fecha en el caso de la utilización de las vías generales de telecomunicaciones constituidas por infraestructuras eléctricas.

Por su parte, el referido Reglamento establece ciertos requisitos y documentos que el titular de la servidumbre debe exigir previamente a otorgar su autorización. En este sentido establece

Artículo 81 Para la aceptación y posterior autorización del titular de la servidumbre. Éste deberá exigir previamente la documentación que identifique el carácter de quien solicita dicha autorización, comprobándolo mediante lo siguiente:

- 1.- Título que autorice la prestación del servicio que se trate;
- 2.- Derecho de uso de bienes de dominio público, de ser el caso;
- 3.- Autorización escrita del propietario o titular de derechos reales sobre el predio sirviente.

Sobre el primer requisito, en nuestro caso y en el tema que estamos desarrollando, el título lo constituye la habilitación administrativa que haya sido otorgada al operador de telecomunicaciones. El segundo requisito sería satisfecho con el derecho de uso contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al cual ya nos hemos referido. Por último, la autorización escrita del propietario del fundo sirviente merece algunas consideraciones.

Es principio contenido en nuestro código civil (artículo 733) que quien tenga un derecho de servidumbre no puede usarlo sino según su título y su posesión. Por su parte, establece el artículo 662 del mismo código que “el propietario que ha obtenido el paso no puede cambiar en nada la situación que tiene...”. Hemos visto además que todo inmueble está sujeto a servidumbre con el objeto de favorecer un mejor desenvolvimiento de las actividades eléctricas (artículo 55 de la Ley del Servicio Eléctrico). Ahora bien, una vez que esta infraestructura eléctrica va a ser usada por un tercero en su prestación de servicios a distintos usuarios, parece claro que la servidumbre eléctrica primitivamente constituida estaría siendo objeto de modificación y en este sentido se justifica la necesidad de obtener una autorización por parte de éste último.

Sin embargo, no bastaría sólo la autorización del propietario del fundo sirviente sino que se requeriría de la autorización de la propia empresa eléctrica con el objeto de hacer uso de sus instalaciones. En tal sentido el artículo 57 de la Ley del Servicio Eléctrico es claro al indicar que “en el área afectada por servidumbre no podrán realizarse actividades, construcciones, obras o plantaciones que perturben, obstaculicen o menoscaben el ejercicio de los derechos del beneficiario de la servidumbre, sin la autorización escrita de éste”.

En todo caso, la autorización otorgada por la empresa eléctrica debe ser producto de un acuerdo entre las partes, donde se determine por lo menos “el monto a pagar por el uso de las instalaciones y líneas eléctricas y las condiciones para el uso de éstas”. (Artículo 82 del Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico).

En el supuesto que la vía general de telecomunicaciones discurra en propiedad privada, esto es, que no sea beneficiaria de servidumbre eléctrica, como ocurre en algunos casos en los cuales las empresas eléctricas adquieren ciertos inmuebles por la vía de la expropiación, se requeriría igualmente de la autorización de la empresa eléctrica para su uso por parte del operador de telecomunicaciones. Asimismo, somos de la consideración que en caso de concesiones de distribución y transmisión, toda vez que las mismas constituyen un servicio público gestionado por particulares a través del otorgamiento de una concesión (artículos 27, 35, 44 y 45 de la Ley del Servicio Eléctrico), el uso de la infraestructura de estas concesionarias con fines distintos o para la prestación de servicios de telecomunicaciones, pudiera ser objeto de autorización previa por parte del Ministerio de Energía y Minas toda vez que tal uso pudiera influir en las condiciones de prestación del servicio público eléctrico que se gestiona. Para ello será necesario verificar lo que el respectivo contrato de concesión establezca sobre el particular.

Por último, conviene destacar que el acuerdo de uso de instalaciones eléctricas con fines distintos al servicio eléctrico, debe ser remitido por la empresa eléctrica a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, “sin perjuicio de la facultad de ésta de velar por la calidad y continuidad del servicio eléctrico” (artículo 82 del Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico). En el caso del uso u ocupaciones indebidas de las servidumbres de conductores eléctricos, las empresas eléctricas contarán con el apoyo

de las autoridades administrativas y de seguridad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 111 del Reglamento de la Ley del Servicio Eléctrico.

Como vemos, existe un régimen especial que tanto el operador de telecomunicaciones que quiera hacer uso de las instalaciones eléctricas como la empresa eléctrica titular o poseedora de éstas deben tomar en cuenta en la oportunidad de hacer efectivo por parte del operador, su derecho de acceder o hacer uso de las llamadas vías generales de telecomunicaciones.

#### **IV.- EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES POR PARTE DE EMPRESAS ELÉCTRICAS:**

No existe en nuestra legislación prohibición alguna a las empresas eléctricas en la prestación de servicios distintos al eléctrico. Por el contrario, la propia Ley del Servicio Eléctrico contempla tal supuesto y en consecuencia, dispone que “el uso de las instalaciones de y transmisión o distribución para fines no eléctricos deberá contabilizarse de forma separada, de manera que facilite la imputación de los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos relacionados con ese uso” (Parágrafo Primero del artículo 6° de la Ley del Servicio Eléctrico)

En ese sentido, la empresa eléctrica bien podría explotar directamente las redes de telecomunicaciones que posea ya instalada o bien hacer uso del derecho que tendría a la vía general de telecomunicaciones que supone su propia infraestructura eléctrica e instalar redes de telecomunicaciones con el objeto de realizar actividades de telecomunicaciones no sólo en condiciones de autoprestación sino a terceros y dentro de este escenario, explotar las distintas formas que podría adoptar el desarrollo de actividad de telecomunicaciones a saber: (i) disposición de las redes a favor de un transportista (*carrier's carrier services*); transporte (*carrier services*); prestación de servicios de telecomunicaciones a usuarios finales. Para ello, deberá obtener las autorizaciones que consagra la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a las cuales nos hemos referido en el presente trabajo y someterse a las previsiones de la referida ley.

Al respecto, hemos comentado en capítulos anteriores que a tenor de lo que dispone la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el



establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones así como la prestación de servicios de telecomunicaciones, requiere la obtención de una habilitación administrativa correspondiente. Las condiciones y requisitos que el interesado deberá cumplir con el objeto de obtener tal habilitación administrativa aparecen indicados actualmente en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico y en el Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica. En un futuro otros requisito podrán estar igualmente contenidos en cualquiera otro cuerpo normativo que se dicte al efecto, según los atributos que se incorporen.

La habilitación administrativa será otorgada por un período que no exceda de 25 años (aunque este lapso puede ser renovado por iguales períodos)<sup>23</sup>, a personas domiciliadas en el país, salvo lo que dispongan los tratados internacionales vigentes celebrados por la República Bolivariana de Venezuela, en los términos y condiciones que señale Conatel de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, independientemente de su calificación como empresa nacional, mixta o extranjera.

El Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico, contempla cinco (5) tipos de habilitaciones administrativas: (1) De radiodifusión sonora y televisión abierta; (2) De radiodifusión sonora y televisión abierta comunitaria; (3) De radioaficionados; (4) Especiales; y, (5) Generales. Cada tipo de habilitación está sometido además a condiciones especiales o “Condiciones Generales” que serán establecidas por Conatel y que atienden la actividad o servicios concretos de telecomunicaciones (“atributo” en los términos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”), que las mismas incorporan.

A pesar que en la fecha de escribir este trabajo no ha sido publicado en Gaceta Oficial el reglamento que desarrolle los atributos de las distintas habilitaciones administrativas, Conatel en seguimiento a lo dispuesto en

---

23 Según el reglamento por ejemplo, las habilitaciones administrativas denominadas “especiales”, tendrán una vigencia máxima de 2 años y en cualquier caso, los atributos tendrán la misma duración que la habilitación administrativa, independientemente de la fecha en la cual hayan sido incorporados.

el artículo 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, ha publicado en su página web, el borrador de la “Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas”, en la cual se indican las actividades o atributos que podrán ser explotados al amparo de una habilitación administrativa. Así por ejemplo, constituye un atributo de la habilitación administrativa general el servicio de “transporte”, que es definido por el citado borrador como el

servicio de telecomunicaciones que permite la transmisión de información de cualquier naturaleza, sin que ésta se modifique, entre puntos de acceso previamente acordados. Permite la transmisión de información de cualquier naturaleza con un ancho de banda y/o durante un tiempo determinado, a través de circuitos exclusivos o no, conservando en todo momento la operación directa de la red de telecomunicaciones.

Además de atender al cumplimiento del régimen antes indicado, la empresa eléctrica “deberá contabilizarse de forma separada, de manera que facilite la imputación de los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos relacionados con ese uso”.

Resalta como corolario de lo aquí expuesto, que las empresas eléctricas que pretendan incursionar en el mercado de las telecomunicaciones deben tener muy en cuenta, no sólo las previsiones especiales que se establecen en la obtención de la respectiva habilitación administrativa, sino toda aquella que pudiera serle aplicable en su condición de empresa eléctrica con ocasión de la prestación de servicios o la realización de actividades en esta área.

## **V.- CONCLUSIONES:**

- 1.- El derecho de uso acceso a las vías generales de telecomunicaciones constituye una nueva estructura jurídica surgida de la apertura de las telecomunicaciones a la libre competencia como mecanismo que garantice una real competencia en éste sector.
- 2.- El régimen sobre las vías generales de telecomunicaciones incorpora tanto un derecho de uso o acceso al operador de telecomunicaciones, esto es, a la persona natural o jurídica que haya obtenido la corres-

pondiente habilitación administrativa en los términos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como una obligación a la empresa que las controle o posea cuando la misma sea insustituible.

- 3.- No existen criterios objetivos que ayuden a definir o identificar la “insustituibilidad” de una vía general de telecomunicaciones.
- 4.- A pesar que se favorece la constitución del derecho de uso sobre infraestructura física de terceros, estos pueden oponerse a permitir el acceso en los casos previstos en la Ley. No obstante, basta que Conatel declare la insustituibilidad de la vía general de telecomunicaciones y en consecuencia ordene la ejecución forzosa de la obligación legal.
- 5.- El uso o acceso por parte de operadores de telecomunicaciones a vías generales de telecomunicaciones poseídas o controladas por empresas eléctricas exige cumplir con la regulación especial que les son aplicables por el servicio público al cual se encuentran afectas.
- 6.- La Ley del Servicio Eléctrico permite el uso de infraestructura eléctrica con fines distintos al eléctrico, en los términos y condiciones que esta legislación señala.
- 7.- No existe prohibición legal para que las empresas eléctricas aprovechando su propia infraestructura de telecomunicaciones o instalando redes de telecomunicaciones haciendo uso de su propio derecho de uso a la infraestructura eléctrica, exploten actividades de telecomunicaciones bien en condiciones de autoprestación o a terceros usuarios.
- 8.- En el caso que una empresa eléctrica decida prestar servicios o desarrollar actividades de telecomunicaciones, deberá obtener las autorizaciones necesarias y cumplir con la normativa especial en materia de telecomunicaciones. Asimismo, deberá contabilizarse de forma separada, de manera que facilite la imputación de los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos relacionados con ese uso y someterse a las demás previsiones que le imponga la legislación especial en su condición de empresa eléctrica prestadora de otros servicios.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Ángel Carrasco y Encarna Cordero, artículo intitulado “El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones”, incluido en la publicación colectiva “Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones”. Gómez Acebo & Pomo Abogados. Aranzadi Editorial, S.A. España. Pamplona.
- Castejón Martín, Luis Nomenclatura, términos técnicos, conceptos de los mercados de las telecomunicaciones”. Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Aranzadi Editorial. Pamplona, España. 1998.
- Compilación sobre “Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones”. Civitas. Primera Edición. 1999.
- Fernando Garrido Falla, “Tratado de Derecho Administrativo”. Volumen II. Editorial Tecnos, S.A. 1992.
- Fraga Pittaluga Luis, “El Arbitraje en el Derecho Administrativo”. Editorial Torino. Caracas 2000
- Héctor Jorge Escola. “El interés Público como fundamento del derecho administrativo”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1989.
- Jesús Trillo-Figueroa Martínez-Conde. “Competencia y Sector Eléctrico: Un nuevo Régimen Jurídico”. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1997.
- II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Fundación Estadios de Derecho Administrativo. Caracas 1996. Página 361.
- José Luis Aguilar Gorrondona. “Derecho Civil II. Manual de Derecho. Cosas Bienes y Derechos Reales”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1996.

# **La responsabilidad extracontractual de la administración pública**

Manuel Rodríguez Costa\*

## **Contenido**

I.- Consideraciones Previas

II.- Noción de Daño Moral

III.- Configuración Jurisprudencial del Daño Moral

A.- Concepto de Daño Moral<sup>8</sup>

B.- Prueba del Daño Moral

C.- Estimación de la Indemnización por Daño Moral

D.- La Imprudencia del daño Moral en la Responsabilidad Contractual

IV.- Consideraciones Finales

Bibliografía

---

\* Abogado por la UCV con Diploma Magna Cum Laude.

## I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración –decía Hauriou– que reclama el instituto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder Público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio.

El principio de legalidad –y su garantía en el recurso contencioso-administrativo– y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen, por ello, los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende, justamente, de su correcto juego.<sup>1</sup>

En estas líneas nos centraremos especialmente en uno de dichos soportes del Estado de Derecho: La *responsabilidad extracontractual* de la Administración; la que podemos definir como el sistema por medio del cual los particulares pueden reclamar y obtener indemnizaciones por los daños patrimoniales que les sean ocasionados por los entes públicos, tanto por su funcionamiento anormal como por su funcionamiento normal<sup>2</sup>.

El fundamento normativo del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado podemos encontrarlo en el texto constitucional, entre otros en el artículo 47, el cual expresamente dispone:

*Artículo 47.-* En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

A pesar de la redacción en negativo del precepto transcrito, del mismo se desprende la responsabilidad del Estado venezolano, la cual podrá ser exigida tanto por nacionales como por extranjeros a la República,

---

1 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, Tomo II, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1993; Pág. 357.

2 ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A.: *La Responsabilidad Extracontractual del Estado Venezolano*, en II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996; Pág. 807.

Estados o Municipios, por los daños, perjuicios o expropiaciones de que sean objeto por las autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

En los términos de la Constitución de la República, la responsabilidad de la Administración se formula como una responsabilidad directa, no como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos. Por otra parte, el texto constitucional, prescinde del elemento tradicional de ilicitud o culpa, para articularse como una responsabilidad puramente objetiva.

En efecto, la Administración responde, según el precepto antes citado, por los daños causados a los particulares por autoridades legítimas en el ejercicio de sus funciones, sin considerar que dichos perjuicios sean el resultado de una actuación ilícita o culpable de la Administración.

Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial.<sup>3</sup>

De esta forma se configura el sistema venezolano de responsabilidad extracontractual de la administración bajo una doble vertiente; la primera de ellas, la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular del administrado; la segunda, la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal de los servicios públicos.

La responsabilidad sin falta o por sacrificio particular es el régimen resarcitorio de daños, anormales y especiales, producto de la actividad administrativa en el cual el carácter normal o anormal (o, si se quiere, el carácter lícito o ilícito) del funcionamiento de dicha actividad es irrelevante a los fines de declarar la responsabilidad; es decir, que una vez probado

---

3 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1993; Pág. 372.

solamente el daño caracterizado y su relación con la función administrativa. la Administración debe responder económicamente para restablecer la integridad patrimonial antijurídicamente lesionada<sup>4</sup>.

Este sistema de responsabilidad de la Administración está basada en la idea objetiva de la lesión, esto es de la lesión o daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar (antijuricidad objetiva), siendo el fundamento último de este tipo de responsabilidad el principio de la igualdad ante las cargas públicas.

En el régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal de los servicios públicos, a los fines de condenar patrimonialmente a un ente administrativo es necesario comprobar la falta o funcionamiento anormal, el cual hace referencia al incumplimiento por parte de la Administración de un deber al cual estaba obligada jurídicamente a prestar.

Ambos regímenes de responsabilidad extracontractual de la Administración tienen como objetivo el resarcimiento de los perjuicios causados a los particulares como consecuencia de una actuación administrativa lícita o ilícita. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva).

La antijuricidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate<sup>5</sup>.

El concepto técnico de lesión resarcible, en criterio de Eduardo García de Enterría, a los efectos de la responsabilidad, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación,

---

4 ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A.: *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995; Pág. 101.

5 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1993; Pág. 373.



no en la comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso la Administración), puesto que si el perjuicio se imputase al mismo titular no habría antijuricidad, porque nadie puede hacerse agravio jurídico a sí mismo, ni cabe imaginar tampoco un auto-deber de reparación, y si se imputase a una causa extraña o a fuerza mayor, sobre faltar también la nota de antijuricidad, no existiría un sujeto al que atribuir el deber de resarcimiento, que es la finalidad última de la institución<sup>6</sup>.

Dentro de dichas lesiones que son resarcibles por vía del instituto de la responsabilidad administrativa, se encuentra la figura del daño moral ocasionado por la actuación, lícita o no, de la Administración.

El tema del daño moral dentro de los sistemas de responsabilidad extracontractual del Estado no representa un tema nuevo dentro del derecho comparado, en el cual se ha reconocido desde inicios del siglo veinte la posibilidad de que el Estado sea condenado a indemnizar los daños morales sufridos por los particulares como consecuencia de su acción. Muestra de lo anterior lo representa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en Sala de Casación de 21 de julio de 1922, con ponencia de *Tancredo Nannetti*, en la cual se ordena indemnizar los perjuicios morales causados por empleados del municipio de Bogotá al extraer y lanzar ilegalmente a la fosa común los restos mortales de la esposa, que eran venerados por su marido<sup>7</sup>.

La jurisprudencia española también se ha pronunciado sobre la indemnización del daño moral ocasionado por el actuar administrativo, utilizando para ello la fórmula de *perturbación grave de las condiciones de existencia*. Es explícita en este sentido la sentencia de 12 de marzo de 1975 (asunto de “Los novios de Granada”), que declara indemnizable la muerte de un hijo, por estimar que “debe reputarse como lesión indemnizable en cuanto su presencia presente, junto con el aspecto

---

6 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1993; Pág. 374.

7 HENAO PÉREZ, Juan Carlos: *Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*, en II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996; Pág. 738.

puramente afectivo, otro que al producirse su privación se revela como daño a un derecho"; la misma sentencia considera perjuicio indemnizable la muerte del novio

en cuanto a la prometida bastaría la invocación del artículo 44.2 Código Civil –no su aplicación pormenorizada, para la que faltan las pruebas pertinentes– para poner de relieve la existencia de lesión patrimonial de un derecho causada por la muerte de la persona con quien iba a contraer matrimonio pocos días después.

La sentencia invoca también como título legal para la indemnización de los daños morales el artículo 104 del Código Penal, que expresamente los cita, junto a los perjuicios materiales, como objetos de reparación, incluso los causados a la familia del dañado o a un tercero. Tampoco discute la posibilidad legal de resarcimiento de este tipo de daños la sentencia de 28 de noviembre de 1968 (asunto Gerente de Nueva Esperanza), aunque desestime la reclamación por entender que los daños morales producidos al reclamante por las noticias falsas publicadas en la prensa no habían sido causadas por la negativa de la Administración a reconocer en toda su amplitud el derecho de réplica previamente ejercitado, sino que se habían producido por la propia conducta de la empresa periodística que difundió la noticia falsa.<sup>8</sup>

A través del presente estudio analizaremos el tratamiento doctrinal y jurisprudencia que ha tenido el daño moral, tanto en sus consideraciones generales, como en el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, a los fines de tratar de establecer algunas conclusiones en cuanto a su configuración dentro de este tipo especial de responsabilidad.

## **II.- NOCIÓN DE DAÑO MORAL**

La figura del daño moral tiene expresa consagración legal en el artículo 1196 del Código Civil Venezolano, norma introducida en nuestra legislación civil desde el año de 1942, el cual expresamente estatuye:

---

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1993; Pág. 375.

*Artículo 1196.*- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuges, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

Con anterioridad al dispositivo antes transcrito no existía norma legal que consagrara tal figura, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia anteriores al Código Civil de 1942 admitían su procedencia plenamente en materia de responsabilidad delictual.

La doctrina suele clasificar los daños en base a la naturaleza del patrimonio afectado, en daños materiales y morales.

El daño material consiste en la pérdida o disminución de tipo económico o patrimonial que una persona experimenta en su patrimonio. En contraposición a la noción anterior, se presenta la definición de daño moral como el consistente en la afección de tipo psíquico, moral, espiritual o emocional que experimenta una persona; representado en definitiva por todo sufrimiento humano que no consista en una pérdida pecuniaria<sup>9</sup>.

En relación con el daño moral, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan a afirmar que sólo procede su reparación en materia de responsabilidad extracontractual, y no en todas las situaciones, sino sólo en los casos de hechos ilícitos.

Gran parte de los autores consideran que el daño moral sólo es susceptible de producirse en materia de responsabilidad civil delictual, negando su existencia en materia de responsabilidad civil contractual. Dichos autores sostienen tal afirmación en la idea de que las relaciones jurídicas contractuales son necesariamente de orden material y no moral, de contenido eminentemente patrimonial. Por otra parte, se afirma que el daño moral por carecer de contenido patrimonial no puede ser

---

9 MADURO LUYANDO, Eloy: *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, Séptima Edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989; Pág. 142 a 143.

considerado dentro de los daños previstos o previsibles para el momento de la celebración del contrato, por lo cual está prohibida su indemnización, en base a lo estatuido en el artículo 1274 del Código Civil<sup>10</sup>.

Este criterio ha sido criticado por quienes sostienen que, si el daño moral consiste en todo sufrimiento humano que no radique en una pérdida pecuniaria, nada se opone a que el incumplimiento de un contrato pueda producir en el acreedor un estado de sufrimiento psíquico; que en caso de ocurrir, pueda y deba ser indemnizado. Por otra parte, se sostiene que no hay razón alguna para no ser considerado como previsto o previsible el daño moral en materia de contratos, tanto más si se tiene en cuenta que el sufrimiento psíquico es propio de los humanos y a fin de cuentas el contrato no es más que una relación entre humanos.

En materia de daño moral la doctrina distingue dos aspectos del mismo: 1) El daño que afecta el aspecto social del patrimonio moral, y 2) El daño que afecta la parte afectiva del patrimonio moral.

El daño que afecta el aspecto social del patrimonio moral abarca en general las hipótesis de atentado al honor, a la reputación, al prestigio social y se traduce en perjuicios relativamente fáciles de determinar económicamente.

El daño que afecta al aspecto afectivo del patrimonio moral abarca las diversas hipótesis del sufrimiento psíquico y emocional, siendo por ello más difícil de estimar pecuniariamente.

Los elementos antes aludidos han llevado a la doctrina y la jurisprudencia a afirmar que el daño moral debe considerarse como de carácter personalísimo, y en consecuencia, solo exigible por la persona que haya sufrido el mismo.

Volviendo sobre la definición del daño moral, existen autores disidentes, que consideran que el oponer el perjuicio material al moral no resulta correcto. En primer término por el hecho que las expresiones no están muy bien elegidas.

En efecto, se está tentado a definir el perjuicio material como aquel que afecta a un objeto material, corporal; y el perjuicio moral, como

10 *Artículo 1274.*- El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo.

aquel que afecta al mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos (tal como lo ha definido la doctrina mayoritaria).

Ahora bien, ése no es el sentido exacto de la distinción. Se debe entender por perjuicio material aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente, el perjuicio patrimonial (si se admite que el patrimonio no contiene sino elementos pecuniarios) y se entiende por perjuicio moral aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial.

Es raro que un perjuicio moral no vaya acompañado de un perjuicio material. Desde este punto de vista cabe oponer dos categorías de perjuicios morales. Los unos están unidos a un perjuicio material. Así, aquellos que afectan a lo que puede llamarse la parte social del patrimonio moral; alcanzan a una persona en su honor, su reputación, su consideración. Igualmente, los padecimientos físicos, las heridas que causan lesiones estéticas, etc. Los otros están exentos de toda mezcla.

Cuando el perjuicio moral está unido a un perjuicio material, al concederle reparación al segundo, se le concede reparación al primero. Por el contrario, cuando el perjuicio moral es distinto de todo perjuicio material, se plantea la cuestión de saber si la víctima puede obtener reparación de aquél<sup>11</sup>.

La adscripción de la noción al plano de los bienes extrapatrimoniales, idónea para desvincularlo de imperfectas definiciones que lo limitan al ámbito del dolor físico, o de las aflicciones subjetivas, sigue esa línea que podemos denominar “conceptualista”, que se detiene en la delimitación de las características teóricas del daño moral, pero no logra acertar logrando que esa estructura sea (en los hechos) idónea para proporcionar a quienes padecen este tipo de detrimentos, una indemnización razonable<sup>12</sup>.

---

11 MAZEAUD, Henri y Lèon y MAZEAUD, Jean: *Lecciones de Derecho Civil, La Responsabilidad Civil – Los Cuasicontratos*, Parte Segunda, Volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América; Pág. 67 a 68.

12 IRIBARNE, Héctor Pedro: *De la Conceptualización del Daño Moral como Lesión a Derechos Extrapatrimoniales de la Víctima a la Mitigación de sus Penurias Concretas en el Ambito de la Responsabilidad Civil*, en la obra colectiva *La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberf*, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot; Pág. 377 y sig.

El resarcimiento en esta materia debe concebirse más allá de la idea de fijar un *pretium doloris*. La única reparación posible del dolor es mitigar los padecimientos, que no es suprimirlos, a través del consuelo.

El tránsito de la esfera extrapatrimonial de una persona al consuelo de los padecimientos que lo han ofendido presupone partir de la consideración genérica del ámbito en que se produjo el menoscabo, para finalmente identificar el perjuicio como lesión a un bien concreto y concebir el modo razonable a través del cual, atentas las condiciones de la víctima, las circunstancias del hecho generador, y nuestras costumbres, puede consolarse al reclamante.

Los autores consideran que “pretender aplicar a la indemnización de daños tales como el dolor o el sufrimiento físico o moral, el principio de la reparación integral importa una ilusión. Se trata en efecto de perjuicios que, por definición, son intraducibles en términos monetarios. Decir que se los repara por medio del pago de una suma de dinero es entonces, de todas maneras, inexacto, pero afirmar que la reparación debe ser integral, es decir, congruente con la magnitud real del perjuicio, es un puro y simple sin sentido. En verdad, si se admite la compensación pecuniaria de estos perjuicios, lo que, en sí, es muy discutible, no puede ser más que a título de consuelo *solatium* o eventualmente, con la condición de no hacer jugar el seguro, de “pena privada”. Pero cualquiera que sea el fundamento adoptado, es tan ilusorio tratar de asegurar una adecuación entre la indemnización y el daño.

Lo anterior representa a grandes rasgos los criterios doctrinales que se han formulado en torno a la figura del daño moral; es necesario ahora analizar la posición de la jurisprudencia al respecto.

### **III.- CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO MORAL**

#### **A.- Concepto de Daño Moral:**

La jurisprudencia, al igual que la doctrina, ha definido el daño moral haciendo referencia a conceptos tales como: el sufrimiento en la esfera íntima de la personalidad de los individuos, el derivado de lesiones corporales, aquellos que afectan los bienes inmateriales del individuo o sus relaciones familiares, en definitiva la afectación de derechos inherentes a la personalidad.

Muestra de la posición que ha adoptado la jurisprudencia al definir el concepto de daño moral son las siguientes decisiones:

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 11 de mayo de 1985<sup>13</sup>:
 

“...todo menoscabo que las personas puedan sufrir en *sus bienes inmateriales; o sea, en sus afecciones, sentimientos, relaciones de familia* y, en general en todos aquellos que constituyen sus *bienes no patrimoniales*”. (Énfasis nuestro).
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 16 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Héctor Grisanti Luciani, caso Francisco Suárez Galeano contra C.A. Venezolana de Navegación<sup>14</sup>:
 

“El daño moral es el *inferido a derechos inherentes a la personalidad* o a valores que pertenecen más al campo afectivo que a la realidad material económica.” (Énfasis nuestro).
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 14 de diciembre de 1995, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, en juicio de Wilmer Aponte y otro contra Instituto Nacional de Hipódromos, expediente número 9.262, sentencia número 975<sup>15</sup>:

Constituye daño moral *el sufrimiento por un individuo en la esfera íntima de su personalidad*, que conlleve a la degradación de su valor como persona humana, respecto de otros en la sociedad en que se desenvuelve o frente a sí mismo, daño ocasionado injustamente por un tercero.

Igualmente, es susceptible de ser considerado presupuesto de daño moral, el sufrimiento padecido por una persona en virtud de *lesión corporal o por la pérdida física de determinados familiares* ocasionada por un acto ilícito de un tercero. (Énfasis nuestro).

---

13 Consultada en Enciclopedia Jurídica Opus, Ediciones Libra, Pág. 9 y 10.

14 Consultada en ORTIZ – ALVAREZ, Luis A.: *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual de Estado (1961 – 1997)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Funeda, 1997; Pág.454.

15 Consultada en PIERRE TAPIA, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Año XXII, diciembre, Editorial Pierre Tapia; 1995; Pág. 168 y 169.

### **B.- Prueba del Daño Moral:**

En cuanto a la prueba del daño moral, la jurisprudencia ha sido constante, reiterada y pacífica al afirmar que el mismo no es susceptible de prueba directa, el sujeto que pretenda ser indemnizado por tal concepto deberá comprobar la ocurrencia del hecho ilícito que generó el daño moral. Entre las sentencias que han establecido tales criterios podemos citar las siguientes:

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 11 de mayo de 1985<sup>16</sup>:

...los daños morales *no se prestan a experticias ni a cálculos matemáticos*, y ésta es la razón por qué en dichos casos la apreciación del daño es de la incumbencia del Juez, quien puede o no acordar la indemnización, según lo encuentre procedente, atendiendo naturalmente “a las cualidades morales y reputación respectiva del ofensor y del ofendido, lo mismo que a la condición social, estado de familia de uno y otro, causa de la injuria y de las circunstancias especiales” y cuidándose, prudentemente, agrega esta Corte, de no caer en la arbitrariedad y en la injusticia. (Énfasis nuestro).

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 29 de septiembre de 1988<sup>17</sup>:

“Tienen establecido la Sala de Casación Civil que los daños morales por su naturaleza esencialmente subjetiva, *no están sujetos a una comprobación material directa*” (Énfasis nuestro).

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 16 de noviembre de 1994<sup>18</sup>:

... lo que debe acreditarse plenamente en una reclamación por daño moral es el llamado “*hecho generador del daño moral*”, o sea el conjunto de circunstancias de hecho que genera la aflicción cuyo *petitum doloris se reclama*... Probado que sea el hecho generador, lo que produce es una estimación, lo cual se hace al prudente arbitrio del Juez. *Ningún auxiliar o medio probatorio puede determinar cuánto sufrimiento,*

---

16 Consultada en Enciclopedia Jurídica Opus, Ediciones Libra, Pág. 9 y 10.

17 Consultada en Enciclopedia Jurídica Opus, Ediciones Libra, Pág. 10.

18 Consultada en PIERRE TAPIA, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Año XXII, agosto – septiembre, Editorial Pierre Tapia; 1996; Pág. 151 y 152.



*cuánto dolor, cuánta molestia, cuánto se mermó un prestigio o el honor de alguien...*

Al decidirse una reclamación por concepto de daños morales, el sentenciador, necesariamente, ha de sujetarse al proceso lógico de establecer los hechos, de calificarlos y de llegar a través de este examen a la aplicación de la ley, analizando la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable. (Énfasis nuestro).

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 14 de diciembre de 1995, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, en juicio de Wilmer Aponte y otro contra Instituto Nacional de Hipódromos, expediente número 9.262, sentencia número 975<sup>19</sup>:

Así, considera esta Sala, que quien pretende ser indemnizado pecuniariamente en virtud de un daño moral en su honor y reputación, valores reconocidos desde antaño en nuestra sociedad, *debe en su pretensión mantener incólume la verdad de lo que alega, pues ésta no es escindible ni fracturable*. La verdad, como la justicia, el honor y la reputación, son valores que descansan en la integridad de lo que manifiestan y como atributos de los que las sostienen. Si se ha de invocar en juicio, no puede ser utilizada como fundamento de un daño moral sufrido y agregarle hechos que la desvirtúan...

Por consiguiente, la reparación pecuniaria que se pudiese acordar debe estar íntimamente relacionada con el reconocimiento que la Sala otorgue a los valores que se reputen lesionados, y la verdad que ésta reconozca en la fundamentación de dichos valores. (Énfasis nuestro).

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 25 de junio de 1997, con ponencia de la Magistrado Conjuez Dra. Magaly Perretti de Parada, en juicio de Juan José Márquez y otra, contra Gilberto de Jesús Roa Vivas y otra, expediente número 93-176, sentencia número 160:

---

<sup>19</sup> Consultada en PIERRE TAPIA, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Año XXII, diciembre, Editorial Pierre Tapia; 1995; Pág. 169 y 171.

El inmenso dolor que la muerte de su hijo le causa a los demandantes *no es objeto de prueba por cuanto el legislador presume su existencia*, por lo que exonera de prueba dicha circunstancia, además de constituir *un hecho subjetivo que como tal no puede ser probado; por lo cual lo que se debe probar en estos casos son los hechos constitutivos del hecho dañoso...* (Énfasis nuestro).

### **C.- Estimación de la Indemnización por Daño Moral:**

Como consecuencia de la definición del daño moral, afectación de bienes no patrimoniales, y de la imposibilidad de probar en forma directa la ocurrencia del daño moral, por ser un elemento de naturaleza subjetiva, la jurisprudencia a establecido que la estimación del mismo será realizada discrecionalmente por el juez, tal como se desprende de la decisión que parcialmente se transcribe a continuación:

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 12 de diciembre de 1995, con ponencia del Magistrado Carlos Trejo Padilla, en juicio de Carmelo Antonio Benavidez Núñez y otro contra Transporte Delbuc, C.A. y otra, expediente número 95-281, sentencia número 634<sup>20</sup>:

La Sala, en decisión del 09 agosto de 1991 (Josefina Sanmiguel de Hernández y otros contra C.A. Venezolana de Seguros Caracas), expresó: ... ateniéndose a lo previsto en el artículo 1.196 del Código Civil, el Juez, una vez comprobado el hecho ilícito, *puede proceder a fijar discrecionalmente el monto del daño moral a ser indemnizado a la víctima, en base a su criterio subjetivo*, aun cuando como este Alto Tribunal ha sostenido, en aquellos casos que condene a pagar un daño moral de magnitud, necesariamente tiene que exponer de manera precisa los motivos que tuvo para llegar a esa determinación, porque de lo contrario el fallo estará viciado.

En sentencia del 02 de diciembre de 1987 (Raúl Getulio Osuna contra Centro Italo Venezolano), la Sala reiteró que los jueces, al resolver la indemnización por daños morales, *deben analizar la importancia del daño, el grado de culpas del autor, la conducta de la víctima, así como la valoración de la escala de los sufrimientos morales, para de esa manera proceder a fijar una indemnización razonable y equitativa.* (...)

20 Consultada en PIERRE TAPIA, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Año XXII, diciembre, Editorial Pierre Tapia; 1995; Pág. 213 y 215.

(...) La Sala ha establecido que los daños morales no están sujetos a una comprobación material directa. El juzgador debe apreciar, en atención a lo dispuesto en el artículo 1196 del Código Civil, si el hecho generador de los daños materiales, es a su vez causante o lesiona el ente moral de la víctima, ya que esa apreciación así como la compensación pecuniaria que acuerden los jueces, *es parte de la facultad discrecional que les otorga el citado artículo.*" (Énfasis nuestro).

#### **D.- La Improcedencia del Daño Moral en la Responsabilidad Contractual:**

En esta materia la jurisprudencia coincide con la doctrina mayoritaria en el sentido de negar la procedencia de la indemnización por daño moral derivada de la responsabilidad contractual, limitando la misma a la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito.

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 28 de octubre de 1987, Magistrado ponente Cecilia Sosa Gómez, caso Enelven<sup>21</sup>:

...esta Corte observa que ha sido criterio constante y reiterado de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que *no hay daño moral a propósito de obligaciones contractuales*, toda vez que de conformidad con nuestro régimen legal el daño moral está limitado a los actos o hechos ilícitos (Sentencia de fecha 25 de junio de 1981).

En este orden de ideas, ha sido determinante la jurisprudencia al establecer que *no debe admitirse la reparación del daño moral cuando éste se demanda sobre la base de un incumplimiento contractual. No así ha sucedido respecto del daño moral proveniente de un hecho ilícito, posibilidad que ha sido admitida incluso existiendo una relación contractual entre el agente y la víctima* (Énfasis nuestro).

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 10 de febrero de 1994, Magistrado Ponente Hildegard Rondón de Sansó, caso Clay Ceramic S.R.L.<sup>22</sup>:

21 Consultada en ORTIZ – ÁLVAREZ, Luis A.: *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual de Estado (1961 – 1997)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Funeda, 1997; Pág.452 y 453.

22 Consultada en ORTIZ – ÁLVAREZ, Luis A.: *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual de Estado (1961 – 1997)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Funeda, 1997; Pág.453 y 454.

...Respecto al daño moral alegado, es menester señalar que el artículo 1.196 del Código Civil que prevé la indemnización del daño moral, se encuentra dentro de las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual, no existiendo tal previsión normativa en la parte atinente a la responsabilidad contractual, ni entre las normas sobre los efectos de las obligaciones en general. Por estas razones, la Sala de Casación Civil ha sostenido reiteradamente *que existiendo un contrato, sólo procede la reparación del daño moral cuando se determine que, abstracción hecha de la relación contractual, se produjo un hecho ilícito* dentro de los presupuestos de hecho previstos en los artículos 1.185 y siguientes del Código Civil. (Énfasis nuestro).

#### **IV.- CONSIDERACIONES FINALES**

El daño moral ha sido definido por la jurisprudencia y la doctrina, como todo menoscabo que las personas puedan sufrir en sus bienes inmateriales y en general en todos aquellos que constituyen sus bienes no patrimoniales, es decir, a los valores que pertenecen más al campo afectivo que a la realidad material económica, que puede presentarse unido a un daño de naturaleza material, en cuyo caso la reparación del primero llevará implícita la del daño moral, o bien, presentarse totalmente independiente del daño material, con lo cual su reparación será independiente de éste.

Debido a la vinculación de la noción de daño moral a los bienes inmateriales del individuo, la doctrina a calificado dichos daños como de carácter personalísimo, y en consecuencia el derecho a ser indemnizado corresponde exclusivamente al sujeto que ha sufrido el daño, o a sus familiares, sin que exista la posibilidad de que dicho derecho sea cedido.

En cuanto a la procedencia de la indemnización por daño moral, coincide nuevamente la doctrina y la jurisprudencia, en que la misma procede únicamente en materia de responsabilidad extracontractual, especialmente por hecho ilícito, es decir, cuando una persona por su culpa (en sentido amplio) causa a otra un daño, sin que se trate del incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual.

Ahora bien, es preciso destacar que dichos conceptos han sido tomados del ámbito del derecho civil, y transplantados al de la responsabilidad extracontractual del Estado, sistema que se presenta, respecto a la responsabilidad civil extracontractual, cierta autonomía en

virtud de la particular relación jurídica que se establece entre los sujetos de derecho, los cuales no serán simples particulares, sino que uno de ellos será la Administración Pública, así como por el hecho de que el fundamento primordial de los sistemas de responsabilidad administrativa es la de garantizar la integridad patrimonial del administrado, en consecuencia consideramos que los mismos debe sufrir las matizaciones necesarias para su aplicación en la materia de la Responsabilidad Administrativa.

A tales efectos analizaremos la figura del daño moral en cada uno de los sistema de responsabilidad extracontractual de la administración.

Por lo que respecta al sistema de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, debemos recordar que el fundamento del mismo es el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, el cual al ser vulnerado por el actuar administrativo, infligiendo a determinado sujeto o grupo determinado de ellos un daño anormal y especial, da origen a la indemnización por dicho daño antijurídico (en sentido objetivo, es decir, que el ciudadano no esta obligado a soportar sin justa indemnización), sin tomar en consideración que el daño causado sea el producto de una actividad culposa de la administración, o en otras palabra de una conducta ilícita de la misma.

Bajo dicho sistema, en base a los criterios dados por la doctrina en relación al daño moral, pareciera lógico suponer que el mismo no sería exigible en este ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración, al menos por lo que respecta a las actividades lícitas que generen daños anormales y especiales, por cuanto no nos encontraríamos ante la figura del hecho ilícito.

Sin embargo, la jurisprudencia en esta materia ha reconocida la procedencia de la indemnización por daño moral en situaciones propias de este especial régimen de responsabilidad sin falta, como ejemplo de ello podemos mencionar la decisión del caso *Cabello Sánchez*, tanto en primera instancia, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 5 de mayo de 1983, como en la segunda, Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 19 de julio de 1984, a pesar de que en dichas decisiones la cuestión de la procedencia o no de la indemnización fue estudiada bajo la óptica de la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal.

Al respecto consideramos que en materia de responsabilidad extracontractual de la administración la procedencia de la indemnización por daño moral debe tener una mayor amplitud que la que tienen en materia civil, es decir, cuando el actuar de la administración pública genere un daño que afecte a un administrado, afectando sus bienes inmateriales, de verificarse las demás exigencias del régimen de responsabilidad sin falta, será procedente la indemnización, independientemente de que el daño moral sea el resultado de un hecho ilícito, es decir, culposo de la Administración, por cuanto dicho elemento es extraño al régimen de responsabilidad por sacrificio particular.

Como ejemplo de actividades administrativas que podrían dar origen a indemnizaciones por daños morales en el régimen de la responsabilidad sin falta, podemos mencionar las lesiones personales o la muerte de ciudadanos como consecuencia de cosas (armas de fuego, explosivos, vehículos, etc.) métodos y actividades peligrosas (por ejemplo métodos terapéuticos); Situaciones peligrosas (manifestaciones, motines, tumultos, atentados terroristas y golpes de estado).

En cuanto al régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal de los servicios públicos, considerando que el fundamento del mismo es el funcionamiento anormal del servicio, consistente en el incumplimiento por parte de la Administración de una obligación preexistente, incumplimiento que representa una conducta ilícita o contraria a derecho, en tanto y en cuanto representa la vulneración del derecho de los administrados a la prestación normal de los servicios públicos, somos de la opinión de que en todos los supuestos de este tipo de responsabilidad, que lleguen a producir daños morales, la exigencia de indemnización, satisfechos los requisitos del régimen, sería procedente.

Formuladas las consideraciones anteriores, debemos entrar a analizar lo relativo a la posibilidad o imposibilidad de ceder el derecho de indemnización por daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la doctrina ha negado la posibilidad de que el derecho a ser indemnizado por concepto de daño moral sea susceptible de cesión, considerando que por tratarse de la afectación de bienes inmateriales, íntimamente vinculados al sujeto que sufre el daño, estamos en presencia de un derecho

personalísimo que sólo puede ser exigido por el sujeto afectado o por sus parientes, afines o cónyuge, de conformidad con lo previsto en el último aparte del artículo 1196 del Código Civil.

Consideramos que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración, dicho criterio no debe ser aplicado por razones teóricas y prácticas.

La simple calificación de un derecho como personalísimo no puede llevar a la conclusión de que el mismo no es susceptible de ser cedido o enajenado por parte de su titular.

En efecto, existen en el ordenamiento jurídico una serie de derechos que han sido considerados como de carácter personalísimo, como consecuencia de ser una obra del espíritu del individuo, o parte constitutiva de su personalidad, tal es el caso del Derecho de Autor, el cual si bien en la actualidad es explicado como un derecho de propiedad, aun conserva los rasgos antes mencionados, que fueron postulados en su oportunidad por la Teoría de Derechos de la Personalidad, que trataban de explicar la naturaleza jurídica de los mismos.

Los referidos derechos indudablemente tienen una íntima vinculación con los sujetos creadores de los mismos, representando bienes inmateriales, que tal como lo indica la Ley sobre el Derecho de Autor, en su artículo 1º, primer aparte, son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra, abarcando dichos derechos, artículo 5 ejusdem, los derechos de orden moral y patrimonial, siendo los primeros inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles, pero los segundos susceptibles de enajenación en el mundo jurídico.

Como puede observarse, a pesar de ser definido el derecho de autor como de carácter personalísimo, los efectos patrimoniales del mismo pueden ser objeto de negocio jurídico.

Un tratamiento similar consideramos que sería procedente por lo que respecta al derecho a ser indemnizado por daño moral en materia de responsabilidad extracontractual, es decir, si bien es cierto que el daño moral ha sido sufrido por un sujeto específico y que el derecho a indemnización del mismo tienen carácter personalísimo, no es menos cierto que los efectos patrimoniales de dicho derecho a ser indemnizado

no puedan ser objeto de enajenación jurídica. En primer lugar por que las normas Constitucionales y Legales que regulan expresamente el régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración no prohíben expresamente tal supuesto, por otra parte, es posible que a través de la cesión del derecho a ser indemnizado, el particular afectado logra la satisfacción y consolación del daño moral, sin necesidad de someterse a un largo y penoso proceso judicial.

La tesis que tratamos de plantear en estas líneas, ante la ausencia de una posición Jurisprudencial en la material, al menos en nuestro país, es la de establecer una diferenciación entre el fundamento o motivo de la indemnización, es decir, el daño moral, y el derecho a ser indemnizado, consecuencia del daño moral, el cual sería posible de ser cedido, satisfaciéndose de esta forma el dolor causado por el actuar administrativo.

La tesis que estamos planteando, indudablemente no se encuentra exenta de posibles críticas, como sería la dificultad probatoria a los fines de fijar el monto de la indemnización por daño moral, la cual estará necesariamente vinculada a la persona que sufrió el daño, ya que juez deberá establecer discrecionalmente dicha valoración en base a una serie de parámetros tales como: la importancia del daño, el grado de culpas del autor, la conducta de la víctima, así como la valoración de la escala de los sufrimientos morales, para de esa manera proceder a fijar una indemnización razonable y equitativa.

Consideramos, que tal situación en todo caso podrá ser superado satisfactoriamente por la jurisprudencia, en primer lugar, porque la determinación del monto de la indemnización, tal como lo ha establecido nuestra jurisprudencia, forma parte de la discrecionalidad del juez, y al igual que en materia del derecho de autor, en el cual el valor de la obra del intelecto (sobre todo en materia artística y literaria) tiene una amplia vinculación con el sujeto autor de la misma, existirán medios a través de los cuales estimar dicho valor, así como de prueba que permitan al sentenciador formarse el criterio necesario para determinar el monto de la indemnización.

La finalidad del presente trabajo no ha sido la de dar una respuesta definitiva del tratamiento del daño moral en el régimen de la responsabilidad extracontractual de la Administración, desde todos los puntos de vista jurídicos posibles, sino por el contrario, ante la escasa



doctrina y jurisprudencia que tratan la materia, la de abrir o iniciar la discusión sobre el tema, tan necesaria a los fines del desarrollo de los temas jurídicos.

En palabras del autor Alejandro Nieto

*“la ciencia del Derecho debe entenderse como una interminable partida que va continuándose de generación en generación. Cada autor se encuentra con las piezas en una determinada posición, y, desde ella, ha de realizar en su vida una sola jugada – si es muy tenaz, quizás dos o tres movimientos – para ceder su puesto al siguiente. El secreto del buen jurista no es conseguir la victoria – que de ello no se trata – , sino de mejorar la posición que ha recibido<sup>23</sup>”.*

Efectuada nuestra jugada, esperamos que la misma sea objeto de debate a los fines de que la posición nuestras piezas en el tablero de ajedrez sea mejorada.

## **Bibliografía**

Enciclopedia Jurídica Opus, Ediciones Libra.

ORTIZ – ÁLVAREZ, Luis A.: *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual de Estado (1961 – 1997)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Funeda, 1997.

PIERRE TAPIA, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Año XXII, diciembre, Editorial Pierre Tapia; 1995.

PIERRE TAPIA, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Año XXII, agosto – septiembre, Editorial Pierre Tapia; 1996.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos: *Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*, en II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996.

---

23 NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1993; Pág. 21.

- IRIBARNE, Héctor Pedro: *De la Conceptualización del Daño Moral como Lesión a Derechos Extrapatrimoniales de la Víctima a la Mitigación de sus Penurias Concretas en el Ambito de la Responsabilidad Civil*, en la obra colectiva *La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberf*, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot.
- MADURO LUYANDO, Eloy: *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, Séptima Edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1989.
- MAZEAUD, Henri y Léon y MAZEAUD, Jean: *Lecciones de Derecho Civil, La Responsabilidad Civil – Los Cuasicontratos*, Parte Segunda, Volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América.
- NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, Segunda Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1993.
- ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A.: *La Responsabilidad Extracontractual del Estado Venezolano*, en II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A.: *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos: *Reflexiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado (Análisis a Partir del Tema en el Derecho Colombiano)*, en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer – Carias”, Caracas, FUNEDA, 1996.

# La tutela constitucional preventiva y anticipativa como restablecimiento inmediato de lesiones constitucionales\*

Rafael Ortiz-Ortiz\*\*

## Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL PREVENTIVA Y ANTICIPATIVA
- III. EL CARÁCTER AXIOLÓGICO DE LA “TUTELA CONSTITUCIONAL”
  - A. *De la potestad de administrar justicia previsto en el señalado artículo 253 de la Constitución*
  - B. *El principio de la supremacía constitucional establecido en el artículo 7º*

---

\* El presente trabajo es producto de la Conferencia dictada por su autor en la ciudad de Acarigua-Araure (Estado Portuguesa) a propósito de las Jornadas “Constitución y Proceso” organizadas por el Postgrado en Derecho Administrativo de la UCAB y el Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Cipriano Heredia Angulo, en mayo de 2000, y en el mismo mes fue dictada en la primogénita ciudad de Cumaná (Estado Sucre) en la sede del Colegio de Abogados.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho y del Postgrado en Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad Católica Andrés Bello, y Derecho Procesal en la Universidad Central de Venezuela. Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

- C. *La justicia y la ética como valores constitucionales fundamentales previstos en el artículo 2º*
- IV. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL
  - D. *La obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales establecida en el artículo 19*
  - E. *El derecho de accionar y la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26*
  - F. *La obligación de restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada ex artículo 27 constitucional*
  - G. *La preeminencia de la justicia sobre las formalidades no esenciales ex artículo 257 constitucional*
    - a) *Criterio de la afectación de derechos subjetivos*
    - b) *Criterio de preservación del ordenamiento*
- I. EL CARÁCTER “PREVENTIVO” DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL
- II. EL CARÁCTER “ANTICIPATIVO” DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL
- III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
  - A. *Caso Tulio Miguel Díaz Vs. Colegio de Abogados del Distrito Federal*
  - B. *Caso Alcalde Segundo Grimont Vs. Concejo Municipal de Piar (Monagas en amparo conjunto con nulidad.)*
  - C. *Caso Colegio Cristo Rey Vs. Min Educación en amparo constitucional*
- IV. CONCLUSIONES

## **I. INTRODUCCIÓN**

La llegada de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela constituye una situación que nos obliga a cambiar nuestros esquemas de pensamiento, e implica una nueva manera de leer el ordenamiento jurídico y, por si fuera poco, significa un cambio en nuestra concepción vital en la solución de los conflictos.

Este cambio en el ámbito normativo apareja un cambio, para bien o para mal, de las instituciones y de los hombres encargados de llevar adelante las metas y los fines que se propone el nuevo Estado surgido de nuestra realidad política y social. Es cierto que se han cometido algunos errores, es cierto que se han escogido algunos caminos poco ortodoxo

para llevar adelante la reforma, no podemos olvidar nuestra esencia humana que, por eso mismo, nos hace imperfectos. A la par, en cambio, tenemos la posibilidad de unirnos en la hermosa y honrosa tarea de reconstruir un aparato de administración de justicia ineficaz, ineficiente y totalmente alejado de las necesidades de las personas que utilizan el servicio no por entera libertad sino obligados por sus necesidades históricas.

Frente a los cambios no siempre existe total consenso, el Derecho todo es un ejercicio dialéctico de disenso, ello constituye el alma que mueve su desarrollo y su progreso; al par ocurre la necesaria e inevitable función de crítica en pos del mejoramiento de las instituciones y, por que no, de los hombres que la integran.

Sin embargo, utilizar la “crítica” soterrada y oculta para dejar lucir las frustraciones, los complejos y los fracasos de quien critica; utilizar la palabra dañina y venenosa para mostrar la añoranza del poder y del privilegio perdido de quienes manejaban el poder judicial a su antojo, el lamento por la hegemonía derrotada, es lamentable en manos de quienes están llamados, por su posición o conocimiento, a colaborar en obtener una mejor administración de justicia.

En 1999 el autor de este ensayo publicó su libro *“Las medidas cautelares innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional”* (Paredes Editores, 2 tomos), en él, invocamos la permanente palabra del maestro LUIS LORETO:

Si las actuaciones de los jueces y las partes deben ser públicas para que el pueblo ejerza sobre ellas la elevada misión de controlar la vida y la salud moral del proceso, también es necesario que la crítica de esas actuaciones sea igualmente pública, a fin de que su autor asuma toda la responsabilidad de su opinión y escape así su juicio de la categoría de aquellos que se lanzan en el ambiente oscuro y bajo de la murmuración. Murmurar de los jueces, es un crimen; criticar sus decisiones en público con justas e ilustradas razones es elevada función ciudadana.

En el trabajo mencionado hicimos duras críticas a las decisiones de nuestros tribunales en todo el país, pero nos cuidamos siempre de dejar claro que no se trataba de crítica a las personas sino a las decisiones,

estimamos aún hoy que ofrecer criterios distintos a los sostenidos por algunos jueces contribuíamos al desarrollo de nuestra ciencia.

Sorpresivamente para el autor de este ensayo, en alguna Revista especializada de la cual esperábamos mayor seriedad en su dirección, un individuo utilizando el seudónimo de “Giustino Capablanca”, de manera cobarde y grosera hizo críticas no a las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo o del Tribunal Supremo de Justicia sino a las personas que, por el momento, ocupamos la noble misión de ayudar a la transición. Particularmente en ella fustigó el hecho de que alguno de sus integrantes no fueran “especialistas” en Derecho Administrativo, incluso estableció la idea de que aceptar tal responsabilidad era una forma de corrupción. Finalmente señaló con toda la erudición intrascendente propia del amaneramiento francés que entre el Derecho probatorio, Tributario, la Filosofía y el Contencioso Administrativo tiene “distancias muy largas y puentes muy cortos”, luego criticó el nombramiento “a dedo” de todos los Magistrados, tanto del Tribunal Supremo como de la propia Corte Primera, como si todos los magistrados anteriores, en toda su historia, no se hubiese utilizado el mismo mecanismo, sólo que ahora, con más ahínco que otrora, se precisó su idoneidad, transparencia y su desvinculación con las detestables ‘mafias’ del poder judicial.

En realidad entre el Derecho Procesal y el contencioso administrativo hay una distancia más corta que entre los *campos elíseos* y la sede de nuestros Tribunales, y la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho sólo las distingue el *lumen sub quo*, esto es, la perspectiva del análisis. Sólo una ignorancia crasa y supina puede sostener lo contrario.

Por otro lado, no es común que los propios jueces escriban sobre sus decisiones, pero una vez compartida la inquietud con mis colegas magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y, como una manera de ejercer una función pedagógica, nada mejor que divulgar sus decisiones con algunos comentarios que se escapan del marco de una sentencia; sólo tiene el ánimo de que los justiciables conozcan las nuevas corrientes de pensamiento a la luz de la Constitución vigente para un mejor ejercicio de la profesión de abogados, y una tutela judicial efectiva de todo aquel que se halla sediento de justicia, y también para someter nuestras decisiones a la luz pública para que, ejerciendo la crítica como lo enseñaba el maestro LUIS LORETO, podamos mejorar como abogados, como jueces y como personas.

Para presentar el tema que nos ocupa en esta oportunidad, debemos referirles lo siguiente:

*El día viernes 28 de enero* del año en curso apareció publicado en “El Nacional” un aviso de prensa de la Fiscalía General de la República convocando a un concurso de credenciales de abogados para optar al cargo de Fiscal Auxiliar del Ministerio Público, dentro de cuyos requisitos se exigía una certificación del Colegio de Abogados sobre antecedentes disciplinarios de los concursantes. Hay que destacar que la convocatoria tenía una condición expresa y es que el lapso para concursar se cerraría el día viernes 04 de febrero.

*El día lunes 31* del mismo mes y año, un concursante acude al Colegio de Abogados del Distrito Federal para solicitar su certificación aludida y la misma le fue negada de manera verbal por la persona encargada de tramitar la solicitud.

*El día miércoles 02 de febrero de 2000*, el ciudadano mencionado acude ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para solicitar amparo constitucional por violación del derecho de petición, entre otras denuncias.

*El día jueves 03 de febrero* del mismo año, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la Magistrada Evelyn Marrero, dictó una decisión, por la cual:

- a) Se admitió la “demanda” de amparo por no ser contraria a la moral, las buenas costumbres, orden público, o alguna disposición expresa de la ley, de conformidad con el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento de amparo por vía del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales; criterio éste que había sido sostenido por la propia Corte mediante decisión de fecha 1º de febrero de 2000, con ponencia del autor del presente ensayo.
- b) En segundo lugar, acordó de oficio, una “tutela constitucional preventiva y anticipativa” por la cual se le ordenaba al Colegio de Abogados querellado, otorgar una certificación provisional sin perjuicio de lo que se decidiera en el mérito del amparo constitucional.

Los “formalistas” del derecho procesal inmediatamente se pusieron las manos en la cabeza por cuanto no entendían que por vía de una

“medida preventiva” se otorgara, prácticamente, lo que iba a decidir la sentencia de mérito; con razón además, se afirmó que la decisión preventiva rozó el fondo del asunto, y despiadadamente han señalado que la Corte “ejecutó anticipadamente el fallo” sin oír a la otra parte. La segunda crítica de la cual ha sido objeto esta sentencia es que la medida preventiva se dictó de manera oficiosa, es decir, sin haberla solicitado la parte beneficiaria y, en consecuencia, se colocó en ventaja procesal a la parte demandante.

Olvidan, sin embargo, que si en el caso en concreto, se tramitaba el procedimiento “especial” de amparo constitucional tomando en cuenta que tal procedimiento comporta el cumplimiento de sus obligatorios lapsos y formalidades esenciales, la decisión de mérito se dictaría cuando más temprano, una semana después de la solicitud, lo que conllevaría a que cuando se le ordenara al Colegio de Abogados cumplir con algún mandamiento de amparo favorable al demandante, el concurso para el cual se requería la llamada certificación, iba a estar irremediablemente cerrado y en consecuencia completamente nugatorio el derecho del ciudadano querellante. Jurídicamente hablando, tendríamos hoy a un ciudadano (parte del soberano) absolutamente insatisfecho de los órganos de administración de justicia, y lo peor del caso es que, por declaración expresa del artículo 253 de la nueva Constitución la potestad de administrar justicia emana, precisamente... de los ciudadanos.

## **II. DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL PREVENTIVA Y ANTICIPATIVA**

Nos corresponde, en el marco de la reflexión sobre la Constitución y el ‘Proceso’, abordar el tema de la tutela constitucional preventiva y anticipativa que es, a nuestra manera de ver, una poderosa herramienta para hacer realidad un principio de interpretación y de aplicación de la norma constitucional que prevé la *‘tutela judicial efectiva’*.

Como quiera que de la propia noción de “tutela constitucional preventiva y anticipativa” se desprende los aspectos del análisis, debemos precisar sus componentes, a saber:

- a) La noción de “tutela” y su significación en el marco del proceso;
- b) El carácter “constitucional” y su significación como premisa axiológica;



- c) El carácter ‘preventivo’, esto es, como formando parte de los poderes de “prevención” de los órganos jurisdiccionales; y por último,
- d) El carácter “anticipativo” de esa tutela constitucional y sus efectos en el mérito de la relación sustancial debatida.

Lo primero que debemos abordar es la noción de ‘tutela constitucional’ y para ello nos permitimos echar mano del Diccionario de la Real Academia Española quien define la voz “tutela” como “3. *Fir. Dirección, amparo o defensa de una persona con respecto de otra*”, otros Diccionarios denotan la idea de ‘protección’ o ‘salvaguardia’; y el verbo “Tutelar” denota lo ‘*Que guía, ampara o defiende*’; otros Diccionarios dan la idea de ‘*proteger*’.

De modo pues que una primera aproximación a esta institución nos coloca de cara a lo que “es”, es decir, se trata de una “protección” o una “salvaguardia”; pero, inmediatamente ocupa nuestra mente del *objeto de la protección o la salvaguarda*, esto es, en toda tutela debe haber un *objeto tutelado*, que es, además, la razón de ser de la actividad de tutelar.

Este *objeto de la tutela* viene también definido en la misma noción, es decir, se trata de una ‘tutela constitucional’ o, mejor dicho, se trata de una protección de carácter o con rango constitucional.

Por otro lado, que una protección tenga rango constitucional pareciera ser una noción que hay que llenar de contenido, establecer los fundamentos jurídicos por lo cual se acuerda esa tutela que, además, ostenta el orgulloso calificativo de ser ‘constitucional’. A nuestra manera de ver el carácter o rango constitucional puede derivar de dos perspectivas:

- a) Que la orden o mandato de tutelar provenga directamente de la Constitución; y
- b) Que el contenido de la tutela se vincule directamente con derechos constitucionales.

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece suficientes fundamentos para pensar que, con respecto de la situación planteada, se cumplen ambas perspectivas, esto es, se trata de una orden de tutelar emanada directamente de la Constitución lo cual autorizaría para dictar la medida de manera oficiosa y, en segundo lugar, tiene un contenido animado de derechos constitucionales.

Procederemos, en consecuencia, a revisar lo que denominamos *fundamentos axiológicos de la tutela constitucional*.

### **III. LOS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL**

#### **A. De la potestad de administrar justicia prevista en el señalado artículo 253 de la Constitución**

Que el artículo 253 establezca que *“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas”*, no dejaría de ser sólo una simple declaración sino se afirma, junto con ello, que la administración de justicia y el ordenamiento social todo, está al servicio y en función de cada una de las personas que habitan el país; se trata de la delegación de potestades que corresponden a cada individuo por derecho natural y que es ejercido por unos órganos específicos, sólo por razones de seguridad y de cierto orden social.

Esta premisa se traduce entonces en que los órganos a quienes compete el ejercicio de la función jurisdiccional deben tomar siempre en cuenta que tal potestad debe estar al servicio de la gente y de sus problemas; es acercar el Estado a las necesidades cotidianas de su gente, y establecer un servicio de justicia compenetrado con una realidad palpitante, sentida y vivida por cada uno de los habitantes de un país.

#### **B. El principio de la supremacía constitucional establecido en el artículo 7°**

Pareciera innecesario que el artículo 7° de la Constitución disponga que: *“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetas a esta Constitución”*, sin embargo, tal declaración por más que sea una premisa sabida y entendida por nuestros tribunales es necesario para resaltar la idea que cualquier aplicación e interpretación que se haga del ordenamiento jurídico debe tener presente que hay que darle prevalencia a las normas constitucionales.

La interpretación que debe realizarse de toda norma jurídica es aquella que mejor convenga y mejor desarrolle los preceptos

constitucionales, esta es, a nuestra manera de ver, la consecuencia más inmediata de la supremacía constitucional a la cual nos referimos.

**C. La justicia y la ética como valores constitucionales fundamentales previstos en el artículo 2º**

Curiosamente, después de declarar que la República Bolivariana de Venezuela es libre e independiente, se establece como *principio fundamental* que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como “valores superiores” de su ordenamiento jurídico, entre otros, la libertad y la justicia, además de la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Destaquemos en este instante las ideas de “justicia” y la “preeminencia de la ética”, dos nociones que por su abstracto contenido, a veces, pueden conllevar a su anulación; algunos han pretendido achacar que tanto la justicia como la ética tienen una “naturaleza relativa”, es decir, lo que es ético o justo para unos, puede no serlo para otros. En realidad, lo “relativo” no está en la naturaleza sino en su contenido, es decir, no se trata que lo “justo” por un lado, y lo “ético” por el otro, van a depender de las consideraciones que subjetivamente pueden establecerse en un momento determinado, sino más bien que el “contenido” o la “materia” sobre la cual recaen las dos nociones pueden presentar diversos matices según los cuales no pueden establecerse reglas generales sino que, en cada caso en concreto, debe existir una “valoración” de lo que es justo y de lo que es ‘éticamente bueno’.

Valorar es la tarea más honrosa y hermosa de un abogado, no olvidemos que quienes participamos de una u otra manera en la administración de justicia, usurpamos una labor conferida sólo a los dioses, y nos corresponde temporalmente en esta tierra “juzgar” a nuestros semejantes.

Una vez que se delimita con precisión estas premisas filosóficas, esto es, la potestad delegada de administrar justicia, la primacía de la Constitución, y la preeminencia de la justicia y de la ética como valores superiores, entonces puede descenderse a cada caso concreto y encontrar salidas que constituyen, sin lugar a dudas, una nueva manera de ‘leer’ y ‘desleer’ el ordenamiento jurídico.

#### **IV. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL**

Establecido entonces el *fundamento axiológico* de la tutela constitucional, es necesario entonces establecer la perspectiva según la cual la “protección” o “salvaguarda” tiene ese rango, para lo cual el intérprete puede advertir:

##### **A. La obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales establecida en el artículo 19**

El Título III de la nueva Constitución desarrolla en diez (10) Capítulos, los “Deberes, derechos humanos y garantías”, y la norma marco o la primera “Disposición general” se encuentra en el artículo 19 en el cual se establece:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. *Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución*, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen

Debemos reparar en lo establecido en la norma transcrita, según lo cual el goce y ejercicio de los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por los órganos del Poder Público, constituyendo, además, una verdadera obligación.

De tal manera que siendo la República de Venezuela un Estado democrático y de justicia, sabiendo que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, y que la justicia se administra por una potestad conferida por los ciudadanos, es perfectamente entendible que la protección y garantía de los derechos humanos es un “deber” o un “mandato” incondicional de los órganos del Poder Público, y dentro de cuya noción se encuentran los órganos del Poder Judicial.

##### **B. El derecho de accionar y la tutela judicial efectiva previstos en el artículo 26**

La nueva Constitución también consagra de manera clara y precisa una noción que se había manejado en doctrina y elevada a tal rango, se

trata del derecho de accionar como parte integrante del *derecho a la jurisdicción*. Este concepto se distingue del ‘derecho de jurisdicción’ que corresponde al Estado (entendiendo por jurisdicción el servicio público dispuesto por el Estado para responder las peticiones de los particulares<sup>1</sup>).

El *‘derecho a la jurisdicción’*, en cambio no se refiere al servicio público de la jurisdicción y a los órganos dispuestos para prestarlo sino que se consagra como un derecho independiente llamado a concretar el llamado derecho de petición en sede jurisdiccional.

En efecto, el artículo 51 constitucional establece que *“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad...”*, y cuando esas peticiones están dirigidos ante los órganos jurisdiccionales (encuadrados dentro del concepto de autoridad) se denomina “acción”.

La acción es la posibilidad garantizada por la Constitución de acudir ante el servicio público de la jurisdicción (en ejercicio de esa función) a realizar determinadas peticiones; en consecuencia:

- a. *La posibilidad es absoluta: todos tienen la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional, con derecho lesionado o no, independientemente del interés y de legitimidad.*
- b. *La acción es un aspecto del “derecho de acceso a la jurisdicción” sin condicionamiento alguno, en ejercicio pleno de libertad.*

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acoge este derecho en su artículo 26, según el cual:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

---

1 Entendemos por jurisdicción como la función reservada por el Estado, en uso de su soberanía, para ejercerlo en forma de servicio público por órganos predeterminados e independientes, para la realización concreta de las peticiones de los ciudadanos con carácter de definitivo y con posibilidad de coacción.

*El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.*

Como se aprecia, el hecho de *‘hacer valer los derechos e intereses’* no es la ‘causa’ sino la ‘consecuencia’ del derecho del acceso a los órganos de justicia; de tal modo que el ejercicio de la acción es, desde este punto de vista, ilimitado y absoluto en cuanto se entienda acción como posibilidad de acudir al servicio público de la jurisdicción con independencia si hay “derecho sustancial” debatido y si hay razones para sostener una lesión, u otro interés sustancial.

La acción entonces no se define como un “derecho” sino como una “garantía” patentizado en una posibilidad; no es un derecho porque no se entiende un “derecho para hacer valer derechos”, sino la garantía de hacer efectiva la posibilidad de acudir ante los órganos de administración de justicia.

La Constitución española de 1978 recoge una hermosa declaración en la norma contenida en su artículo 24, el cual establece:

Artículo 24: *“Toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.*

La idea de concebir la acción como “derecho a la jurisdicción” ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina española, entendiendo que la acción es la garantía “prohíbe al legislador privar a los ciudadanos de los derechos reconocidos en el aspecto material negando a sus titulares el acceso a los Tribunales”<sup>2</sup>. También se tiene claro que el “ejercicio de los derechos legítimos e intereses” no es una ‘condición’ de la acción sino de la pretensión.

La tendencia moderna en la ‘ciencia procesal’ establece que todo derecho engendra un acción; se refiere a las controversias con trascendencia jurídica.

---

2 Op. cit. Apud. Guasp(61), Jaime: Derecho procesal civil, Madrid, 1961, pp. 200.

Posibilidad de plantear el conflicto ante el Estado; se sustituye la acción física por una acción jurídica. Para Ugo Rocco: “es el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional para buscar la declaración de certeza o para la realización coactiva de intereses tutelados por las normas sustantivas”.

La acción entonces se define como la ‘posibilidad jurídico-constitucional por la cual se dirigen peticiones ante el servicio de la jurisdicción’, es por ello entonces que el llamado derecho de accionar se confunde con el derecho a la jurisdicción como unidad indisoluble y continuada.

Volviendo sobre el texto constitucional, el artículo 26 consagra este ‘derecho de accionar’ como ‘acceso a los órganos de justicia’, pero además cuando la petición comporta “derechos o intereses” debe tener una “decisión con prontitud” y, además, una “tutela efectiva” de los mismos.

La prontitud es uno de los valores que la Constitución maneja con mayor preocupación, así el propio artículo 26 dispone que el Estado garantiza una justicia expedita; el artículo 257 dispone la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites procesales y un procedimiento breve; y el propio artículo 51 califica que la respuesta a las peticiones de los ciudadanos tiene que ser “oportuna” y “adecuada”.

### **C. La obligación de restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada ex artículo 27 constitucional**

Además de las obligaciones señaladas, el artículo 27 consagra el derecho de toda persona de ser amparada en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y se indica que en el procedimiento, la autoridad competente tiene la “*potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida*”.

Como puede apreciarse, la norma constitucional acoge con algunos matices el espíritu del anulado artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual el juez que conocía de una pretensión de amparo tenía potestad de restablecer la situación sin necesidad de audiencia de parte, aunque se adoptara posteriormente el trámite procesal de audiencia de parte y debate contradictorio.

¿Cómo debe entenderse este mandato de restablecimiento inmediato? Recordemos que un valor también constitucional lo es el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, según los cuales nadie puede ser juzgado y condenado sin haber sido oído en juicio; luego entonces, y sólo por esa razón el restablecimiento inmediato sin audiencia de parte y con vocación de definitivo, justificó la anulación del artículo 22 mencionado.

Sin embargo, es indudable que el nuevo texto constitucional considera que las normas constitucionales son de aplicación preferente, que es una obligación de los órganos del Estado el respeto y garantía de los derechos humanos, y que el propio artículo 27 permite un restablecimiento inmediato, ¿Cómo salvaguardar el derecho a la defensa de la contraparte?

A nuestra manera de ver, ese mandato de “restablecimiento inmediato” al cual se refiere la Constitución sólo puede ser de manera “provisional” y “preventiva”, en el epígrafe siguiente volveremos sobre este planteamiento.

#### ***D. La preeminencia de la justicia sobre las formalidades no esenciales ex artículo 257 constitucional***

Si aún quedara alguna duda de los valores que la Constitución comporta, el artículo 257 recoge quizás la declaración más hermosa, a saber:

*“El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia”, y luego al final de la norma: “No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.*

Son dos cosas entonces: primero, que el “proceso” está al servicio de la justicia y sólo es un instrumento para su realización y concreción; y segundo, que no se sacrificará la justicia por omisión de las formalidades que no son esenciales.

Nos se trata de un definitivo abandono de las formalidades del proceso, recordemos que tales formalidades concretan un valor fundamental de toda sociedad organizada: la seguridad jurídica, es decir, la conciencia individual de cada sujeto de hallarse regido por un estatuto objetivo, conocido, respetado y generalmente observado; luego pensar



que hay un abandono de las formalidades procesales prácticamente es acabar con el derecho procesal y convertir los debates judiciales en un verdadero ‘canibalismo jurídico’ donde imperaría la voluntad de cada persona detentadora de poder.

Lo que quiere significar la Constitución, en nuestra humilde manera de pensar, es que cuando se trate de resolver los problemas cotidianos de las personas, si se han omitido formalidades que no son esenciales sino meros “formalismos” legales, entonces debe darse preeminencia a la justicia, ello cumple el mandato constitucional consagrado en el artículo 3º antes mencionado y este artículo 257.

Por otro lado, cuando habiéndose “omitido” ciertas formalidades, no puede por ese simple y sólo hecho, sacrificarse la justicia, ello para evitar aquella frase de que “la ley es dura, pero es la ley”; para denotar aquellas situaciones en las cuales “tiene Ud. razón, pero de todas maneras va preso”. Estas expresiones, cargadas de nuestro criollo coloquialismo denota un culto excesivo a las formalidades, y ello es precisamente lo que la Constitución quiere evitar.

No sucede así con otras formalidades que sí son esenciales. ¿Cuál criterio debemos sostener para establecer cuáles son las formalidades “esenciales”?<sup>3</sup>. Sin duda que no es posible establecer ninguna premisa material de lo que es o no es ‘esencial’, y de hecho sería penoso que nos impidieran la magia y el encanto de descubrir en cada situación, la mejor manera de hacer justicia. Por otro lado, algunos criterios formales pueden y deben formularse para evitar caer en la anarquía.

Sin pretender agotar las posibilidades de razonamiento pudiéramos afirmar dos criterios con validez *a priori* en esta materia:

*a) Criterio de la afectación de derechos subjetivos*

A nuestra manera de ver, la “esencialidad” referida tiene como primer parangón los derechos constitucionales de los sujetos procesales,

---

3 La voz ‘esencia’ (del lat. ‘essentia’) en nada contribuye para el análisis, por tal se entiende “aquello que hace que una cosa sea ella y no otra”; si la referimos a las “formalidades esenciales” encontraremos que en nada nos ayuda. Hace falta pues la labor interpretativa para señalar que lo ‘esencial’ es usado aquí en el sentido de ‘necesario’ (‘necessitatis’) o ‘aquello que no puede ser de otra manera’.

es decir, una formalidad será esencial cuando resguarda los derechos constitucionales de la otra parte en el proceso; en cambio, una formalidad será no esencial, o simple, “formalismo” cuando no compete en modo alguno con los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

Para ilustrar mejor este pensamiento nos servimos de un ejemplo: que se apele anticipadamente de una sentencia, en modo alguno merma el derecho de defensa de la otra parte del proceso porque, de todas maneras, la otra parte tiene su lapso dentro del cual también puede apelar, o revisar si se ha interpuesto alguna apelación; en cambio, el lapso dentro del cual las partes pueden apelar de una sentencia debe necesariamente respetarse, porque ello involucra “el derecho de defensa” de la otra parte, y la seguridad jurídica de la estabilidad de las decisiones, es por ello que una apelación ejercida después de vencerse el lapso para hacerlo debe necesariamente negarse.

*b) Criterio de preservación del ordenamiento*

Otro criterio, a nuestra manera de ver, sumamente útil para saber cuando una formalidad es esencial, está en que no se vulnere estructuras esenciales del ordenamiento jurídico, esto es, desde otro punto de vista cuando la formalidad tiende a preservar valores como la moral, las buenas costumbres, la seguridad jurídica, entonces estaremos en presencia de una formalidad esencial, en cambio cuando la misma no tienda sino sólo a establecer cierta ordenación del proceso y que, en modo alguno, se afecten estas nociones entonces estaremos ante una formalidad no esencial sino en meros formalismos. Así por ejemplo, la enunciación en el texto de la sentencia de todos los nombres de los abogados actuantes en el proceso es una noción que en modo alguno afecta la “validez interna” de la sentencia, esto es una formalidad no esencial; en cambio que el lapso para la contestación de la demanda no puede ser relajado por los particulares y mucho menos por el juez de la causa, y esto sí es una formalidad esencial.

Lo que preserva la Constitución es esa práctica perversa de nuestros tribunales de sacrificar, efectivamente, la justicia de la gente por la omisión de formalidades que tiene todo el brillo y la intrascendencia de los juegos de artificio.

## II. EL CARÁCTER “PREVENTIVO” DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL

Hemos visto pues que la “tutela constitucional” a la cual nos referimos comporta un fundamento “axiológico” y un indiscutible fundamento jurídico-constitucional; veamos ahora su carácter “preventivo”.

La tarea de “prevención” es consustancial con las posibilidades de cognición y ejecución que el proceso comporta; en otras palabras, los órganos jurisdiccionales están posibilitados a “conocer” una pretensión (fase de cognición), a tomar una “decisión” que resuelva lo pedido (fase de decisión), y “ejecutar” lo decidido (fase de ejecución), así se desprende del primer aparte del artículo 253 constitucional según el cual “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

La finalidad de la actuación de los órganos jurisdiccionales es garantizar el Estado de Derecho (lo cual significa respeto y garantía de los derechos individuales o colectivos, y la sujeción del Estado al ordenamiento jurídico); la actuación, entonces, de los órganos jurisdiccionales es corregir el quebrantamiento del Estado de Derecho, pero quien puede “corregir” ese quebrantamiento, sin duda está legitimado para “prevenir” que el mismo sea quebrantado. Por ello hemos afirmado que la tarea de “prevención” de quebrantamiento del Estado de Derecho es consustancial con el ejercicio de todo poder público, y en tal sentido, a su vez, puede afirmarse que todos los órganos del poder público o con autoridad pública puede tomar las medidas para lo cual estén previamente autorizados por la Ley, para “prevenir” la ocurrencia de cualquier daño que puedan sufrir los particulares o el Estado mismo.

Este es el fundamento para afirmar entonces que la “prevención” es un género de tutela jurisdiccional, y como tal género tiene diversas maneras de ejercerse (constituido por diversas especies del mismo género preventivo), así por ejemplo tiene clara connotación de preventivo las siguientes actividades jurisdiccionales:

- a) La realización de una prueba de la cual se tema con fundamento que pueda desaparecer en el tiempo (esto se cumple con el retardo perjudicial);

- b) La adopción de medidas sobre personas cuando se encuentren amenazadas (artículo 58 del Código de Procedimiento Civil);
- c) La adopción de algunas medidas tendientes a garantizar la vida y alimentación en el juicio de alimentos;
- d) Las medidas de protección a los menores en la nueva Ley Orgánica de protección del Niño y el Adolescente;
- e) Todas las medidas que tienden a proteger y a garantizar la ejecución de las sentencias definitivas que dicten los órganos jurisdiccionales (este es el caso concreto de las medidas preventivas cautelares).

Así entonces, las medidas cautelares constituyen una especie del género medidas preventivas que pueden adoptar los órganos jurisdiccionales<sup>4</sup>.

Al lado de todas estas posibilidades preventivas, puede también pensarse en la existencia de una “tutela preventiva” por mandato de la Constitución, esto es, si la propia Constitución ordena el “restablecimiento inmediato” de la situación jurídica infringida, entonces para garantizar el derecho de audiencia de la otra parte, sólo puede haber un “restablecimiento provisional”, es decir, una tutela constitucional pero de carácter “preventivo”. Veamos claramente que esta tutela constitucional no tiene carácter “cautelar” por cuanto no está dirigida a “*proteger la futura ejecución de un fallo*” sino tutelar directamente un derecho de carácter constitucional.

Así entonces que la tutela constitucional sea “preventiva” la hace ser de suyo “provisional” como toda medida preventiva; es decir, si la medida no es provisional sino “definitiva” entonces cuando se dicta *inauditam alteram parte* efectivamente comporta una ejecución indebida por anticipada y se quebrantarían los derechos constitucionales de la

---

4 Esta idea de la prevención como género la hemos desarrollado en nuestra Memoria de Maestría en Derecho Procesal titulada “*El poder cautelar general y las medidas innominadas en el ordenamiento jurídico venezolano*” (Paredes Editores, Caracas, 1997); también en “*Las medidas cautelares innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional*” (Paredes Editores, Caracas, 1999); y más recientemente en nuestra Memoria de Doctorado “*La tutela cautelar en los procedimientos contencioso administrativos y amparo constitucional*” (Editorial Frónesis, Caracas, 2000).

persona contra la cual está dirigida; pero si la tutela constitucional es *'provisional'* y sujeta a las resultas de lo que se decida en el mérito de la causa, entonces no quebrante ningún derecho sino que más bien cumple con el mandato constitucional de respetar y garantizar los derechos fundamentales tal como lo hemos colegido del artículo 19 constitucional en concordancia con el artículo 26 *eiusdem*.

Las anteriores consideraciones sobre la naturaleza preventiva nos coloca de cara a la “justificación” de la tutela, ello es, si existe la necesidad de ‘proteger’ o ‘tutelar’ es porque existe un peligro de daño inminente, además, de los derechos de rango constitucional. Si no existiese ese peligro entonces la tutela no se justifica, y si el peligro no fuera “inminente” entonces tampoco se justifica la tutela pues para ello se tendría el juicio principal. Todo lo cual luce ajustado a que un “requisito de procedencia” sea justamente el ‘peligro inminente de daño’ que se conoce técnicamente con el nombre de “Periculum in damni”.

## **VI. EL CARÁCTER “ANTICIPATIVO” DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL**

Deslindado entonces que la tutela constitucional es necesariamente preventiva y provisional para hacer realidad la orden de “restablecimiento inmediato” establecida en el artículo 27 de la Constitución, analicemos ahora su carácter *'anticipativo'*.

Toda medida “preventiva” sea cautelar o no, debe tener alguna vinculación con el juicio principal, en caso contrario no será “preventiva” en modo alguno sino una medida “definitiva”; en la doctrina española se ha manejado la idea de que toda medida debe guardar “homogeneidad” pero no “identidad” con lo debatido en juicio principal.

Esto se explica perfectamente por lo siguiente: si una medida que es preventiva no tiene relación alguna con lo que se debate en el juicio principal entonces no es “preventiva” de nada, y se convierte en una petición principal dictada en un juicio pero *inauditam alteram parte*; en cambio, cuando una medida preventiva concede absolutamente todo lo que se pide en el juicio principal, entonces también deja de ser “preventiva” para convertirse en *ejecutiva*, llegándose a una real ejecución anticipada del fallo.

Por otro lado, es innegable que existe y debe existir una vinculación entre la medida preventiva y el juicio principal, esto es, por vía preventiva y más concretamente por vía cautelar, se adelantan algunos efectos de la sentencia que habrá de dictarse en el juicio principal; no ocurre una cosa distinta cuando se trata de un juicio de reivindicación y se ordena la no innovación en la cosa reivindicada; cuando se discute un arrendamiento y se secuestra el inmueble arrendado.

En materia de amparo constitucional contra sentencia esa advertida realidad es más patente, por cuanto por vía de medidas cautelares innominadas pueden suspenderse la ejecución de la sentencia impugnada en amparo mientras se decide el mérito del mismo.

En materia del juicio de alimentos, se permite la adopción de unas medidas anticipativas por medio de la cual se le ordena al deudor de la obligación de alimentación que conceda lo suficiente para la manutención del acreedor, según puede colegirse de los artículos 748 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

No hay mejores ejemplos de los efectos anticipativos de toda medida preventiva que las cautelas en materia de amparo constitucional contra sentencia, y las medidas preventivas en materia del juicio de alimentos.

Sin embargo, a pesar de este carácter anticipativo en modo alguno deriva necesariamente en un pronunciamiento anticipado sobre el mérito, por cuanto los “efectos” serán completamente diferentes, a saber:

- a) El efecto de la tutela será necesariamente provisional mientras se dicta la sentencia de mérito del juicio principal, esto deriva de su carácter preventivo;
- b) El efecto de la sentencia principal será resolver definitivamente la controversia suscitada entre partes. Además debe recordarse que en la apreciación del derecho denunciado de lesión no se juzga de manera definitiva, es decir, no hay un juicio de verdad sino un simple cálculo de probabilidades de la seriedad del derecho reclamado.

Como puede apreciarse, la institución de la cual estamos hablando es:

- a) ‘*Tutela*’ por su carácter protector y de salvaguarda;
- b) ‘*Constitucional*’ por cuanto se trata de un mandato y una orden constitucional de restablecer la situación constitucional lesionada;

- c) 'Preventiva' por cuanto se persigue evitar o corregir el quebrantamiento constitucional de manera preventiva y provisional;  
y
- d) 'Anticipativa' por cuanto avanzan algunos efectos del juicio principal.

## VII. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Hasta donde nuestro conocimiento llega, sólo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha aplicado esta institución, aún cuando en la actualidad tanto la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional para los actuales momentos están revisando algunas solicitudes.

### a. *Tulio Miguel Díaz Vs. Colegio de Abogados del Distrito Federal*

Este es el caso reseñado al principio de esta conversación con ustedes. Imaginemos que en el caso concreto, en vez de acordar la tutela constitucional se hubiese preferido la previa tramitación de todo el iter procesal del amparo, sencillamente la decisión hubiese llegado demasiado tarde, y los derechos constitucionales del solicitante irremediablemente conculcados.

En este caso en particular, el *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho se cumplió por cuanto se trataba de derechos constitucionales;

El segundo requisito exigido fue el *Periculum in damni*, o la inminencia del acaecimiento de una situación dañosa, que justifica la urgencia en acordar la tutela. En el caso en concreto no había duda alguna que de esperarse por las resultas del amparo el mencionado ciudadano no hubiese podido concursar en la convocatoria de la Fiscalía General de la República.

### b. *Caso Alcalde Segundo Grimont Vs. Concejo Municipal de Piar (Monagas en amparo conjunto con nulidad.)*

El segundo caso donde se analizó la situación, se trataba de un Alcalde que había sido suspendido por la Cámara Municipal del Municipio Piar del Estado Monagas. En este caso, el recurrente en amparo

constitucional solicitó tutela constitucional y al mismo tiempo una medida cautelar innominada con la misma finalidad: la inmediata restitución en el cargo de Alcalde mientras duraba el procedimiento.

La Corte decidió que, en presencia de una medida cautelar expresamente prevista en la Ley era innecesario acordar una tutela constitucional preventiva y anticipativa que tuvieran exactamente la misma finalidad.

*c. Caso Colegio Batalla de La Victoria Vs. Zona Educativa del Estado Aragua*

Este caso resulta más curioso aún: se trata de una orden de cierre del Colegio impartida por la Directora de la Zona Educativa del Estado Aragua con fundamento en que se había revocado en el mes de febrero la autorización provisional que se le había otorgado en el año 1997.

Los abogados del Colegio interpusieron un procedimiento de amparo constitucional contra el acto administrativo solicitando que el mismo fuera anulado por la Corte. La Corte hace suyas las consideraciones de la Sala Constitucional de la posibilidad del juez de amparo de revisar no sólo los derechos constitucionales denunciados, sino cualquier situación que constituya una eventual violación de la Constitución.

Se le rechaza *in limine litis* la petición de anular el acto administrativo por vía de amparo pero se admite el amparo por la protección de "intereses colectivos" cuyo hilo conductor es el derecho de educación (tanto de recibirlo como el de impartirlo) y por ello se notificó no sólo a la Fiscalía sino al Defensor del Pueblo, a los Padres y Representantes, a la Sociedad de Padres y Representantes para la audiencia pública constitucional.

Mientras debe tramitarse, hoy en día, el procedimiento de amparo se dictó una tutela constitucional preventiva y anticipativa por medio de la cual se impedía el cierre del Colegio, por supuesto mientras se tramita la pretensión principal.

No faltarán los formalistas que digan que se dictó una cautela de oficio, que concede el mérito de la causa, que se cambió el petitorio del querellante, que se coloca a la otra parte en desventaja procesal.

Sin embargo, la orden de no cerrar el Colegio es sólo mientras se tramita el procedimiento de amparo constitucional para verificar si estamos



en presencia de una vía de hecho o una actividad transgresora de derechos constitucionales, y eso sí es tutelable a través del amparo constitucional.

En segundo lugar, lo importante en materia de amparo es que el juez sepa exactamente qué se quiere y qué se pide, independientemente que el abogado se haya equivocado para lo cual ya se está estudiando la declaratoria de responsabilidad civil del abogado por falta de pericia en el ejercicio de la profesión. Y, por último, no se coloca a nadie en indefensión pues contra estas medidas es posible interponer el recurso ordinario de oposición, y además no hay una variación del status jurídico del recurrente, al contrario se trata de que la situación que tenía el recurrente antes de la conducta lesiva, sea 'restablecida' provisionalmente tal como puede entenderse del artículo 27 del texto constitucional.

### **VIII. CONCLUSIONES**

Se requiere sumariamente la comprobación de:

- a) *Fumus boni iuris* constitucional, esto es, que se trate de verdaderos derechos constitucionales o constitucionalizables;
- b) *Periculum in damni*, esto es, un peligro inminente de daño a esos derechos constitucionales que no haya sido o no pueda ser tutelable a través del poder cautelar del juez, pues en presencia activa del poder cautelar entonces es innecesario la tutela constitucional.

El afectado por la medida de tutela constitucional puede oponerse a ella de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, utilizando preferiblemente el trámite para las medidas cautelares innominadas, la cual implica que la oposición puede ser contra el Decreto sin esperar la ejecución de la misma.

Esta tutela preventiva y anticipativa no comporta carácter patrimonial ni puede ser utilizada para recaer sobre bienes muebles o inmuebles sobre lo cual verse el juicio principal, sino sobre intereses y derechos fundamentales amenazados por una conducta potencialmente dañosa.

Quisiera finalizar con la siguiente reflexión: la institución que hemos revisado requiere que se siga profundizando en su estudio, bien utilizada puede ser la herramienta más poderosa de control de la constitucionalidad en poder de los ciudadanos de un país, en cambio que su aberración y

su uso para oscuros propósitos le dará la misma muerte que le dieron al artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo.

Ojalá siempre se recuerde que la noción de “verdad” pareciera ser ajena al Derecho; es decir, el derecho no es verdadero o falso, sino tan sólo “congruente”, y la congruencia es armonía y según la tradición aristotélica la ‘armonía’ es la perfección. Ojalá siempre nos acordáramos de ello y ayudemos a construir y no a destruir; a crear y no a vociferar, a “criticar” (del griego ‘critein’ como ‘*examinar detenidamente*’) en vez de murmurar cobardemente, lloriqueando en un rincón por las dádivas que implicaba el poder que, cual cancerberos, cuidaban celosamente...

# Acuerdos Horizontales

Zulmari Artigas\* y Efrén Navarro\*\*

## Sumario

### 1ª Etapa

- 1.1 Introducción
- 1.2 Beneficios económicos basados en una política de competencia
- 1.3 Ineficiencias de los Monopolios y Carteles
- 1.4 Competencia vs Monopolio

### 2ª Etapa

- 2.1 ¿Qué es un acuerdo horizontal?
- 2.2 Condiciones para que se cree un cártel y sea sostenible
  - 2.2.1 Estructura del Mercado
  - 2.2.2 Estructura del Acuerdo

---

\* Economista, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista de Competencia en la Dirección de Verificaciones y Fusiones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia.

\*\* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Consultor Jurídico de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

2.3 Tipos de carteles

2.4 Paralelismo consciente o teoría del Líder-Seguidor

### **3ª Etapa**

3.1 Las conductas colusivas en la legislación venezolana

3.2 La experiencia venezolana en la aplicación de la política antimonopolios: Acuerdos horizontales

## **CONSIDERACIONES FINALES:**

### **1º ETAPA**

#### **1.1 Introducción**

La reducción de la libre competencia es una estrategia empresarial que ha sido combatida por aquellos gobiernos que establecen regímenes económicos que propugnan la libertad económica. Venezuela, desde 1991 con el restablecimiento de la garantías y derechos económicos constitucionales ha adoptado la protección y promoción de la libre competencia como principio para el desarrollo de la economía.

Sin lugar a dudas, detrás del régimen acogido a comienzo de los noventa se encuentra la idea de que, los sistemas económicos basados en el funcionamiento de las fuerzas de mercado dan lugar a resultados eficientes desde el punto de vista de las formas de producción, y también de la asignación de los recursos de una economía, traduciéndose en beneficios para los consumidores. Sin embargo, muchos de los ejecutores de las políticas económicas del país no logran entender tal fin.

Con la promulgación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en 1992 se han prohibido toda una suerte de prácticas empresariales consideradas colusivas y en consecuencia contrarias a la libre competencia. Entre las prácticas y conductas comúnmente prohibidas por la legislación *antitrust* encontramos los acuerdos horizontales y las prácticas concertadas entre competidores.

Este tipo de conducta, considerada ilícita debido a que las empresas competidoras convienen en actuar como un solo agente económico, y

en el caso de que todas las firmas entren en el acuerdo como un monopolista, reducen la competencia en el mercado.

A finales de 1999 con la aprobación de la Constitución, los principios de promoción y protección de la libre competencia han alcanzado un rango constitucional que no tenían. Así, de acuerdo al artículo 299 de la Constitución, el régimen socio económico de la República se basa entre otros principios en el de libre competencia para alcanzar un desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la comunidad. Por ello, la propia Constitución ha prohibido los acuerdos horizontales y las prácticas concertadas entre competidores, situación no prevista en la Constitución de 1961.

En efecto, de acuerdo al artículo 113 de la vigente Constitución, queda prohibido cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los particulares que tenga por objeto el establecimiento de un monopolio, o que conduzca por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos, a su existencia, cualquiera que sea la forma que adoptare en la realidad.

Sin embargo, es en el artículo 114 de la Constitución en donde expresamente se indica que *la cartelización*, así como el ilícito económico, el acaparamiento, la usura, y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo a la Ley.

En este trabajo se explora el tipo de restricciones a la competencia que resulta de un acuerdo entre competidores. Se introduce el tema, con una pequeña explicación sobre los beneficios económicos de una política de competencia en el mercado, luego se tratan las ineficiencias de los monopolios y carteles con el fin de poder establecer una comparación entre las eficiencias generadas dentro de un mercado competitivo y las ineficiencias de un mercado con estructura monopólica. En la segunda sección, se introduce la conceptualización de un acuerdo horizontal, se explican los tipos de acuerdos restrictivos y no restrictivos, las condiciones que deben existir en el mercado para que un cartel sea sostenible en el tiempo y se hace distinción entre los carteles y la teoría del Líder-Seguidor; en la tercera sección, se discuten las diferentes disposiciones que regulan los acuerdos en la legislación venezolana y se menciona la experiencia venezolana en la aplicación de políticas antimonopolio. Finalmente, se ofrecen algunas reflexiones finales sobre el tema.

## **1.2 Beneficios económicos basados en una política de competencia**

La racionalidad económica infiere que las empresas siempre buscan la maximización de sus beneficios, lo cual explica el comportamiento de las mismas, ante variaciones de los precios, de los factores o de los productos, de los impuestos y de otros importantes rasgos de los entornos en los que actúan. En la búsqueda de esta maximización de beneficios, en los mercados se forman diferentes estructuras, cuyas representaciones extremas, están constituidas por los mercados en condiciones de *competencia perfecta* y los mercados en situaciones de *monopolio*.

En esta sección se analizan las condiciones que definen un mercado perfectamente competitivo, los precios y cantidades de equilibrio que se originan en un mercado de esta naturaleza y los beneficios económicos basados en una política de competencia. En este sentido, un mercado donde prevalece la *competencia*, se define como “aquel en el cual existen muchos oferentes y demandantes sin que ninguno de ellos tenga poder para imponer condiciones de forma unilateral”<sup>1</sup>.

Para visualizar la perfecta competitividad de un mercado, es necesario conocer los cuatro condicionamientos fundamentales que debe satisfacer el mismo:

- a. *Los bienes son homogéneos (se venden productos estandarizados)*, en un mercado perfectamente competitivo, se supone que el producto que vende o comercializa una empresa es un sustituto perfecto del que venden las demás empresas que conforman dicho mercado. (En la práctica se sabe que esta situación no se cumple literalmente). Sin embargo, si se define el mercado en un sentido suficientemente estricto, es posible lograr un grado razonable de similitud entre los productos de empresas rivales.
- b. *La información es perfecta*, si los mercados son transparentes en sus transacciones, la información disponible tanto para los consumidores como para las empresas debe ser perfecta. Es por ello, que una empresa no tendrá razones para abandonar la industria en la que se encuentra si desconoce oportunidades más rentables en otras. De esta misma forma, un consumidor, no tiene motivo para sustituir un producto

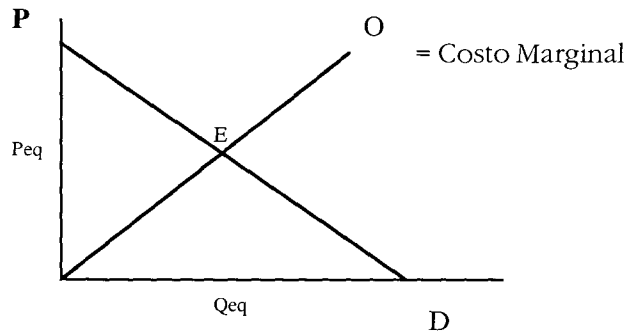
---

1 FRANK, Robert. *Microeconomía y Conducta*. Editorial Mc. Graw Hill, Madrid-España, 1992, Capítulo 11

por otro producto equivalente mejor, a menos que disponga información sobre la existencia del segundo. Lo cual significa, que se supone que la condición de los conocimientos, suele ser suficiente para aproximarse de una manera razonable a la condición de la información perfecta.

- c. *Las empresas competidoras son precio aceptantes.* Esto significa que las empresas competidoras del mercado, consideran como dado el precio del producto en el mercado, es decir, la empresa debe creer que la cantidad que produce ó producirá no afectará el precio del mercado.
- d. *Libre movilidad de los factores de producción,* este supuesto implica que si una empresa percibe una oportunidad rentable en un momento y lugar determinado, será capaz de contratar los factores de producción que necesita para aprovecharla. De igual manera, si el proyecto se vuelve poco atractivo, puede deshacerse de sus factores de producción y desplazarse a otra industria.

**Gráfico Nº 1**  
**EQUILIBRIO EN COMPETENCIA PERFECTA**



En el gráfico Nº 1, se muestra la producción de equilibrio de un mercado con estructura competitiva. El equilibrio se produce en el punto donde la demanda es igual al costo marginal (punto E)<sup>2</sup>. De esta manera

2 En el corto plazo, la curva de oferta de un mercado en competencia perfecta es igual a su curva de costes marginales.

se forman los precios y las cantidades de equilibrio del mercado (Peq, Qeq), estas variables hacen que en el punto (E) el mercado se vacíe, es decir no se acumulan inventarios, porque las cantidades ofrecidas son iguales a las cantidades demandadas. Por otra parte, el precio de equilibrio de la estructura de competencia asegura: igualdad del coste medio unitario y del precio para cada empresa y en consecuencia, si estas empresas operan de forma óptima, estarán obteniendo un volumen de producción en el cual los costes medios son mínimos para el productor, lo cual evidencia la tendencia a maximizar beneficios de los empresarios

El modelo estudiado, se basa en supuestos muy difíciles de asumir en la vida real, sin embargo este esquema permite visualizar didácticamente la formación de los precios y cantidades de equilibrio perfectamente competitivas. Los beneficios para el consumidor de permanecer en un mercado de competencia radican en la mayor y más diversificada producción que puede obtener este, en comparación con los mercados imperfectos. Además los precios que se establecen para estas cantidades coinciden con los costos marginales de producirlas, lo cual le garantiza al consumidor precios más bajos en comparación con las estructuras monopólicas.

Las características de los mercados competitivos, buscan obviar, las barreras de entrada, de salida, y otros problemas que enfrentan los competidores del mercado, pues cuando un mercado competitivo es cerrado por el lado de la oferta (cuenta con pocos oferentes), este tiende a convertirse en un mercado imperfecto e incluso puede llegar a constituirse en una estructura monopólica (estructura de mercado opuesta a la de competencia). Por lo tanto, se puede concluir que durante la transformación del mercado competitivo en una estructura monopólica, se producen en el mercado una serie de ineficiencias, las cuales se examinan en el siguiente apartado.

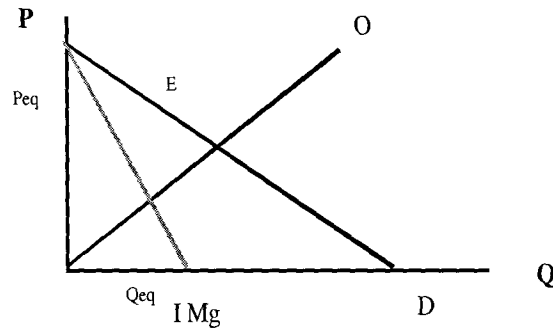
### **1.3 Ineficiencias de los monopolios y carteles**

En esta estructura de mercado, los consumidores se abastecen de un solo vendedor, de un producto que no tiene sustitutos cercanos. Dentro de este tipo de mercado son cuatro los factores que se examinan, cualquiera de los cuales o una combinación de varios puede permitir a una empresa convertirse en un monopolio. Estos factores son:



- a. *El control de factores clave*, esta condición se presenta cuando en el mercado los factores de producción, tales como las materias primas, se encuentran en manos de una sola o pocas empresas, provocando una posición monopolística. Sin embargo, el control exclusivo de factores claves para la producción, no garantiza el poder monopolístico permanente, ya que la intervención de ciertos factores adicionales como la tecnología, las innovaciones y los gustos de las personas pueden ocasionar la pérdida de poder de este productor dentro del mercado. Por otra parte, las empresas constantemente buscan la manera de producir mercancías existentes y el factor exclusivo que genera el monopolio hoy, probablemente quedará obsoleto mañana.
- b. *Las economías de escala*, esta condición se aplica a aquellos mercados cuya curva de costo medio, permite que el precio de un factor importante para la producción disminuya significativamente cuando aumenta la producción de la industria. Estrictamente hablando, pues, es del grado de rendimientos de escala, no de la pendiente de la curva de costo medio, del que depende que tengamos o no un monopolio natural.
- c. *Las patentes*, la mayoría de los países del mundo protegen los inventos mediante algún tipo de sistema de patentes, las patentes benefician al mercado, en el sentido de que incentiva realizar investigaciones que de lo contrario no se realizarían, en consecuencia la empresa recupera sus costes de inversión. El monopolio normalmente hace que los consumidores paguen precios más altos por la innovación.
- d. *Las licencias o concesiones del Estado*, en muchos mercados la legislación impide la existencia de empresas privadas y establece mecanismos de otorgamiento de licencias o concesiones para la administración, operación, etc., de los bienes y/o servicios producidos en estos mercados. En estos casos la licencia o concesión del Estado como fuente de monopolio es, una especie de economía de escala. Esta condición convierte a las economías de escala, en el factor más importante a largo plazo de los cuatro antes mencionados, para explicar la existencia de monopolios.

## Gráfico N°2 EQUILIBRIO EN MONOPOLIO



El gráfico N° 2, refleja la producción y los precios de equilibrio de un mercado con estructura monopolística. Las cantidades de equilibrio se producen en el punto donde la curva de ingreso marginal es igual a la oferta (punto C) y el precio de equilibrio se forma en el punto en el que las cantidades de equilibrio se trasladan a la curva de demanda (punto E). El precio final alcanzado es estable como cualquier otro precio y en su determinación prevalece la “fuerza o poder económico” de los competidores. En la realidad, los bienes no son perfectamente homogéneos y además existen vínculos de complementariedad entre los bienes, que unidos al desconocimiento que tiene cada monopolista acerca de su competidor y a la posibilidad potencial de ingreso de nuevos participantes, reducen la probabilidad de indeterminación del precio.

Para el oferente, a medida que se incrementa la cantidad ofrecida de un bien, la utilidad asociada al ofrecimiento de unidades adicionales va incrementándose mientras va disminuyendo la utilidad que proporciona la recepción de unidades monetarias (en un momento determinado prefiere más el bien que el dinero).

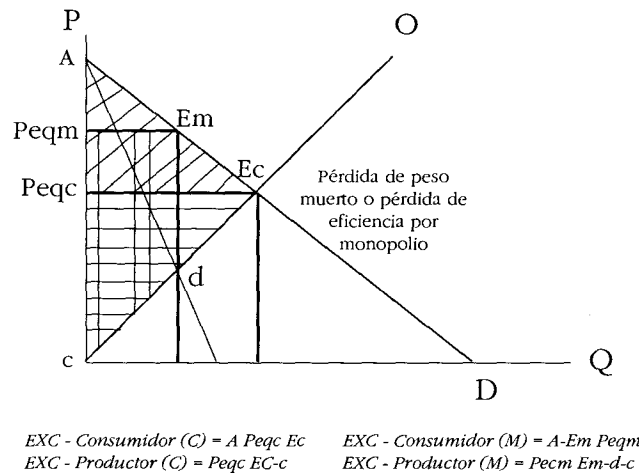
Los monopolistas pueden llevar a la práctica tanto una política de precios como de cantidades, es decir que pueden variar para maximizar su satisfacción, tanto los precios como las cantidades, para lo cual cada uno de estos monopolistas toma muy en cuenta el comportamiento de su adversario. Las ineficiencias de los monopolios, quedan reflejadas en

el incremento de los precios y la disminución de las cantidades (ambas variables de equilibrio), con respecto a la competencia perfecta.

#### 1.4 Competencia vs Monopolio

Al comparar los resultados obtenidos en el gráfico Nº1, con los obtenidos en el gráfico Nº2, se obtiene el gráfico Nº3.

**Gráfico Nº3**  
**EQUILIBRIO COMPETENCIA VS MONOPOLIO**



En esta figura, se observa como en el monopolio el productor ofrece una menor producción a un mayor precio, en comparación con la estructura de competencia. Los efectos de la variación de estos dos elementos perjudican al consumidor, este hecho se refleja en la disminución del excedente del mismo.

El *excedente del consumidor*, es la diferencia entre el precio máximo que un individuo está dispuesto a pagar por un producto (dado su ingreso) y el precio que realmente paga. Cuando el mercado es competitivo este excedente equivale al triángulo representado por los puntos (A- $P_{eqc}$ - $E_c$ ) del gráfico Nº 3 y cuando el mercado es monopolístico el excedente coincide

con el triángulo representado por los puntos (A-Em-Pe<sub>qm</sub>) del mismo gráfico. Al comparar ambos excedentes se observa que en Monopolio el excedente del consumidor es menor que en competencia, lo cual significa que el monopolista extrae del consumidor una renta superior a la que puede obtener bajo una estructura de competencia.

El mayor ingreso del productor, se refleja en el incremento de su excedente al comparar el mercado competitivo con el mercado monopólico.

El *excedente del productor*, es la diferencia que existe entre el precio que el productor recibe por el producto y lo que le cuesta producir cada unidad de producto. En competencia este excedente coincide con el área (Pe<sub>qc</sub>-Ec-c) del gráfico N°3, mientras que en Monopolio, el excedente comprende el área (Pe<sub>cm</sub>-Em-d-c) del gráfico en cuestión.

Por otra parte, si se analiza a fondo este gráfico, se puede observar que bajo la estructura de mercado imperfecto (Monopolio) existe una parte del excedente del productor y del consumidor que no absorbe nadie. Esta porción se conoce como pérdida de peso muerto o pérdida de eficiencia por Monopolio y corresponde al triángulo representado por los puntos (Em-Ec-d) de este gráfico.

En resumen, la pérdida de eficiencia que se produce en el mercado al existir un monopolio, se evidencia en la disminución del excedente del consumidor que no se compensa completamente con el incremento en el excedente del productor, lo cual se reitera en el triángulo de color negro que refleja la pérdida de eficiencia del mercado por monopolio.

## **2º ETAPA:**

### **2.1 Los acuerdos horizontales: visión general**

Uno de los principales legados de la moderna teoría económica es la demostración de que en los mercados donde existe competencia se producen un conjunto de resultados eficientes. De una manera general puede afirmarse que la eficiencia de los resultados de los mercados competidos se debe a los esfuerzos que deben hacer las firmas para ganar, o al menos no perder, clientes. Estos esfuerzos se refieren,

fundamentalmente, a los intentos por reducir los precios o mejorar la calidad de sus productos.

El significado de competencia, sin embargo, no resulta completamente claro. Lo que un abogado entiende por competencia muchas veces difiere de lo que entienden los economistas. De una manera general, la competencia es la “acción de contender dos o más personas por la misma cosa”<sup>3</sup>. Según esta definición el número de competidores es una variable fundamental, de manera que cuanto mayor sea el número de individuos que luchan por una misma “cosa”, presumiblemente, mayores esfuerzos tendrán que realizar.

Para los economistas, no siempre resulta cierto que los incrementos en el número de competidores incrementan la competencia. Tampoco siempre es cierto que la competencia es el único mecanismo para lograr resultados eficientes. La teoría de los mercados disputables<sup>4</sup> muestra como una empresa que actúa como único oferente en un mercado, no podrá comportarse de manera ineficiente, a pesar de que no tenga ningún competidor “real”. Otras veces la ausencia de competencia resulta en beneficios para los consumidores a lo largo del tiempo; por ejemplo cuando un monopolista incrementa el precio de sus productos puede estar creando incentivos para la entrada de nuevos productos. La introducción de un nuevo invento usualmente es costosa, así que con una estructura de precios bajos pudiese estarse retardando el tiempo de entrada de productos que incrementan la satisfacción de los consumidores<sup>5</sup>.

Es importante destacar que la intensidad de la rivalidad en un mercado depende de diversos factores. Si bien es cierto que el incremento en el número de firmas en un mercado, tiende a aumentar la intensidad de la competencia y, por lo tanto, se generan incentivos para buscar

---

3 Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, Editorial Larouse, Barcelona, 1997.

4 El trabajo seminal sobre la teoría de los mercados disputables es el de Baumol, Willing y Panzar. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1982. Para una exposición más general ver, por ejemplo, Carlton y Perloff. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins Publishers, 1962, pág. 84.

5 KIRZNER, I. *Competencia y Función Empresarial*, Unión Editorial, Madrid, Capítulo 3. 1975.

formas de producción y venta más eficientes. Lo contrario también es cierto, la reducción en el número de competidores, restringe la competencia y, por ende, supone un estímulo al comportamiento monopolista. Este es el principio básico que subyace a la prohibición de los acuerdos entre competidores. Tal principio provoca en el mercado los mismos efectos que un monopolio, cuando el acuerdo se establece con todos los competidores del mercado. La diferencia radica sólo en la estructura de la práctica, ya que en monopolio sólo una empresa haciendo uso de su condición dominante, es capaz de disminuir la producción y de incrementar los precios en el mercado, mientras que cuando se forma un cartel son varias las empresas que actúan como lo haría una sola, afectando con igual tendencia las variables precio y cantidad del mercado.

#### *¿Qué es un acuerdo horizontal?*

Un acuerdo horizontal es un acuerdo entre competidores para coordinar sus actividades y maximizar beneficios. Como se mencionó en la sección anterior los beneficios de un monopolista son mayores que los beneficios de competidores perfectos, es por ello que se generan los incentivos necesarios para que las empresas actúen como único oferente.

Existen diversos tipos de acuerdos horizontales, los cuales se diferencian en la forma en que se materializan. Sin embargo, en todos se encuentra presente la bilateralidad o multilateralidad de la conducta, es decir el intercambio de consentimientos. Las prácticas horizontales pueden producirse en forma de: acuerdo, prácticas concertadas y recomendaciones colectivas.

- Los *acuerdos* se producen cuando existe intercambio entre las partes. Este intercambio puede ser como los contratos (escritos o de palabra) o puede ser tácito (dar por entendida la conducta a seguir). Si en el acuerdo no existe intercambio se estará en presencia de dos conductas unilaterales, pero jamás de un acuerdo, por lo que sus efectos serán irrelevantes a los efectos de las normas de libre competencia.
- Cuando los acuerdos son tácitos, la práctica horizontal se conoce como *Prácticas Concertadas*, las cuales consisten en una cooperación informal entre oferentes, caracterizada por no contar con ninguna decisión formal o material que le preceda, pero que sin embargo afecta significativamente la competencia. Esta disciplina posee un

comportamiento voluntario consentido por una empresa frente al comportamiento de otra u otras, es una coordinación de acciones estratégicas comerciales<sup>6</sup>.

- Por último, las *recomendaciones colectivas*, se refieren a aquellas prácticas horizontales, en las que existe intercambio de voluntades, dentro del seno de una agrupación empresarial o profesional. Esto hace que la responsabilidad caiga sobre el ente que dicta la decisión. Cuando existe carácter vinculante (obligatoria ejecución de la acción, para todos los miembros de la agrupación) las recomendaciones colectivas reciben el nombre de *decisiones colectivas*.

Ahora bien, no todos los acuerdos, convenios, prácticas etc., entre las empresas que compiten en un mercado, afectan negativamente a la competencia. Algunos acuerdos horizontales, también tienen efectos favorables para los consumidores. Por ejemplo, las empresas pueden realizar acuerdos para desarrollar conjuntamente nuevas técnicas de producción. Estos acuerdos tienen por objeto evitar la dualidad de inversiones, por lo que reducen los costos de investigación y desarrollo de cada empresa. Sin embargo, es cierto también que todo acuerdo, eficiente o no, facilita la comunicación entre las empresas que lo forman, de manera que se establecen las condiciones para que se reduzca la competencia.

Algunos autores<sup>7</sup> hacen la distinción entre el término práctica (horizontal) y cartel. Las practicas horizontales se refieren a cualquier acuerdo, practica concertada y recomendación colectiva entre competidores, mientras que los carteles son únicamente los acuerdos entre competidores que restringen la competencia y, por tanto, perjudican a los consumidores. Desafortunadamente, la línea divisoria entre estas dos categorías no es muy clara, pues es común que los acuerdos generen resultados eficientes y anticompetitivos simultáneamente, y es por ello que la aplicación de la política antimonopolio requiere de un detallado análisis de los efectos de estos contratos.

---

6 (Resolución N° SPPLC/0002-93 de fecha 17/5/1993)

7 CONRATH, C. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. U.S. departamento de Justicia, 1995.

Aunque los carteles tienen un efecto negativo sobre los consumidores, es necesario señalar que el mismo principio que promueve su formación, la búsqueda de mayores beneficios, hace que estos acuerdos sean vulnerables. Una vez que todas las firmas de un mercado han acordado incrementar el precio, cada una de ellas tiene incentivos para romperlo.

Por lo tanto, para que un cartel efectivamente tenga alguna influencia en el precio o las cantidades de mercado es indispensable que las firmas que lo componen estén en capacidad de detectar alguna violación del acuerdo. Si esto no es posible, el cartel fracasará, el perjuicio sobre los consumidores será transitorio, y la aplicación de política antimonopolio será innecesaria.

## **2.2 Condiciones para que un cártel sea sostenible**

La probabilidad de que un grupo de firmas de una misma industria acuerden coordinar sus actividades con éxito depende tanto de la *estructura del mercado*, como de la *estructura del acuerdo*. En virtud de este hecho, en el presente apartado se analizan las características fundamentales a considerar dentro de estos dos grandes items, antes mencionados.

### *2.2.1 Estructura del mercado:*

- a) Tener algún grado de *poder de mercado*, esto significa que el cartel pueda imponer un incremento de precios, cada vez que desee incrementar sus ganancias, ya que las empresas que conforman el mismo concentran la mayor participación de mercado. Es bien sabido que la posibilidad de ejercer poder de mercado depende en gran medida de la estructura de este. Así, es más probable que un acuerdo entre competidores pueda dar lugar a un incremento de precios en industrias concentradas o con altas barreras a la entrada.
- b) *Mercados concentrados*, son aquellos donde existen pocos vendedores o las ventas se concentran en unos pocos vendedores. En estos mercados son mayores las posibilidades de que se realicen prácticas horizontales restrictivas, ya que es más fácil poner de acuerdo a pocos agentes. Es importante recalcar, que no existe consenso para determinar a partir de cual nivel de concentración, los mercados



deben ser clasificados como “fuertes colusorios”, ya que cada determinación es particular, pues depende de cada mercado relevante y de la dinámica de competencia del mismo.

- c) *Barreras a la entrada*, la existencia o ausencia de barreras a la entrada también afecta el potencial para la colusión. Aún en una industria concentrada, las empresas que forman un cartel pueden ser incapaces de incrementar los precios de manera sostenida. En caso de que no existan impedimentos para la entrada de nueva competencia, el incremento de precios producto de la colusión aumentaría los beneficios de la industria y, por tanto, se crean incentivos para la entrada de nuevas empresas. La entrada de nuevas empresas incrementa la oferta y, por tanto, reduciría los precios, haciendo que la acción colusiva de las empresas del cartel no tenga efecto.
- d) *Homogeneización del producto*, si los productos vendidos dentro del mercado son homogéneos, es decir sus características varían muy poco de un producto a otro, la posibilidad de producir una cartelización en los precios se incrementa. Además la homogeneización del producto, permite detectar el incumplimiento de alguno de los miembros del cartel, pues será más probable detectar que las disminuciones en el precio se deban a violaciones del acuerdo y no a desmejoras en la calidad del producto.
- e) *Tamaño de la demanda*, si el mercado cartelizado produce un bien o servicio con escasos o nulos sustitutos, es muy probable que la disminución de la producción sea poca en comparación con el incremento de los precios. Sin embargo, si el tamaño de la demanda cae significativamente como consecuencia de la formación del cartel, este no podría mantenerse en el mercado.
- f) *Poder de compra de los demandantes*, se supone que cuando se produce un cartel, al igual que en monopolio, los demandantes no tienen posibilidad de afectar las variables del mercado, es decir no son capaces de afectar los precios ni las cantidades producidas. Ahora bien si por el contrario, en el mercado los consumidores tienen poder de decisión y otros bienes y/o servicios sustitutos que escoger, obligaran al mercado a bajar los precios al cambiar su demanda a otro producto.

- g) *Licitaciones*, en los procesos de licitaciones ocurren con frecuencia carteles, debido a que en dichos procesos existen pocas empresas competidoras que tienden a ser similares y cuya información en dicho mercado es de fácil acceso para los oferentes.
- h) *Empresas similares*, este ítem se refiere a aquellos mercados donde las empresas tienen estructuras de costos, procesos de producción, metas, grado de inversión y/o número de productos similares, y en los cuales es más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo.
- i) *Demanda inelástica*, en aquellos mercados donde la demanda es inelástica, existen mayores posibilidades de que ocurran acuerdos para restringir la competencia, debido a que cuando el cartel aumenta los precios, los consumidores tendrán pocas posibilidades de modificar su demanda hacia otros productos que le proporcionen la misma satisfacción y satisfagan de igual forma sus necesidades.

### 2.2.2 Estructura del acuerdo:

- a) *Costos de la negociación*, el cartel debe ponerse de acuerdo en la variable en la cual se va a limitar la competencia. Este proceso no es fácil, por que cada empresa posee distintos incentivos. Por ejemplo, si se quiere establecer un cartel de precios, existirán empresas con bajos costos de producción que preferirán fijar un precio no muy alto y empresas con una estructura de costos de producción más elevada que preferirá que se establezca un precio elevado. Por otra parte, si el acuerdo involucra muchos bienes hay que estimar el precio a cobrar por cada uno de estos bienes, complicándose y haciéndose cada vez más costoso el proceso. Esto involucra la necesidad de elaborar mayor número de documentos y llamadas telefónicas en los que se discutan los términos del acuerdo.
- b) *Costos de control*, por lo general estos acuerdos tienden a ser inestables, ya que cada individuo está en capacidad de producir y vender más de la cantidad que el cartel estableció para cada uno de ellos. Para que el cartel pueda mantenerse, es necesario asegurarse que ninguno de los miembros del cartel viole el acuerdo, es por ello, que los carteles toman medidas con la finalidad de evitar que miembros del cartel no cumplan el acuerdo que incluyen medidas preventivas, de detección y castigo. Buena parte de la existencia de

- un cartel puede ser obtenida de este tipo de acciones que realizan los carteles con la finalidad de evitar los incumplimientos del acuerdo.
- c) *Incluir el mayor número de oferentes dentro del mercado*, si el cartel excluye a un número considerable de competidores, dicho cartel no funcionará, a menos que los competidores que queden por fuera no posean en conjunto una participación de mercado significativa, ya que las empresas con una alta participación de mercado que no forman parte del cartel pueden por ejemplo, vender el producto a un precio inferior al precio del cartel, lo cual presionará a los miembros del cartel a reducir el precio (suponiendo que la variable fijada halla sido el precio).
  - d) *Penalizaciones*, para evitar que los miembros del cartel violen las condiciones establecidas dentro del mismo, el cartel establece una serie de penalizaciones, como por ejemplo, bajar el precio de los productos hasta que el que defraude el cartel se vea obligado a cerrar o quiebre, si el cartel es una repartición de mercado se comienza a producir o vender en la zona que le había sido otorgada al que viole el cartel, existen otras represiones atípicas como el cobro de cheques en blanco firmados por parte de cada uno de los participantes que han sido entregados como garantía de que no se viole el acuerdo, etc.

### **2.3 Tipos de acuerdos horizontales**

Los carteles o acuerdos entre competidores pueden ser de muchos tipos, dependiendo de la variable de competencia que se quiera restringir. De esta manera, tenemos los carteles que fijan precio, que limitan la producción, entre otros. En esta sección veremos someramente los tipos de acuerdo que pueden producirse en el mercado, sin embargo debemos acotar que esta lista sería en todo caso enunciativa.

- a) *Carteles que fijan precios y otras condiciones de comercialización*: El precio es una de las variables más importantes en el mercado. El precio es el vehículo a través del cual el productor se comunica con los demandantes o consumidores. Por ello, resulta normal que la mayoría de los carteles estén dirigidos a fijar precios. Dentro de las variantes de este tipo de cartel encontramos la forma como se fija el precio. Una de las formas como un cartel llega a un acuerdo es en la fijación directa en el precio a aplicar. Otra forma más elaborada, es

la fijación indirecta del precio a cobrar. Esta fijación del precio puede ser a través de fórmulas, o fijación de porcentajes en el aumento de precios, etc.

Igualmente, los carteles pueden fijar otras variables para no competir como las condiciones de comercialización. Las empresas no sólo usan el precio de un producto o servicio para negociar, también utilizan otras condiciones para atraer o mantener a sus clientes. Estas condiciones reflejan la posibilidad de negociar la forma de pago con sus clientes. Las condiciones de comercialización más comunes son días de crédito, porcentajes de descuento, porcentajes de descuento por pronto pago, y promociones.

- b) *Carteles para repartirse el mercado:* Algunas empresas competidoras llegan a negociar carteles realmente sofisticados para mantener o repartirse la participación de mercado. En mercados con características oligopólicas suele darse este tipo de repartición del mercado. Para ello, se acuerdan hasta los productos que se van a lanzar al año, restricciones en la publicidad de los productos, y las respuestas que deberá tomar la empresa miembro del cartel para el caso de que el producto competidor obtenga una mayor participación de mercado de la estipulada en el acuerdo.
- c) *Carteles para repartirse áreas territoriales:* Cuando las empresas competidoras se dividen el área territorial donde realizarán su actividad económica, buscan establecer monopolios geográficos para evitar la competencia. Sin embargo, para que la repartición de áreas territoriales sea efectiva debe traer consigo mecanismo que disciplinen de cierta manera la conducta de los demandantes del producto, a los fines de evitar que estos se dirijan a otra área para realizar sus compras. En estos casos, las empresas que conforman el cartel procuran no vender a compradores que se encuentran domiciliados fuera del área territorial correspondiente.
- d) *Carteles para repartirse fuentes de aprovisionamiento:* Las fuentes de aprovisionamiento son también una variable de competencia. En efecto, asegurarse la materia prima necesaria para la elaboración del producto que se comercializa o del servicio que se presta garantiza la permanencia en el mercado. En mercados donde la demanda es oligopsonica es factible que las empresas que formen un cartel se dividan las fuentes de aprovisionamiento cuando estos productores carezcan de poder de mercado.

- e) *Carteles para limitar la producción*: Es una forma artificial de que los precios de los productos o servicios aumenten a través de la limitación a la producción. La práctica colusiva responde a la ley de la oferta y la demanda, de manera que se procura limitar y disminuir la oferta para que el producto o servicio se encarezca y el precio aumente.
- f) *Carteles para limitar la distribución*: La distribución es la actividad económica que busca trasladar un producto o servicio desde los productores a los demandantes y/o consumidores. Los carteles que limitan la distribución pretende un aumento artificial del precio del producto o servicio, de igual manera que los carteles que limitan la producción. Su intención es crear una escasez que provoque un incremento de precio. Por lo general, los carteles que limitan la distribución previamente han limitado la producción.
- g) *Carteles que atan la venta de un producto a otro*: Esta práctica colusiva busca el ingreso y posicionamiento de un producto en el mercado mediante la venta atada de otro sobre el cual el cartel tiene poder de mercado.
- h) *Carteles para fijar condiciones de servicio*: Algunos acuerdos entre competidores buscan una homogeneización en el producto o servicio prestado. Por ello, estas empresas fijan condiciones idénticas para la prestación de un servicio. Con esta práctica las empresas se aseguran que no habrá diferenciación entre los servicios prestados por lo cual será indiferente para el consumidor cual servicio adquirir. En la mayoría de los casos los acuerdos para fijar precio llevan consigo una estandarización anticompetitiva en la prestación del servicio.
- i) *Otros carteles*: Muchas son las variables en las que puedan coludir las empresas para evitar la competencia. Adicionalmente a los carteles mencionados encontramos aquellos que limitan el desarrollo técnico o tecnológico de inversiones, aplican condiciones discriminatorias, entre otros. Ejemplo de ello, lo constituyen las licitaciones.

#### **2.4 Paralelismo consciente o teoría del Líder-Seguidor**

Existen ciertas conductas que se dan por lo general en estructuras oligopólicas, que a pesar de tener apariencia de un cartel o conducta

colusiva no deben ser tratadas como tal, puesto que en las mismas no se ha realizado un acuerdo entre los competidores con la intención de limitar la competencia.

La teoría del líder seguidor o paralelismo consciente se fundamenta en la conocida teoría de los juegos, instrumento fundamental para el estudio de los mercados oligopólicos. Con dicha teoría se permite analizar, en forma detallada, las posibles interacciones estratégicas que existen entre las empresas competidoras en una industria oligopólica. En la teoría de juegos, existen los juegos simultáneos y los juegos secuenciales. Los primeros se refieren a aquellas situaciones en las cuales los agentes económicos toman sus decisiones al mismo tiempo, en tanto que los juegos secuenciales se refieren a las situaciones en las que un agente económico elige primero y el otro jugador responde ante la elección del primero.

Cualquiera que sea el tipo de juego, en el mismo se define el concepto de *Estrategia Dominante* como la elección o decisión óptima que toma uno de los agentes económicos (en este caso, el que tenga mayor poder de mercado), sin importar lo que hacen el resto de los agentes. En este caso, las empresas seguirán la conducta del primero, considerado Líder, para no ser desplazadas del mercado. En la mayoría de los casos, la estrategia dominante a ser implementada por las empresas oligopólicas es la de no realizar ningún incremento en los precios.

### **3ª ETAPA**

#### **3.1 Las conductas colusivas en la legislación venezolana**

La legislación venezolana en materia de libre competencia está inspirada en la legislación europea. Como algunos autores han señalado, este hecho ha sido común en un número de países en los que recientemente se han creado sistemas de protección de libre competencia.

Los acuerdos entre competidores contenidos en la legislación venezolana son de diversos tipos. De una manera general, puede afirmarse que las principales prohibiciones referentes a estas prácticas son las contenidas en el artículo 9 y el 10. Sin embargo, otras disposiciones también pueden ser aplicadas, como los artículos 5 y 7. Esta variedad de

disposiciones se debe a la existencia de diferentes tipos de acuerdos entre competidores.

En el centro de las disposiciones que prohíben los acuerdos horizontales están los acuerdos que la legislación norteamericana a considerado *per se*. Este tipo de acuerdos están contenidos, en la legislación venezolana, en el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que expresa:

ARTÍCULO 10: Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

- 1° Fijar de forma directa o indirecta precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;
- 2° Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;
- 3° Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores.
- 4° Aplicar relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y
- 5° Subordinar o condicionar a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Este artículo es muy similar al artículo 85 del Tratado de Roma. Sin embargo, existe una diferencia; mientras que la legislación europea hace indispensable que los acuerdos tengan por objeto o efecto restringir la competencia, este artículo de la legislación venezolana exige al órgano de probar los efectos de ésta. Nótese que en la redacción del artículo se establece una prohibición a los acuerdos para fijar precios, limitar cantidades, etc., sin hacerse referencia a que éstos deban tener un efecto sobre el mercado, esto es, que el artículo 10 de la legislación venezolana no requiere la prueba de los efectos, por lo que de alguna manera es análogo a la categoría de prohibición *per se* que contra este tipo de acuerdos ha sido comúnmente aplicada en la legislación *antitrust* norteamericana.

El artículo 10 *in comento* no señala expresamente que dichos acuerdos o prácticas concertadas deban ser entre competidores. Sin embargo no tendría sentido que una ley prohíba los acuerdos para fijar precios entre vendedores y compradores. En este sentido, es importante

notar que la doctrina de la Superintendencia ha acotado el ámbito de dicha prohibición a los acuerdos entre competidores, estableciendo tres elementos de tipicidad requeridos para que se configure una violación de este artículo, a saber: a) que la conducta sea el producto de un concierto de voluntades que logre una acción conjunta, b) que su comisión debe ser atribuida a un grupo de competidores y c) su objeto debe estar contenido en los ordinales del artículo 10.

A diferencia del artículo 10, el resto de las disposiciones aplicables a los acuerdos entre competidores requieren la prueba de los efectos anticompetitivos en el mercado. Así, el artículo 9 prohíbe: “los acuerdos o convenios que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de esta ley, que restrinjan o impidan la libre competencia entre sus miembros”. Subyace a esta prohibición, la idea según la cual la existencia de asociaciones gremiales o sectoriales reduce los costos de llegar a acuerdos entre competidores de un mismo mercado.

Finalmente, para la determinación de si un determinado acuerdo es o no restrictivo de la libre competencia, puede ser aplicada la disposición contenida en el artículo 5 de la Ley. Esta disposición, titulada en la Ley como “prohibición general” prohíbe: “las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia”. Esta prohibición opera como una cláusula residual, de manera que si una determinada conducta no está tipificada específicamente en la Ley, puede ser evaluada en virtud de ella. En el caso de los acuerdos entre competidores, la aplicación de esta norma podría ser relevante para la evaluación de *joint ventures* o convenios de producción, distribución, comercialización o promoción conjunta, es decir, acuerdos que en principio son claramente pro-competitivos y que generan eficiencias, pero que simultáneamente pueden establecer cláusulas anticompetitivas.

### **3.3 La experiencia venezolana en la aplicación de la política antimonopolios: Acuerdos horizontales**

La aplicación de las disposiciones en contra de los acuerdos entre competidores representa el área de mayor experiencia en la política de protección de la libre competencia en Venezuela.



En esta sección se señalan sumariamente algunos de estos casos. En particular, se discuten todos los casos de acuerdos y prácticas concertadas entre competidores relacionados con las distintas variables de competencia que dan lugar a distintos tipos de carteles antes mencionados.

*- Práctica concertada para fijar precios.*

*Caso Concretos Premezclados.* Se inició un procedimiento sancionador contra 3 empresas productoras de concreto premezclado en el área metropolitana de Caracas en 1992 que habían elaborado listas y tablas de precios idénticas.

Por ser el primer caso investigado por la Superintendencia debió tratar la diferencia conceptual entre las “prácticas concertadas” y los “acuerdos” entre competidores. En esta ocasión, la Superintendencia sostuvo que, sí bien ambas prácticas requieren un intercambio de consentimientos de las empresas en ejecutar la práctica, las prácticas concertadas requieren, además, la ejecución material de lo acordado.

Según este criterio, existen diferencias fundamentales a la hora de demostrar un acuerdo y una práctica concertada. En el primero de los casos, basta obtener un instrumento escrito con el cual se pueda identificar la intención de coludir, independientemente de si se ha ejecutado o no. En el segundo caso, por su parte, no existe (o más adecuadamente, no puede probarse la existencia de) un acuerdo expreso entre las partes, pero de las actuaciones de las empresas puede inferirse que tal acuerdo existe.

En el caso particular de las empresas productoras de premezclados en la zona metropolitana de Caracas, la Superintendencia consideró que a pesar de no haberse probado la existencia de un acuerdo expreso entre ellas, existían indicios de que se estaba llevando a cabo una práctica concertada.

En este sentido se establecieron elementos necesarios para la demostración de la práctica concertada, para lo cual Procompetencia utilizó como referencia decisiones líderes de la Comisión de las Comunidades Europeas en dicha materia, a saber: el caso (colorantes) S.A. Francaise des matieres colorantes (Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas y el caso (Industria del Azúcar) Suiker Uniec. vs. Comisión de las Comunidades Europeas.

Las listas de precios tenían similitud no sólo en los precios del concreto premezclado de tipos normal y especial, sino también en los recargos a la venta del producto y vigencia de las listas. Por otra parte, se señaló que la existencia de listas de precios referenciales utilizadas entre competidores incide directamente en la fijación de los precios efectivamente transados. Por otra parte, Procompetencia consideró que existían elementos adicionales en el mercado investigado que permitían la realización de la práctica concertada, entre los cuales destacó

...el reducido número de empresas concreteras de premezclado participante en el mercado relevante conformado por el concreto premezclado vendido en la zona de Caracas, el hecho de que el concreto premezclado es un producto uniforme u homogéneo al no variar en sus características esenciales entre una empresa y otra y las facilidades de comunicación que existen entre las empresas concreteras al pertenecer a la misma asociación gremial son todos ellos elementos económicos concurrentes que sugieren la existencia efectiva de un cartel entre las empresas investigadas.

*- Acuerdo para fijar precios.*

En marzo de 1996 la Superintendencia inició una investigación en contra de 6 editoras de periódicos de la región capital al recibir de parte del Ministerio de Fomento una comunicación dirigida a la Asociación de Venezolana de Exhibidores de Películas, suscritas por estas 6 editoras y en la cual indicaban un aumento de las tarifas para publicar anuncios de cine en sus periódicos.

Durante la investigación la Superintendencia pudo comprobar que el acuerdo para fijar tarifas de publicación de anuncios de cine entre las editoras se venía realizando desde mayo de 1994. En su decisión la Superintendencia sostuvo que el acuerdo investigado constituyó un acuerdo horizontal para fijar precios, indicando al respecto que

el precio es posiblemente el elemento más importante de una transacción comercial y la señal más visible que le envían los agentes económicos al mercado. Por lo tanto, un acuerdo entre competidores para la fijación de precios distorsiona el mercado, por cuanto impide que éste envíe el principal mensaje utilizado por el consumidor para decidir su preferencia entre un producto y otro.

Para el caso concreto, se indicó que al no resultar el precio de la tarifa de publicación de avisos de cine, de la observación y ponderación independiente de las editoras, tomando en cuenta sus costos, materias primas, tecnología y otras variables que determinan la oferta individual sino que devenía del resultado de un acuerdo expreso, se evidenciaba claramente la voluntad de deponer su animo de competir en función al precio, una de las principales variables que afectan los negocios. Finalmente, se ordenó la inmediata cesación de la práctica y multó a las editoras.

- *Prácticas concertadas para fijar condiciones de comercialización.*

El 21 de febrero de 2000, la Superintendencia determinó como infractoras de la libre competencia a las embotelladoras de refrescos Panamco de Venezuela S.A., Sopresa (Sociedad Productora de Refrescos y Sabores) y sus filiales Presamir, Presaragua y Presandes, por la realización de una práctica concertada para fijar directamente condiciones de comercialización, conducta anticompetitiva prohibida en el artículo 10º, ordinal 1º de la Ley Pro-Competencia.

La superintendencia abrió de oficio en agosto de 1999 un procedimiento administrativo a las embotelladoras de los refrescos marca Coca Cola y Pepsi al encontrar, dentro de una investigación de rutina, similitud de identidad y simultaneidad en la notificación de descuentos en factura y en los días de crédito otorgados a las cadenas de supermercados e hipermercados. En el mes de marzo del año 2000, Panamco y Sopresa notificaron a sus compradores las nuevas condiciones de comercialización que coincidían en 5 por ciento de descuento y 30 días de crédito para el pago de las facturas.

Al finalizar el procedimiento, Pro-Competencia concluyó que la fijación del porcentaje similar de descuento en factura a supermercados e hipermercados fue producto de una práctica concertada, lo cual no genera eficiencia económica alguna por sus efectos monopólicos, ya que a través de la cartelización las empresas involucradas deponen su voluntad de competir.

Con base en sus potestades de policía administrativa para restaurar el orden público económico, la superintendencia ordenó a Panamco y a

Sopresa el cese inmediato de la aplicación conjunta y simultánea de descuentos idénticos en las bebidas carbonatadas. Asimismo, les impuso la orden de realizar, de manera independiente, nuevas negociaciones sobre los porcentajes de descuentos a los supermercados, hipermercados u otro cliente especial que forme parte del mercado relevante afectado, y les impuso multas.

*- Acuerdos para repartirse el mercado.*

Durante un procedimiento administrativo llevado a las empresas C.A. Tabacalera Nacional y C.A. Cigarrera BIGOTT Sucs. en 1998, la Superintendencia obtuvo por la Fiscalía del Estado de Washington de los Estados Unidos de Norteamérica documentos emanados de British American Tobacco en los que se describe en forma expresa, acuerdos para la repartición de mercado en la región de América Latina entre las compañías Phillip Morris International y British American Tobacco, casas matrices de las empresa C.A. Tabacalera Nacional y C.A. Cigarrera BIGOTT Sucs., respectivamente, así como otros acuerdos de no-competencia para ser ejecutados en Venezuela por las subsidiarias respectivas.

Los documentos en cuestión eran informes elaborados por la empresa British American Tobacco, casa matriz de BIGOTT en los que se deja constancia de los diversos contactos con la compañía Phillip Morris International, casas matrices de las empresa C.A. Tabacalera Nacional (CATANA) para discutir asuntos contenciosos en el área de Latino América. En este sentido, pudo observarse que para el área de Venezuela se había llegado a un convenio de participación de mercado, de fecha 27 de septiembre de 1988. En este Convenio, las empresas fijaron, entre lo más resaltantes:

- A) Volúmenes mínimos de ventas para mantener la participación de mercado de cada empresa.
- B) BIGOTT no respondería a un lanzamiento de CATANA en menos de seis meses, a no ser que:
  - a. La participación total de CATANA llegase al 25 % por 4 meses consecutivos,
  - b. La participación de CATANA llegue al 27,5 %

- C) BIGOTT podría responder a cualquier lanzamiento con contenido diferente de 20 unidades, desde el momento en que llegue al 4 % del mercado.
- D) Para ayudar a CATANA en las ventas, BIGOTT se comprometía a:
  - a. No aumentar descuentos, créditos o acciones.
  - b. No aumentar la actividad promocional.
  - c. No aumentar el gasto real de publicidad.
  - d. No entrar en la categoría de precios bajo, a no ser que llegue al 14 % del mercado o CATANA llegue al 25 del mercado en cuatro meses consecutivos, o CATANA llegue al 27,5 % del mercado.
- E) Ninguna de las dos partes lanzará marcas a un precio por debajo de la categoría mínima existente, ni descontará precios de cualquier producto.
- F) La fijación de precios y los descuentos comerciales para cualquier tamaño paquete diferente de 20 unidades deben mantener el precio y los descuentos comerciales por cigarrillo para 20 unidades.
- G) El convenio quedaría nulo si Phillip Morris llega a ser accionista mayoritario.
- H) El convenio debía revisarse si se introduce en el mercado un nuevo competidor.
- I) El convenio duraría tres años desde 1 de octubre de 1988, a no ser que CATANA consiguiera el 25 % en cuatro meses consecutivos.

En los informes de British American Tobacco, se exponía que la estrategia que acogió BIGOTT para 1988 era la de mantener en el mercado un competidor débil pero viable y cooperativo. Aunque se resalta la intención de evitar un convenio de participación de mercado, el convenio era necesario para mantener a CATANA cooperadora.

Se detectaron otros documentos que permitieron a la Superintendencia tener como cierto y valido el convenio de participación entre BIGOTT y CATANA. En efecto, de la revisión hecha por la Sala de Sustanciación a los archivos inactivos de CATANA se pudo obtener algunas minutas y cartas de CATANA y de BIGOTT en las que se deja constancia de reuniones hechas entre representantes de ambas empresas. Igualmente,

se encontraron informes mensuales que levantó CATANA denominados "Monthly Report" en los que se expresaba que "el convenio de la industria está funcionado bien. BIGOTT está cumpliendo seriamente con todos los términos del acuerdo. Actualmente existe una buena relación de trabajo entre las dos empresas" (folio 3508 del expediente administrativo, Monthly Report, Diciembre 1988).

A pesar de la información recabada y pese a la contundencia de la aportación probatoria todos los documentos recabados, así como los enviados por la Fiscalía del Estado de Washington de los Estados Unidos de Norteamérica, databan de finales de los años ochenta y principios de los noventa, esto es, antes de la promulgación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Por ello, la Superintendencia debió declarar las prácticas allí constatadas como prescritas, ya que en Venezuela estas prescriben al año.

*- Acuerdos para limitar la producción.*

En el año 1994, la Superintendencia inició un procedimiento sancionador por la celebración de acuerdos para fijar precios, limitar la producción y repartir mercados a dos líneas aéreas (Avensa-Aeropostal) que habían suscrito y ejecutado un acuerdo de cooperación comercial para la operación conjunta de rutas a la Habana y Santo Domingo, en el que fijaban precios y se racionalizaban las rutas desde Caracas.

En aquella oportunidad la Superintendencia señaló que los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, directa o indirectamente constituyen por su propia naturaleza una restricción a la competencia y que dichas conductas o prácticas son una de las faltas más graves contempladas en los países con tradición en materia de libre competencia. Así, la Superintendencia indica que la gravedad de tal conducta se debe

a que el funcionamiento adecuado de un sistema de precios, donde éstos se determinen de acuerdo al libre juego de la oferta y la demanda, es necesario para que la competencia en el mercado proporcione sus máximos beneficios a productores y consumidores. Por esta razón, la vigilancia de las condiciones que aseguren que los presupuestos señalados se verifiquen en el mercado, son uno de los primordiales fines de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En cuanto a los acuerdos para limitar la producción, la Superintendencia manifestó que estos acuerdos tienden a provocar un alza en el precio de un producto o servicio o contienen la caída de los precios, por tanto puede observarse la restricción de la competencia. En este sentido, se señala que

dato el comportamiento normal de la demanda, una limitación de la producción puede tener efecto de aumentar los precios, aún cuando tal aumento no pueda ser calculado directamente. De forma que si los competidores fijan controles concertados para restringir la cantidad de bienes a ofrecer o de servicios a prestar, los demandantes se verán obligados a pagar un precio mayor. Este control sobre la oferta permite a los participantes en el acuerdo manipular la demanda y lograr el precio que pretenden. En consecuencia, tales conductas forman parte frecuentemente de acuerdos más amplios de carteles de fijación de precios o de reparto de mercados.

Por tal motivo, se consideró que en virtud de que el servicio que prestan las líneas aéreas es el de transporte de pasajeros mediante vuelos regulares, un acuerdo de racionalización de rutas, reduce el número de frecuencias, limitando la prestación del servicio. Procompetencia desechó la argumentación de las empresas de que el acuerdo de racionalización les permitía operar con mayor eficiencia, ya que esto les permitiría incrementar el número de pasajeros en cada vuelo y reducir los costos, sin que tales beneficios se trasladaran a los consumidores. En efecto, se sostuvo que en un mercado competitivo, cada aerolínea puede decidir el número de vuelos que va a ofrecer basándose para ello en los costos como en las condiciones de la demanda. Si un vuelo deja de ser rentable para la oferente está puede dejar de hacerlo, sin necesidad de acordarlo con los competidores. Finalmente, la decisión de Procompetencia acordó la imposición de multas por convenir precios y limitar la producción. No obstante, el acuerdo no implicaba una repartición de mercado o áreas territoriales.

La Superintendencia acogió los criterios expuestos por la doctrina y jurisprudencia europea y estadounidense emanada de las oficinas de competencia en materia de acuerdos entre líneas aéreas, en las cuales se exponen los efectos perjudiciales y daños ocasionados por los acuerdos celebrados entre dos o más empresas aéreas para fijar tarifas. (Caso Ahmed

Saeed Flugreisen vs Zentral zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. De la Corte de Justicia de Europa).

Igualmente, la Superintendencia acogió los criterios expuestos en el informe realizado por el Departamento de Justicia a propósito de los daños causados por la ejecución de acuerdos sobre tarifas aéreas celebradas en el seno de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo "IATA" para determinar el carácter restrictivo del acuerdo Pool o racionalización para las rutas a la Habana y Santo Domingo desde Caracas.

*- Acuerdo para repartirse áreas territoriales*

La Superintendencia Pro-Competencia inició un procedimiento administrativo el 20 de julio de 2000 a las empresas Tepuy Marina y Marítima Ordaz, a solicitud de la empresa Terminales Maracaibo, por la presunta comisión de prácticas contrarias a la libre competencia prohibidas 10 numeral 3.

Estas empresas prestan actualmente servicios de remolcadores de buques en el puerto de Ciudad Guayana. Sin embargo, la empresa entrante denunció entre otras prácticas, la repartición hecha por Tepuy Marina y Marítima Ordaz del Río Orinoco para prestar el servicio de remolque de buques. Para el momento que se escribe el presente documento el procedimiento se encuentra en fase de decisión.

*- Acuerdo entre competidores para no participar en una licitación*

El 8 de junio de este año, la Superintendencia abrió un procedimiento administrativo por denuncia por la presunta realización de prácticas contrarias a la libre competencia derivadas del convenio suscrito entre la empresa estadounidense The AES Corporation y la compañía española Unión Fenosa Desarrollo y Acción Exterior, potenciales competidoras por la comercialización de las acciones de La Electricidad de Caracas. El convenio, de acuerdo a la denuncia, se fundamentaba en la exclusión de Unión Fenosa como oferente, presentando un sistema de compensación para la empresa española estructurado en escenarios contingentes de éxito o no en la oferta de The AES Corporation.

El denunciante, quien era accionista minoritario de la empresa Electricidad de Caracas (EDC) señaló que



esta alineación colusiva de intereses restringió de forma significativa y determinante los niveles de competencia en el proceso de ofertas, generando el efecto subsecuente de monopolización de los precios ofertados, al eliminar a un inminente competidor en la oferta pública de acciones de EDC.

La Superintendencia Pro-Competencia decidió que el acuerdo celebrado entre las empresas The AES Corporation y Unión Fenosa Desarrollo y Acción Exterior S.A., en el marco de la oferta pública de acciones para adquirir el control del Grupo Electricidad de Caracas, no constituyó una práctica restrictiva de la libre competencia, debido a que Unión Fenosa no participó en el mercado de comercialización de las acciones de La Electricidad de Caracas, ni era un competidor de AES en ese mercado.

En esa oportunidad la Superintendencia señaló que aun cuando Unión Fenosa hubiese estado en capacidad de obtener los recursos necesarios para realizar una oferta pública de acciones, y hubiese cumplido con los requisitos para presentarlos, este tipo de operación no se correspondería con las estrategias de inversión de la empresa fuera de España en cuanto a monto, tipo de negocios que desarrolla y política en torno a la forma de adquirir una participación accionaria significativa. Por lo que no tenía la cualidad ni la intención de ser competidora por las acciones del Grupo Electricidad de Caracas.

### **CONSIDERACIONES FINALES**

A lo largo de este trabajo se han visualizado los beneficios de interactuar en un mercado en el que impera la libre competencia. En este sentido, se mencionó que el incremento en el número de competidores dentro de un mercado tiende a intensificar la competencia. Sin embargo, se observa que ello no siempre resulta cierto, ya que una empresa puede actuar como único oferente en un mercado sin ocasionar ineficiencias dentro del mismo o puede darse el caso de que existan muchos competidores en el mercado pero solo pocos concentren el mayor grado de participación.

Cuando los agentes económicos cuentan con un bajo número de competidores y se generan barreras de entrada al mercado de potenciales

competidores, se crea un ambiente propicio para que se produzcan los llamados “acuerdos horizontales” o “carteles”.

Las practicas horizontales pueden producirse en forma de acuerdos, prácticas concertadas y recomendaciones colectivas. etc. Estas prácticas no necesariamente generan efectos negativos en el mercado, ya que existen acuerdos como los de Investigación y Desarrollo producen efectos positivos tanto para los consumidores como para las empresas.

Para que los acuerdos sean sostenibles en el mercado es necesario que dentro del mismo se introduzcan ciertas condiciones tanto en la estructura del mercado como en la estructura del acuerdo, es por ello que los carteles son acuerdos vulnerables y propensos a ser incumplidos por sus empresas miembros. Es así como para disipar este riesgo los agentes económicos partícipes del acuerdo establecen penalizaciones a los participantes que violen el convenio.

Dependiendo de la variable de competencia que se pretenda fijar, los carteles o acuerdos entre competidores pueden ser de varios tipos. En Venezuela la agencia antimonopolios destaca entre los más comunes los siguientes: prácticas concertadas para fijar precios, acuerdos para fijar precios, practicas concertadas para fijar condiciones de comercialización, acuerdos para repartirse el mercado, acuerdos para limitar la producción, acuerdos para repartir áreas territoriales y acuerdos entre competidores en licitaciones. Se ha hecho común que en los mercados se tienda a confundir el Paralelismo Consciente o Teoría del Líder-Seguidor con los carteles. Sin embargo, en este papel de trabajo se aclara que las primeras no deben ser tratadas como conductas colusivas, puesto que en las mismas no se ha realizado un acuerdo entre competidores con la intención de limitar la competencia.

El récord de casos resueltos por la Superintendencia Pro-Competencia evidencian que los acuerdos horizontales representan el área de mayor experiencia del ente antitrust venezolano. En este trabajo se exponen las principales características y conclusiones de una muestra representativa de casos que prueban diferentes tipos de carteles, entre los cuales se encuentran: Concretos Premezclados (1992), Asociación de Excibidores de películas (1994), Panamco-Sopresa (2000), Bigott-Catana (1998), Avensa-Aeropostal (1994), Terminales Maracaibo vs Tepuy Marina y Marítima Ordaz (en elaboración) y AES-Unión Fenosa (2000).

Finalmente, vale la pena añadir que Venezuela se caracteriza por ser una economía con mercados altamente concentrados, propicios para mantener carteles de diferentes tipos. Sin embargo, a partir de 1992 con la promulgación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, este país cuenta con una agencia que no sólo se enfoca en la actuación de empresas que cometen o pueden cometer prácticas anticompetitivas, sino que promueve la competencia al propiciar las condiciones institucionales necesarias para que se desarrolle la competencia en todos los sectores económicos del país.

# Los gremios profesionales y la libre Competencia El Caso venezolano

CIRA E. UGAS MARTÍNEZ\*

## I. PROLEGÓMENOS

### 1.1. *Naturaleza Jurídica, actividades y fines de los gremios profesionales*

La doctrina más calificada ha puesto de relieve que la categoría de *establecimientos públicos corporativos* se caracteriza por la presencia de un sustrato sociológico que da a dichos órganos un carácter diferente al de simples dependencias administrativas descentralizadas. Es así como, la naturaleza de los fines que persiguen estos entes exige que los mismos no sólo estén dotados de autonomía, sino además de autarquía. Dentro de esta categoría de establecimientos públicos se han incluido, por una parte las universidades nacionales autónomas y por la otra a los gremios profesionales. En lo adelante, nos referiremos a los gremios profesionales,

---

\* Cira E. Ugas Martínez. Abogado Universidad Católica Andrés Bello. Especialista Derecho de la protección a la Libre Competencia. Funcionaria de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Caracas - Venezuela.

dotados de personalidad jurídica de derecho público por virtud de la ley que los regula.

Los Colegios Profesionales son el mas claro ejemplo de establecimiento público corporativo, puesto que no están sometidos a control de tutela y disfrutan de un poder de ordenación respecto a sus miembros, por lo que se les confiere una total independencia con respecto al Estado. Es por ello, que en algunos países han sido considerados como establecimientos públicos *no estatales*.

En efecto, tratándose de personas públicas corporativas, éstas son organismos descentralizados y desconcentrados, por lo que sus características son las de *autonomía* (competencia funcional exclusiva y excluyente) *autarquía* (gobierno y competencia normativa propias) y personería jurídica independiente y patrimonio propio (artículos 33 y 41 de la Ley de Abogados). La anterior consideración; en lo que respecta a las delegaciones de las ciudades que dependen de los Colegio de Abogados, aparece claramente ratificada en el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Abogados, que determina que dicha dependencia es una supervisión por el respectivo Colegio y no un control o dirección<sup>1</sup>.

Ahora bien, *exempli gratia*, para lograr su cometido fundamental, a los Colegios de Abogados y a sus respectivos órganos, ha sido otorgada la misión de representar la profesión, de organizarla y de asegurar su disciplina. En este sentido, los mismos desarrollan una serie de actividades, que se traducen en general en Reglamentos, Resoluciones y Acuerdos, (artículo 1º de la Ley). Podemos afirmar, aún sin entrar en vastas consideraciones respecto de la organización, configuración y funcionamiento de los colegios profesionales, que los gremios agrupados en ellos, son corporaciones de derecho público, dotadas por el mismo estado por un poder de ordenación de la profesión, al que están disciplinariamente sujetos los colegiados, con el objeto de coadyuvar a la mejor prestación de servicios profesionales.

Claro está, que este poder de auto-regulación y auto-administración, que les ha conferido el Estado, debe observar los límites del derecho de la libre competencia. Esto es, que la autonomía que les ha sido conferida no sea empleado para desviar a sus agremiados –operadores económicos–

1 Puede consultarse sentencia Corte Primera de lo Contencioso administrativo, Román Duque Corredor, 7 de mayo de 1987. Expediente 86-5209.

del régimen concurrencial, ni para establecer restricciones en perjuicio de los usuarios<sup>2</sup>.

La doctrina y jurisprudencia ilustran como los agremiados realizan actividades económicas, por lo que han sido considerados operadores económicos, haciéndolos susceptibles de ser sujetos de aplicación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En efecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia Nº 94-395 de fecha 20 de mayo de 1994, caso Federación Farmacéutica Venezolana contra la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, refiriéndose a *los farmacéuticos* afirmó que éstos realizan una actividad económica. La Corte interpretando el telos del artículo 3 de la Ley ejusdem, concluyó que *actividad económica* abarca no sólo éstas consideradas en sí mismas, sino “*todas las actividades lucrativas*” e incluso las que realizan personas sin fines de lucro. En consecuencia, resume la sentencia “tales farmacéuticos, no cabe duda, prestan servicios a la comunidad, actividad ésta incluida dentro de la noción de actividad económica”<sup>3</sup>.

Desde este mismo margen, en la Jurisprudencia comparada existen algunas interpretaciones, es así como, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en el caso de Goldfarb v. Virginia State Bar 421 U.S. 773 (1975) señaló, con un ejemplo, que

además de cualquier otra cosa, el examen de un título de propiedad de una tierra es un servicio, y el cambio de ese servicio por dinero es comercio, en el más llano sentido de la palabra. No hay nada de desprestigioso en reconocer que la práctica de la ley es un negocio... en el mundo moderno no puede negarse que las actividades de los abogados juegan un importante papel en los flujos comerciales<sup>4</sup>.

Otra de las actividades de los colegios profesionales en cumplimiento de sus fines específicos, son las referidas a las facultades para pronunciarse sobre la inscripción en los respectivos colegios. A través de esta facultad es como se controla el acceso al ejercicio de la profesión.

2 Esta postura fue mantenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, en su Balance y Nuevas Propuestas de 1995, Capítulo II, Las Reformas Sectoriales, pág. 27.

3 Folio 31 de la sentencia citada, itálicas del autor.

4 Goldfarb v. Virginia State Bar 421 U.S. 773 (1975), pp. 13.

Especial referencia merece el Reglamento del Colegio de oficiales de la Marina Mercante, emanado del entonces Ministerio de Comunicaciones, mediante Resolución N° 9 de fecha 6 de agosto de 1966, donde se establece de forma clara que el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante es un organismo de carácter profesional, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyos fines son: servir de guardián de la dignidad, derechos y fueros profesionales de sus miembros; fomentar el engrandecimiento y desarrollo de la marina mercante venezolana; auspiciar el progreso de las ciencias náuticas, promover y auspiciar fórmulas de previsión social a favor de sus miembros, vigilar el ejercicio profesional, tanto en beneficio del interés público como en beneficio de la institución misma, promover y formular la solidaridad de sus integrantes en la realización de los objetivos que le son propios<sup>5</sup>. Por lo que desde su origen, su naturaleza y fines puede entenderse como un organismo público *no estatal*, sujeto en cuanto a su actuación al control de su legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, a tenor de lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En una visión bastante general, podemos aproximarnos a la conclusión de que cualesquiera que sean los fines específicos de cada uno de los Colegios Profesionales y a su vez de toda forma de agrupación que obedezca a la tutela de los intereses de las personas que lo componen y del colectivo, están impedidos de establecer nuevas restricciones a la competencia haciéndose valer de los justos fines para los cuales han sido creados. Pues bien, como operadores económicos que son, deben ajustarse al marco regulatorio de la libre competencia dispuesto por el Estado. En lo adelante, estudiaremos, las bases constitucionales de tal regulación.

## **II. REGULACIÓN**

### **2.1 Consagración Constitucional y algunas Barreras Legales**

En Venezuela el ejercicio profesional se encontraba constitucionalmente establecido en la Constitución de 1961 (artículo 82), “derecho” que es mantenido en la Constitución vigente de 1999, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105, textualmente:

---

5 De tal forma ha sido referido y acogido por la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 9 de junio de 1983. Expediente 82-2636.

“La Ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación”.

Aunque de forma un poco más abreviada, la Constitución de 1999, recoge igualmente dos requisitos indispensables para el ejercicio profesional, a saber, la *titulación y la colegiación*; sujetos ambos a la Ley que así lo establezca.

Si realizamos un análisis de lo dispuesto por el constituyente de 1999, vemos que aún habiendo eliminado al antiguo artículo 82, la coetilla “Es obligatoria la Colegiación para el Ejercicio de aquéllas profesiones universitarias que señale la Ley”; se ha dicho expresamente “incluyendo la colegiación” en referencia a los requisitos exigidos. Sin entrar en amplias consideraciones sobre la técnica legislativa usada por el Constituyente de 1999, se desprende claramente que las barreras para la prestación de servicios profesionales son de índole constitucional, y aunque sólo se hace mención expresamente a dos de ellas, entendemos que tal enumeración es a título enunciativo.

En este orden de ideas, vemos que la obligatoriedad de la titulación es un elemento considerablemente aceptado en la mayoría de los países, pues lo que se persigue es permitir al adquirente del servicio una minúscula información en referencia al mismo. En razón de la especialidad de la profesiones, a través de la historia los profesionales han sido precursores de la acreditación que los “titula” como especialistas en una actividad o profesión. Es así como; *exempli gratia*, cierto grupo de médicos especialistas reclaman para sí el derecho de practicar ciertas intervenciones profesionales. En el caso de los especialistas en Medicina Legal, quienes consideran que sólo a ellos les corresponde la valoración del daño Corporal. Estos conflictos de competencia exclusiva a los fines prácticos del ejercicio profesional no se manifiestan sólo entre especialistas de materias mas o menos vecinas, sino también entre generalistas y especialistas y entre profesionales con distinto título.

Bajo esta óptica; han nacido en las distintas legislaciones los requisitos mínimos y necesarios para ser poseedor de un título, cuyo principal objeto es reservar la realización de actividades que involucran un cierto nivel técnico de conocimiento a los distintos profesionales que



de acuerdo con la legislación patria hallan cumplido con los requisitos para ser versados en una materia determinada.

En este sentido, la legislación venezolana ha desarrollado tales requisitos en la Ley de Abogados, Ley de Ejercicio de la Farmacia, Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, Ley de Ejercicio del Periodismo, Ley de Ejercicio de la Medicina, entre otras. Como requisito *sine qua non*, se ha establecido en todas ellas la obligación de inscribir el respectivo título en un *Colegio* para poder dedicarse legalmente a la actividad profesional. De este mismo modo, las legislaciones que regulan la actividad profesional establecen otros parámetros para su ejercicio, así como las actividades y funciones propias de los titulados en cada una de las ramas. La Ley de Abogados precisa en su artículo 11, que la *actividad profesional*, es definida como el desempeño de una “función propia de la abogacía o de una labor atribuida en función de la Ley especial a un egresado universitario en Derecho, o aquéllas ocupaciones que exijan necesariamente conocimientos jurídicos”.

Por su parte, la Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, en su artículo 2 establece que “Las actividades propias de la profesión de economista son aquellas que exigen el conocimiento de la ciencia económica y que específicamente se determinan en el Título II de esta Ley”.

De forma similar, a lo largo de la regulación queda establecido el ámbito de acción de los profesionales y la exclusividad de la explotación del título académico obtenido. Tal exclusividad de explotación intenta garantizar al colectivo que quien ofrezca un servicio cuente con la mínima capacidad técnica requerida para prestarlo.

Ahora bien, la colegiación –segundo requisito– igualmente funge como un mecanismo regulatorio que esta orientado a minimizar el riesgo inherente a la contratación de actividades profesionales. La creación de los Colegios Profesionales obedece a la necesidad de defensa del buen hacer profesional, para velar por el prestigio de sus asociados, corregir disciplinariamente sus faltas, y abusos que se comentan en ejercicio de la profesión, así como resolver los conflictos que se susciten entre sí, asegurar la independencia y las prerrogativas de la profesión, y el lícito ejercicio de la misma.

Los Colegio Profesionales además tienen la función de contribuir con el bienestar público, en aplicación de su conocimientos a la solución de problemas específicos, como “colectividades organizadas”.

Apoyados por el elevado prestigio del cual gozan en la sociedad contemporánea, los profesionales ejercen un influencia preponderante en los valores del colectivo, es por ello, que los Colegios Profesionales fungen como organismos intermedios, con identidad propia, que en virtud de la combinación de la posesión del conocimiento científico y la imagen de servidores públicos que poseen, constituyen una de las piedras angulares de un sistema democrático.

La fuerza de las profesiones para defender sus prerrogativas radica en su forma de organización. En el caso de los profesionales el producto, o servicio ofrecido es más que nada una expectativa basada en la confianza que el cliente mantiene en la idoneidad del profesional. Esta confianza se encuentra avalada más por la profesión como un grupo organizado, que por el profesional individualmente considerado.

Ello, en virtud de que se cuenta con que la profesión a través de sus organismos oficiales, se hace responsable de la idoneidad de sus miembros, y controla a través de los mecanismos por ella diseñados el fiel cumplimiento de las normas técnicas y éticas, cuya infracción será objeto de la imposición e sanciones drásticas si fuere el caso, aunque ello pueda menoscabar los intereses económicos del profesional individualmente considerado.

Desde esta óptica, percibimos que la colegiación encuentra su racionalidad en que permite el registro organizado de los titulados de una determinada profesión, haciendo más fácil y posible la detección de la transgresión de las normas establecidas por la Ley especial y los Códigos de ética que de ellos emanan.

Por otra parte; vemos que la prohibición de ejercer las profesiones al margen de un colegio supone la inexistencia de una competencia extracolegial<sup>6</sup>, que en el caso venezolano es materia de la reserva legal. Aunado a lo anterior, la eliminación de la competencia intracolegial supone un monopolio legal, lesivo en definitiva para los usuarios. Sin embargo;

---

6 Cnf. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Balance y Nuevas Propuestas, 1995.

al asomar estos planteamientos, conviene recordar que las profesiones colegiadas están sujetas al régimen de libre competencia, según el cual, los acuerdos de los Colegios Profesionales observarán también sus límites.

### **III. LA LIBERACIÓN DEL EJERCICIO PROFESIONAL**

Con gran preocupación hemos venido observando las dificultades para el ejercicio de las profesiones que introdujo la regulación (la colegiación única, limitaciones a la publicidad, la fijación de precios); algunas amparadas en supuestos conceptos éticos. Con la creación de las nuevas profesiones la asesoría en temas jurídico-administrativos ha dejado de ser exclusividad de los abogados. Algunas áreas que requieren de asesoramiento han pasado a manos de técnicos especializados y algunas otras profesiones colegiadas como lo son los agentes aduanales, auditores, contadores, administradores, corredores de seguros, gestores comerciales y trabajadores sociales.

Las nuevas tendencias y la evolución de los sistemas de asesoría a través de la red de Internet, se han inclinado por el ofrecimiento de la asesoría preventiva de juicios en casi todas las ramas jurídicas. De este modo, con sólo acceder a un sitio en la red de Internet es posible encontrar respuesta a los problemas más frecuentes en materia jurídica. Es así como, nos encontramos de frente al avance tecnológico y a la diversificación de medios capaces de prestar servicios profesionales y de asesoría ante las vicisitudes de la sociedad moderna.

En un contexto en el que el empresario y el ciudadano común exigen información completa relacionada a la tipología de los servicios, rapidez, y eficiencia en la prestación de los mismos, es notorio que la regulación ha quedado en el atraso a los fines de dar respuesta.

En nuestra opinión los profesionales, y en especial los abogados, necesitan la adecuación de la normativa que les rige para permitirse ser competitivos, y en este sentido cumplir con los fines que cada una de las profesiones persigue. Se hace necesaria la prestación de más y mejores servicios a precios inferiores, puesto que es lo que actualmente demanda la sociedad.

Una actitud conservacionista de la regulación actual, sobre todo en lo atinente a la regulación de los precios, las limitaciones a la actividad publicitaria, la distribución de los territorios estableciendo la exclusividad a sólo un Colegio profesional por cada uno Estado de la República, más aún la indicación de que el mismo debe asentarse en la capital de cada uno de ellos; entre otros aspectos perjudiciales, están en franca contradicción de la economía moderna tendiente a la globalización, donde ya casi han desaparecido las barreras de la dificultad de las comunicaciones, que nos separaban hasta ayer.

En esta mismo orden de ideas han sido expuestas las más calificadas opiniones en el derecho comparado, es el caso del Tribunal de Defensa de la Competencia, en España, en la voz de su presidente, quien ha propugnado la reforma de la regulación de los colegio profesionales, considerando como tan absurdo que los jóvenes abogados no puedan anunciarse como que los Colegio Farmacéuticos prohíban hacer descuentos; considerando que si lo que se persigue es disminuir la inflación es necesario liberalizar las profesiones<sup>7</sup>.

Ante conductas anticompetitivas de los gremios profesionales, han reaccionado varias legislaciones, otra de ellas es la Argentina, es el caso del Colegio de Médicos de Corrientes sobre la infracción de la Ley 22.262<sup>8</sup>. El Colegio de Médicos de Corrientes presuntamente imponía a los profesionales médicos una cota que oscilaba entre los \$ 10.000 y los \$11.000 para asociarse y/o formar parte de los prestadores del servicio médico. Además habría enviado cartas a asociados para que no se asociaran en forma individual a ninguna obra social, pues ésta debía realizarse a través de esta entidad. El incumplimiento de tal disposición acarrearía sanciones por incumplimiento de la conducta gremial. Tal conducta anticompetitiva no fue sancionada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina, puesto que posteriormente debido a las denuncias a causa de las restricciones impuestas el Colegio de Médicos decidió aceptar la realización de la práctica, presentando el compromiso previsto en la Ley 22.262, artículo 23, comprometiéndose a eliminar la cuota de ingreso por la suma descrita, no adoptar ninguna medida en contra de los asociados

---

7 Ramón Bonfill i Salvadó. BUFET BONFILL ADVOCATS ASSOCIATS, Barcelona España.

8 Cnf. [www.mecon.gov.ar/cndc/caso7.HTM](http://www.mecon.gov.ar/cndc/caso7.HTM).

que desconocieron las Resoluciones del Colegio de Médicos de Corrientes y no aplicar sanciones en el futuro.

Desde esta óptica, es posible percibir que la desviación de los fines que inspiran la existencia de los Colegio Profesionales, así como el conservacionismo de la mala utilización de conceptos tales como competencia desleal por publicidad, deontología, códigos de ética y mercantilismo, han desencadenado el atraso de las profesiones y de las organizaciones que las rigen, así como la gesta de prácticas anticompetitivas en el seno de los mismos, materializando la ineficiencia en la prestación de servicios y el encarecimiento de los mismos.

En Venezuela, existen una serie de Códigos de Etica, en los que se observan normas de obligatorio cumplimiento dos tipos. En primer lugar, las que definen el buen hacer profesional, que obligan al profesional a actuar con honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad; –de contenido propiamente deontológico–, y en segundo lugar las que regulan el aspecto económico de la profesión, prohibiendo la publicidad en el propio elogio o percibir honorarios por debajo del mínimo establecido por el Colegio respectivo. Estas segundas normas estarían destinadas a la eliminación de la competencia que debe regir el ejercicio profesional.

Por imperativo de tales normas de “ética”, se han establecido mandatos de confraternidad, solidaridad, la prohibición de asegurar resultados y hasta algunas regulaciones la presunta competencia desleal entre colegas, y es partiendo de éstos principios que se ha logrado limitar e impedir la competencia intracolegial, o lo que es igual, entre los profesionales que pertenecen a un mismo Colegio.

La propuesta de la liberalización de los precios es también un elemento indispensable para asegurar la competencia (VALCÁRCEL). Siendo que, la más clara manifestación de la competencia es la variedad en la oferta del precio del servicio, que debería ser acordada por las partes a través de un presupuesto o nota de servicio. A nuestro juicio lo que tendría más sentido, –en todo caso restrictivo– sería que el Estado regule el establecimiento de un “techo” o precio máximo en algunos casos, con el objeto de evitar precios excesivos, siempre que esta medida sea de carácter provisorio. A causa de la liberalización de los precios sería permisible el uso de la publicidad destinada a la propaganda dirigida a la

oferta de mejores precios, condiciones o formas de pago, calidad del servicio y/o tecnicismo del mismo, pues en la actualidad –particulares y empresarios– se ven obligados a pagar precios superiores a los que resaltarían del juego del mercado.

La aplicación de los principios de competencia a sectores tradicionalmente cerrados al pleno funcionamiento de los mercados, constituye actualmente uno de los ámbitos de mayor atención, en lo que respecta al análisis como en la práctica de las políticas económicas. Un número importante de países han emprendido la liberalización y la desregulación para abrir paso a nuevas inversiones, y ampliar la participación de los agentes económicos.

#### **IV. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO VENEZOLANO**

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, otorga a la *Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia* la facultad de proteger la *libre competencia* frente a prácticas restrictivas que puedan llevar a cabo los distintos agentes económicos, a fin de asegurar la protección de la libertad económica.

Esta libertad se entiende como el derecho que poseen los agentes económicos a dedicarse a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución, las leyes y las derivadas del ejercicio del derecho de los demás. En este orden de ideas, la legitimidad de tales expectativas es la base del derecho tutelado en el tráfico económico.

Por otra parte, la Ley *in comento* define *libre competencia* como aquella actividad en las que están dadas las condiciones para que cualquier sujeto económico tenga libertad de entrar o salir del mercado y quienes están dentro de él no tengan posibilidad, tanto individualmente *como en colusión con otros*, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio. Como consecuencia de ello, cuando se sospeche la erosión de las expectativas legítimas de los agentes económicos para ingresar, e incluso salir del mercado a consecuencia de una manipulación sobre éste, la Superintendencia entraría a examinar si la conducta perpetrada se encuentra dentro de algunas de las prohibiciones particulares contenidas

en la Ley. De seguidas, aproximamos un resumen de los principales casos venezolanos de infracción a la libre competencia.

#### **4.1 Sector Farmacéutico**

##### *4.1.1 Caso Federación Farmacéutica Venezolana (Fefarven)<sup>9</sup>*

La Superintendencia en fecha 28 de septiembre de 1992, inició de oficio un procedimiento administrativo sancionatorio por la realización de la *práctica de boicot y acuerdos contrarios a la libre competencia*, en razón de unas publicaciones aparecidas en el diario *El Nacional* y *El Universal*, en las cuales FEFARVEN exhortaba a todos sus miembros a que incumplieran lo dispuesto por el Reglamento de la Ley del Ejercicio de la Farmacia, amenazando con imponer sanciones disciplinarias gremiales, a quien acatara el Reglamento.

Durante la instrucción del expediente FEFARVEN argumentó que ella no realiza actividades económicas, ni es una agrupación de personas que efectúan tales actividades. En su descargo aportaron el artículo 18 de la Ley de Colegiación Farmacéutica, según el cual dicha asociación es “una corporación de carácter profesional y gremial, sin fines de lucro, con personalidad Jurídica y patrimonio propio, constituida por los colegios de farmacéuticos de Venezuela”.

Sin embargo, la Superintendencia observó que era irrelevante la determinación de si FEFARVEN realiza por si misma actividades económicas, ya que en cualquier caso es una persona jurídica que agrupa a quienes realizan dichas actividades, ya que están integrados por farmacéutas, quienes en la prestación de sus servicios profesionales, no hay duda de que realizan actividades económicas sometidas a la Ley.

Por esta razón, el artículo 9º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia condena los acuerdos celebrados en el seno de organismos gremiales, que restrinjan la competencia entre sus miembros, pues es claro que a pesar que el organismo gremial como tal pueda desarrollar actividades que queden al margen de la Ley, sus acuerdos pueden afectar negativamente la competencia entre sus

---

9 Cnf. Texto Original de la Resolución SPPLC/0004-92, de fecha 02 de diciembre de 1992.

miembros. Se parte de la premisa cierta de que las personas asociadas a un gremio determinado, pueden y de hecho realizan actividades económicas cuya realización puede dar lugar a prácticas restrictivas de la competencia que comprometan el ejercicio de los derechos económicos de quienes se vean afectados por ellas, agremiados o no agremiados.

En tal sentido, como hecho indiscutible se señaló que los profesionales que ejercen las llamadas “profesiones liberales” realizan dentro del mercado una actividad que tiene una naturaleza, significación y trascendencia económica. Así, resulta evidente que cualquier profesional presta un servicio con ánimo de obtener a cambio un beneficio económico. En efecto, los servicios que prestan éstos profesionales, son susceptibles de crear intercambio con otros bienes o servicios de igual contenido económico, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las actividades religiosas, filantrópicas o políticas, donde estos elementos se encuentran ausentes.

La Superintendencia observó que la conducta infractora es conocida como *boicot*, que se configuró mediante la cesación impuesta por FEFARVEN a través de la orden, bajo sanciones disciplinarias, incluyendo la suspensión del ejercicio de la profesión, dirigida a los farmacéutas con el propósito de prohibir que éstos aceptaran regencias de farmacias sin la autorización del Colegio respectivo, y que aceptaran el cargo de “Farmacéuta Supervisor”, contemplada en nuestro ordenamiento jurídico vigente y por ende, cercenando sin que ley alguna hubiera atribuido la potestad, necesaria para hacerlo, su derecho a la libertad económica para “dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia.

Cabe destacar que la Superintendencia consideró imposible aceptar la tesis de negación de la intencionalidad en la realización de la práctica realizada por FEFARVEN por tratarse de una corporación de derecho público. Puesto que FEFARVEN ha afectado con su conducta remisa y culposa el derecho económico de sus agremiados, violando la Ley que administra la Superintendencia, para lo cual no puede haber sido autorizada por otra Ley. Aunado a lo anterior, siendo las personas jurídicas en sentido estricto, entes aptos para ser titulares de derechos y deberes jurídicos, nuestro ordenamiento legal vigente les reconoce una capacidad jurídica propia y como tal una capacidad de goce y otra de obrar, y tal como lo ha asumido pacíficamente la doctrina moderna, una capacidad delictual.



Así, estas personas jurídicas a través de su sustrato personal pueden ver comprometida su responsabilidad por hechos ilícitos de carácter civil.

La Resolución emitida por la Superintendencia en fecha 2 de diciembre de 1992, fue recurrida por parte de FEFARVEN el 15 de enero de 1993. FEFARVEN interpuso Recurso Contencioso Administrativo de anulación. En fecha 20 de marzo de 1994, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró *sin lugar* el recurso.

#### 4.1.2 Caso Farmatodo - Federación Farmacéutica Venezolana (Fefarven)<sup>10</sup>

En fecha 23 de julio de 1993, fue iniciado el procedimiento en razón de que FARMATODO denunció que FEFARVEN, había boicoteado la actividad de FARMATODO al ordenarle la renuncia a los regentes que prestan sus servicios en esta última, bajo la amenaza de expulsión del Colegio respectivo. Asimismo, FEFARVEN conminó a sus afiliados a incumplir el vigente Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia al prohibirles aceptar regencias de farmacias sin la autorización del Colegio respectivo.

Si bien pudiese interpretarse que, en efecto, la Ley permite ciertos límites al derecho a acceder a la actividad económica de farmacia, no hay ninguna limitación legal al derecho de los farmacéutas de competir entre sí, ni tampoco existe disposición legal, dentro de todo el bloque normativo que le regula, que habilite a FEFARVEN a establecer restricciones adicionales a las previstas por La Ley de Ejercicio de la Farmacia para el ejercicio de dicha profesión.

FEFARVEN mediante medidas limitativas a la competencia, pretendía impedir u obstaculizar a los farmacéutas el ejercicio de la profesión, bajo el pretexto de que el Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia es supuestamente "ilegal". En este caso, la Superintendencia consideró que era irrelevante e incluso contrario a derecho, que FEFARVEN pretendiera excusarse de la aplicación de las normas previstas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, alegando la ilegalidad o inconstitucionalidad de un Reglamento, cuando en éste no ha recaído pronunciamiento alguno por parte del órgano judicial competente.

---

10 Cnf. Texto Original de la Resolución SPPLC/ 0027-93, de fecha 8 de noviembre de 1993.

Es indudable que FEFARVEN agrupa por mandato de la Ley a los profesionales de la farmacia (agrupados en los respectivos Colegios profesionales).

La Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia extiende su imperio a dos clases de sujetos: los que directamente ejecutan actividades económicas y los que reúnen a sujetos de aplicación de la Ley, en cuyo caso no es necesario que el ente aglutinador ejerza actividad económica alguna. Este es el caso de la aludida FEDERACIÓN FARMACÉUTICA VENEZOLANA, ya que a pesar de ser sujeto de aplicación de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, no realiza de modo directo actividades económicas.

Ahora bien, FARMATODO denunció a FEFARVEN por abuso de posición de dominio de acuerdo al artículo 14 de la Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia para que se constituya una posición de dominio se requiere que ella se produzca en el ejercicio de una actividad económica, y como ha quedado sentado, FEFARVEN no ejecuta directamente actividad económica alguna, por lo que mal le podría ser imputable el abuso de una posición de dominio, cuyos actores, en todo caso sería los sujetos dedicados al ejercicio de actividades económicas que aquella reúne por separado.

En definitiva, la Superintendencia declaró en Resolución de fecha 8 de noviembre de 1993, PARCIALMENTE PROCEDENTE la denuncia incoada por la empresa FARMATODO CONTRA FEFARVEN por la violación de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, al haber acordado prácticas y conductas restrictivas de la libre competencia, en contra de aquellos profesionales que pretendan aceptar las regencias de farmacias reguladas en el Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia en los establecimientos de FARMATODO.

En fecha 28 de abril de 1994, FEFARVEN interpuso recurso de anulación ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

#### *4.1.3 Caso Fefarven y Colegios Farmacéuticos de los Estados Aragua y Sucre (Turno Farmacéutico)<sup>11</sup>*

El presente caso se inició en fecha 26 de agosto de 1996, a causa de la denuncia de “conductas” desarrollada en las Asamblea Generales

---

11 Cnf. Texto de la Resolución Original SPPLC/033-96, de fecha 28 de noviembre de 1996.

de los Colegios Farmacéuticos de los Estados Aragua y Sucre relativa a los turnos farmacéuticos.

En este caso la Superintendencia decidió que la “conducta” consistente en la imposición a las farmacias de no vender los días y horas correspondientes al día de turno de otra farmacia, se constituye en un obstáculo no amparado por la Ley, que impide la prestación del servicio de suministro de medicamentos en las horas y días señalados. Del artículo 11 de la Ley de Ejercicio de la Farmacia, no puede inferirse una obligación de no abrir las farmacias cuando no se encuentren de turno, muchos menos se puede derivar de dicho artículo la facultad de los Colegios Profesionales Farmacéuticos, así como de FEFARVEN de impedir u obstaculizar la apertura de las farmacias que no estén de turno durante el horario nocturno, días feriados, sábados y domingos. Asimismo, señaló que debería interpretarse que la obligatoriedad del turno sólo está en cabeza de aquellos establecimientos farmacéuticos a los cuales por disposición del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social les corresponda cumplirlo (artículo 11 de la Ley y artículo 88 del Reglamento de Farmacias). Cuestión que nada tiene que ver, con la decisión particular de una farmacia de vender medicamentos en horarios nocturnos, fines de semana o feriados, lo cual corresponde al ejercicio de un derecho constitucionalmente consagrado, cual es la *libertad económica*.

Con respecto a la Ley de Colegiación Farmacéutica, se consideró que no pueden las infractoras alegar que se encuentra bajo un ámbito de normativa especial, ya que las decisiones, acuerdos, reglamentos y resoluciones emanados de FEFARVEN y de los Colegios Farmacéuticos deberán realizarse de manera cónsona a la normativa legal venezolana existente so pena de ser considerada ilegal. En virtud de lo cual se pudo constatar que las infractoras no eran titulares de un derecho protegido por la Ley, para que se exceptúen de la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (realización de prácticas exclusionarias) ya que dichas legislaciones no establecen la facultad de prohibir a las farmacias que permanezcan cerradas los días sábados, domingos, días feriados y horarios nocturnos, cuando no se encuentren de turno.

Por otra parte, la Superintendencia concluyó que los Colegios Profesionales, y la Federación como sociedades civiles, no pueden restringir o impedir la libre competencia entre sus miembros; más aún,

cuando en base a una decisión emanada, como un resultado global de una discusión y ponderación de los intereses que representa cada uno de los miembros, supera la visión personalista y aislada de cada uno de ellos. Es por ello que, las decisiones emanadas de este tipo de sociedades civiles diluyen las responsabilidades de las personas físicas que la forman, y por tanto existen menos riesgos para los miembros de sufrir las consecuencias negativas de esas decisiones; lo cual no es obstáculo para que la Superintendencia responsabilice a la sociedad civil o corporación de la cual emana la decisión.

Se debe partir, pues, de la base según la cual los agentes económicos que participan en el mercado han de adoptar sus *decisiones de manera independiente*, lo que significa que la limitación de esa autonomía de actuación, por decisiones de asociaciones, implica, en sí misma, una restricción a la competencia.

La Superintendencia decidió que la materialización del turno farmacéutico, tal y como los Colegios Farmacéuticos del Estado Aragua y Sucre y la Federación Farmacéutica Venezolana, han acordado; –según lo cual todas las farmacias que no están de turno permanecen cerradas–, se constituye en una decisión para limitar la producción y por consiguiente, práctica prohibida por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Se ordenó a la Federación y a los Colegios a celebrar una Asamblea extraordinaria para informar a los miembros agremiados sobre la Resolución y tocar como punto adicional, la facultad de las farmacias para abrir fines de semana, días feriados y horario nocturno.

Tanto el Colegio farmacéutico del Estado Aragua, el Colegio Farmacéutico del Estado Sucre y FERFARVEN interpusieron Recurso de anulación contra la decisión de la Superintendencia de fecha 28 de noviembre de 1996, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en fecha 17 de enero de 1997.

#### 4.1.4 Caso Colegio de Farmacéuticos del Estado Zulia<sup>12</sup>

En el presente caso la práctica objeto de evaluación fueron las publicaciones de fechas 17, 18, 19, 20 y 21 de octubre de 1997, aparecidas

---

12 Cnf. Texto de la Resolución Original SPPLC/005-98, de fecha 26 de enero de 1998.

en los diarios *Panorama* y *La Columna* del Estado Zulia, en las cuales se instaba a las Farmacias a no realizar el Turno Nocturno del día 21 de octubre de 1997, a partir de las 8:00 p.m., en toda la jurisdicción del Estado, como una medida de protesta por la decisión del MSAS de permitir el funcionamiento de expendio de medicamentos en tiendas por departamentos. Igualmente, la medida anterior correspondía al comunicado emitido por el Tribunal Disciplinario del COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DEL ESTADO ZULIA, en el cual participaba a los Farmacéuticos inscritos en dicho colegio, abstenerse de realizar trámites para la instalación de Establecimientos Farmacéuticos no previstos conceptualmente por la Ley de Ejercicio de la Farmacia, así como abstenerse de instalar farmacias bajo la figura de laboratorios farmacéuticos, quienes ante la prohibición legal de expender medicamentos directamente al público, lo pretendían hacer a través de sus fundaciones.

La Superintendencia una vez más consideró que la Ley de Ejercicio de la Farmacia no le otorga al COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DEL ESTADO ZULIA y a la CÁMARA DE FARMACIAS DEL ESTADO ZULIA un derecho protegido para impedir el turno farmacéutico y regular la instalación de farmacias. No obstante, señaló que no quedó demostrada la pretensión de impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado por parte del Colegio De Farmacéuticos Del Estado Zulia y de la CÁMARA DE FARMACIAS DEL ESTADO ZULIA, es decir, *no se verificaron los supuestos de exclusión* propios de la práctica, ya que el Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia establece que dentro de la cadena de comercialización, los laboratorios sólo podrán fabricar productos farmacéuticos y expenderlos a los demás establecimientos farmacéuticos, pero no establece la venta al detal de los medicamentos directamente al público por parte de éstos. Por consiguiente, el llamado del COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DEL ESTADO ZULIA y de la CÁMARA DE FARMACIAS DEL ESTADO ZULIA consistió en recordarle a sus agremiados la normativa vigente en materia farmacéutica.

Con respecto a la realización de *boicot*, consideró la Superintendencia que la acción realizada por el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DEL ESTADO ZULIA y la CÁMARA DE FARMACIAS DEL ESTADO ZULIA no tuvo como finalidad limitar o eliminar las relaciones comerciales a través de la acción de un tercero, puesto que la misma no incita entre otras, a la negativa de compra o venta o a la instalación de farmacias.

Así, se señaló que las conductas realizadas por el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DEL ESTADO ZULIA y la CÁMARA DE FARMACIAS DEL ESTADO ZULIA, constituían una medida de protesta contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, por considerar que la permisología otorgada a diversas tiendas por departamentos para expender medicamentos, eran ilegales por no cumplir con algunas de las disposiciones contenidas en la Ley de Ejercicio de la Farmacia y su Reglamento.

De manera tal que, la conducta adoptada por el COLEGIO y la CÁMARA para incitar a sus miembros a no cumplir el turno farmacéutico nocturno, tenía como finalidad a juicio de éstos, hacer cumplir la Ley de Ejercicio de Farmacia y el Reglamento de la Ley de Ejercicio de Farmacia.

Sin embargo, la información y la naturaleza de las decisiones que allí se adoptaron, más allá del espacio estrictamente regulado por la Ley de Ejercicio de la farmacia se refieren a las relaciones que se dan en el mercado, y en ese sentido afectan el orden concurrencial.

De allí que se produzca una interferencia en el curso normal de los procesos de decisiones en el mercado, hecho que puede ser visto como lesivo de la competencia. Esto ocurre simultáneamente con una situación de presión política para obtener algunos objetivos que como gremio se estaban persiguiendo en el plano político. En consecuencia, cuando los agentes económicos utilizan el mercado para debatir u obtener decisiones en materia de regulación, corren el riesgo de afectar ese orden que es regulado por las leyes de competencia.

En definitiva se consideró que, es al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social al que le corresponde fiscalizar el ejercicio de la Farmacia en todo el territorio de la República (Artículo 1º del Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia). Razón por la cual, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia no era competente para conocer de las irregularidades otorgadas a las farmacias para su establecimiento y funcionamiento, así como de la simulación para la instalación de las mismas, bajo la figura de Fundaciones.

La Superintendencia determinó que el llamado hecho por el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DEL ESTADO ZULIA y la CÁMARA DE FARMACIAS DEL ESTADO ZULIA a las farmacias para incumplir el turno farmacéutico, estableció una limitación para la distribución de los productos farmacéuticos, viéndose restringida la oferta de los mismos en la fecha señalada.

En virtud de ello, la Superintendencia decidió que el COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DEL ESTADO ZULIA y la CÁMARA DE FARMACIAS DEL ESTADO ZULIA incurrieron en una decisión colectiva que afectó la distribución de los productos farmacéuticos, prevista en el artículo 10 ordinal 2º de la Ley.

La Superintendencia ordenó a la Federación y a los Colegios a celebrar una Asamblea extraordinaria para informar a los miembros agremiados sobre la Resolución. En el presente caso, no se interpuso Recurso Contencioso Administrativo contra la Resolución de fecha 26 de enero de 1998.

*4.1.5 Caso Insaca C.A. vs Federación Farmacéutica Venezolana, Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y estado Miranda*

En fecha 22 de marzo de 2000, los apoderados judiciales de la empresa INSACA, C.A., denunciaron ante la Superintendencia que los artículos 3 (numerales 1 y 2), 9 (párrafo único), 10 (numerales 3, 4, 5, 7, 11 y 13 y párrafos primero y segundo), 11 (numeral 1 y párrafo único), 12 (numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6), 13, 15 (numeral 1 y párrafo único), 16, 17, 18, 19, 20 (numerales 1, 2 y párrafos primero y segundo) y 28 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos aprobado y sancionado por la Federación Farmacéutica Venezolana, el cual entró en vigencia el 15 de junio de 1998, por ser violatorios de las disposiciones contenidas en los artículos 5, 6, 8, 9 y 10 (numerales 1 y 2) de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En fecha 08 de mayo de 2000, la Superintendencia ordenó la apertura del procedimiento, por la presunta infracción por parte de los artículos 3, 9 y 20 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos del *artículo 6* de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por ser un acuerdo o decisión colectiva de un organismo que agrupa a agentes económicos con el propósito de impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de terceros en los mercados de servicios farmacéuticos, como por presumirse que el artículo 9 de dicho Reglamento infringe el contenido del *artículo 9* de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Mediante Resolución Nº SPPLC/041-2000 de fecha 18 de agosto de 2000, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, concluyó que los artículos 3, 9 y 20 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, contravenían la *prohibición establecida en los artículos 6 y 9* de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

El artículo 6 prohíbe *las actuaciones de quienes no siendo titulares de un derecho protegido por la ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas, productos o servicios en el mercado*; por su parte el artículo 9 *prohíbe los acuerdos o convenios de sujetos de aplicación de esta ley que restrinjan o impidan la libre competencia*. Así, al establecer los artículos 3, 9 y 20 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos que sólo podrán realizar actos de instalación, funcionamiento, reapertura y traslado de establecimientos farmacéuticos, los farmacéutas en pleno ejercicio de su profesión; que ningún farmacéuta podrá realizar más de una solicitud simultánea, y que el farmacéutico solicitante debe tener el 75% de las cuotas de participación en la sociedad que pretenda constituir un establecimiento farmacéutico, incurre en las conductas tipificadas como restrictivas de la libre competencia.

De este modo, se ordenó la cesación de las prácticas prohibidas, así como la publicación de un remitido en prensa donde se informe al público que la Federación de Colegios Farmacéuticos y el Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda no tienen injerencia para declarar la conformidad de instalación de farmacias, eliminándose de esta forma la instancia artificial que creaba este gremio al supeditar la autorización del Ministerio de Sanidad –a quien por ley compete este tema–, al dictamen favorable del Colegio de farmacéuticos de la jurisdicción en donde se pretenda abrir el establecimiento farmacéutico.

Igualmente, se impuso una multa de tres millones ochocientos veinticinco mil doscientos setenta bolívares con veintidós céntimos (Bs. 3.825.270,22) al Colegio de Farmacéuticos del Distrito Federal y Estado Miranda, y una multa de siete millones trescientos veintiún mil doscientos setenta bolívares con trece céntimos (Bs.7.321.270,13) a la Federación Farmacéutica Venezolana.



## 4.2. **Abogados, Contadores, Ingenieros y Arquitectos**<sup>13</sup>

### 4.2.1 *Federación de Colegios de Abogados, Colegio de Abogados del Distrito Federal; Colegio de Contadores Públicos; Colegio de Ingenieros de Venezuela y Colegio de Arquitectos de Venezuela*

En decisiones de fecha 19 y 26 de marzo de 2000, a fin de determinar su competencia para dictar estas decisiones, la Superintendencia consideró que los Reglamentos de Honorarios Mínimos no eran actos de autoridad, pues, como es sabido los actos de autoridad equivalen, en sus efectos, a los actos administrativos, y están sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa. De manera que estos pueden ser dictados cuando una norma de rango legal expresamente atribuye competencia a un particular para dictar actos capaces de afectar la esfera jurídica de otros particulares.

Así, consideró que ni la Leyes respectivas ni ninguna otra ley de la República, atribuyen competencia ni a la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela ni a los demás Colegios de Profesionales, para dictar el Reglamento de Honorarios Mínimos.

Por otra parte, la Superintendencia expuso que un texto normativo que prohíba facturar honorarios profesionales menores a una determinada cantidad o fórmula de cálculo establece una *limitación a la libertad económica* de los profesionales sometidos a éste, y según el artículo 96 de la Constitución de 1961, tales limitaciones sólo pueden ser establecidas por Ley. Las limitaciones a la libertad de contratación, que incluye la fijación del precio por un bien o servicio, son materia de la reserva legal. Tal es así que, *exempli gratia*, la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública no establece que el monto de los honorarios pueda ser limitado, ni para fijar honorarios máximos, ni para fijar honorarios mínimos.

Las disposiciones contenidas en los artículos 9º y 10º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia prohíben un conjunto de conductas orientadas a la celebración de acuerdos, contratos o pactos con el objeto de coordinar las decisiones y acciones económicas de determinados agentes económicos. Detrás de estas prohibiciones

---

13 Cnf. Texto de las Resoluciones en Original signadas SPPLC/011-99, de fecha 19 de marzo de 1999; Resoluciones SPPLC/014-99 y SPPLC/015, de fecha 26 de marzo de 1999.

subyace la idea de que la independencia de decisión y acción es el elemento fundamental de la competencia en los mercados, de manera que cuando un grupo de competidores coluden unifican sus conductas y adquieren un poder que los permite comportarse como si fuesen un monopolio<sup>14</sup>.

Cabe señalar, que tales disposiciones no prohíben todas las posibles formas de coordinación entre competidores, sino que se refieren únicamente a aquellas que restringen la competencia, sin aportar ningún beneficio.

En efecto, el artículo 9º de la Ley prohíbe expresamente los acuerdos o convenios que se celebren directamente o a través de asociaciones, federaciones o sociedades mercantiles o civiles que tengan por fin o efecto restringir la competencia entre los agentes económicos que los celebran. Según esto, para que una conducta represente una violación del artículo 9º se requiere, en primer lugar, que se trate de un acuerdo entre diferentes sujetos de aplicación de la Ley y, en segundo lugar, que dicho acuerdo sea para restringir la competencia entre los miembros que acuerdan.

Por su parte, el artículo 10º de la Ley *in comento* también establece un conjunto de prohibiciones a las prácticas de colusión, pero a diferencia del artículo 9º, no se requiere probar que dichos acuerdos sean restrictivos de la competencia, ya que esta disposición ofrece una lista de prácticas contra las cuales opera una presunción en contrario.

En este sentido para que una práctica sea violatoria del artículo 10º, ordinal 1º, únicamente se requiere que se pruebe la existencia de un acuerdo que tenga por fin o consecuencia fijar precios, tarifas u otras condiciones de comercialización, sea directa o indirectamente, sin necesidad de probar sus efectos sobre la competencia. El citado artículo establece textualmente:

“Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

1º Fijar de forma directa o indirecta precios y otras condiciones de comercialización o de servicio; (omissis)”.

---

14 Cnf. Ídem.

El Reglamento de Honorarios y Remuneraciones Mínimas dictado por la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela es de obligatorio cumplimiento para todos los contadores públicos de Venezuela. En este sentido, la Superintendencia consideró que dicho Reglamento, como otras Resoluciones, Acuerdos y Reglamentos, que emanen de la Federación encuadra dentro de la definición de “*decisión colectiva*”, entendida como aquella actuación que se desprende de un acto vinculante, dictado por un ente que agrupa a diferentes agentes económicos y tiene por consecuencia que un grupo de agentes económicos –aquellos que están inscritos en un Colegio de Contadores Públicos– coordinen sus acciones y decisiones económicas, comportándose como uno sólo.

El término *precio* se emplea para denotar la compensación monetaria que un vendedor recibe por los bienes que ofrece o por los servicios que presta. En el ejercicio de su profesión, los contadores públicos –al igual que los demás profesionales– prestan servicios por los cuales solicitan una contraprestación monetaria, a la que comúnmente se le denomina honorarios profesionales. Razón por la cual, resulta evidente que los honorarios que cobran los profesionales de la contaduría pública –entre otros– son equivalentes a los precios que cobran los vendedores de otros productos y están, por lo tanto, sujetos a la prohibición establecida por el ordinal 1º del artículo 10º de la Ley *in comento*.

Dicho Reglamento impuso un límite inferior fijo por debajo del cual ningún contador público inscrito en un colegio puede prestar sus servicios contables y la Superintendencia concluyó que la naturaleza del mismo es una decisión colectiva para fijar precios u otras condiciones de comercialización contrario a lo establecido en el la citada disposición. En consecuencia, ordenó a la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, la cesación de las prácticas colusorias consistentes en la aplicación del Reglamento de Honorarios y Remuneraciones Mínimas en el ejercicio de la contaduría pública e impuso la obligación de comunicar a los colegios de contadores públicos y a los contadores públicos que forman parte de dichos Colegios, el contenido de esta Resolución.

De forma similar en el caso de los demás gremios profesionales, la Superintendencia concluyó el carácter vinculante de los Reglamentos Internos de Honorarios Mínimos y la naturaleza de *decisión colectiva restrictiva de la libre competencia*, argumentando que los mismos

establecen un nivel mínimo de honorarios que deben cobrar los respectivos profesionales por el ejercicio de sus funciones, lo cual se traduce en una fijación de precios y/o tarifas.

Los infractores interpusieron Recurso Contencioso Administrativo de anulación en contra de sendas Resoluciones.

## **V. BALANCE Y CONCLUSIONES**

La problemática internacional en el tema de restricciones a la competencia desde el seno de las agrupaciones de profesionales, ha alcanzado a Venezuela, principalmente y de forma más reiterada en el gremio farmacéutico, y paralelamente a ello a los profesionales del derecho, de la contaduría, de la arquitectura y de la ingeniería, recientemente.

Los esfuerzos realizados por el Organismo de competencia –Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia– han sido orientados a la concientización de las respectivas agrupaciones de profesionales en los principios básicos que deben respetarse en el mercado de la oferta de servicios profesionales. De manera tal, que no sean lesionadas las expectativas legítimas de los actores que en el participan. Es por ello, que este ente fiscalizador de los mercados ha decidido emitir órdenes tendientes a garantizar el respeto a la legislación en la materia y ha hecho un mínimo uso de las potestades sancionatorias que le son permitidas por la Ley.

Es nuestro juicio, que la liberalización de las profesiones es una condición indispensable para abrir paso a nuevas inversiones, tecnologías y la ampliación de la participación de los agentes económicos, así como la efectividad y calidad en la prestación de los servicios que ofrecen.

# Operaciones Bursátiles a plazo (contratos *forward*)\*

Carlos Pérez Castro\*\*

## Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS LEGALES DE LAS OPERACIONES A PLAZO. 1. Naturaleza jurídica y régimen legal de las operaciones a plazo. 2. Características y elementos de la operación a plazo. a. Carácter consensual de la venta a plazo. b. Carácter bilateral de la venta a plazo. c. Carácter conmutativo de la venta a plazo. d. Carácter mercantil de la venta a plazo. e. Causa del contrato. f. Objeto del contrato. 3. Diferencias entre la operación a plazo y otras operaciones bursátiles. 4. Destino de los frutos y accesorios de los títulos valores en las operaciones a plazo. a. Títulos de renta fija. b. Títulos de renta variable. c. Operaciones en bolsa de valores. 5. Operaciones a plazo en la Bolsa de Valores de Caracas. a. Definición de operaciones al contado y a plazo en el Reglamento de la Bolsa de Valores de Caracas. b. Transferencia de la propiedad en las operaciones bursátiles según el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas. c. Régimen de garantías en las operaciones a plazo en la Bolsa de

---

\* El presente estudio es parte de un trabajo más extenso preparado conjuntamente con Héctor Nava Zambrano, titulado "Nuevos Productos Financieros y Bursátiles". Hecho el registro y depósito legal.

\*\* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Correo electrónico: cperez@ls-pc.com.

Valores de Caracas. 6. Cumplimiento de la operación a plazo de títulos valores. a. Naturaleza del término en las operaciones a plazo. b. Traslación de los riesgos al comprador. c. Incumplimiento de la operación a plazo. (i) Recursos legales. (A) Resolución del contrato. (B) Ejecución coactiva por el vendedor. (C) Ejecución coactiva por el comprador. (D) Excepción de incumplimiento (*non adimpleti contractus*). (E) Derecho de Retención. (ii) Reglamento de la Bolsa de Valores de Caracas. (iii) Daños resarcibles. (A) Daños compensatorios (B) Daño emergente y lucro cesante. (C) Daños previstos o previsibles. (D) Daños directos. (E) Cláusula penal. III. RÉGIMEN DE LOS INTERMEDIARIOS PROFESIONALES EN EL MERCADO *FORWARD*. 1. Operaciones a plazo celebradas por entidades regidas por la Ley de Mercado de Capitales y por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. a. Títulos valores que pueden ser objeto de los contratos *forward*. b. Clasificación de los títulos que son vendidos *forward* por un banco o sociedad de corretaje. 2. Tratamiento de índices ponderados en base a riesgo (*Basilea*). a. Casas de bolsa y sociedades de corretaje. b. Bancos y otras instituciones financieras. 3. Cobertura de las operaciones a plazo – determinación de los precios *forward*. a. Intermediario como vendedor *forward*. b. Intermediario como comprador *forward*. IV. ASPECTOS FISCALES DE LAS OPERACIONES A PLAZO. 1. Impuesto Sobre la Renta. a. Verificación del hecho imponible - devengo vs. ganancia de capital. (i) Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (DPC). (ii) Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores. b. Deducibilidad de las pérdidas en los contratos *forward*. c. Impuesto proporcional y retención por la transferencia de los títulos valores. d. Tratamiento fiscal de los frutos producidos por los títulos valores. e. Ajuste por inflación. f. Cobertura sintética de los contratos *forward*. 2. Impuesto al Valor Agregado. 3. Impuesto a los Activos Empresariales.

## I. INTRODUCCIÓN

Las operaciones a plazo o contratos *forward* de títulos valores, constituyen un mecanismo de cobertura del riesgo de precio de portafolios de títulos valores y de otros contratos bursátiles que versan sobre títulos valores, tales como préstamos de títulos valores, opciones y permutas. Además, las operaciones a plazo en títulos valores son utilizadas como mecanismo de especulación. En este sentido, permiten las compras y ventas al descubierto, así como la toma de posiciones a futuro (especulación al alza), y la liquidación futura de posiciones en títulos valores a precios determinados anticipadamente (especulación a la baja).

Las operaciones a plazo que se examinan consisten en la compraventa de títulos valores de renta fija o de renta variable, donde las prestaciones de las partes, esto es, el pago del precio y la entrega de los títulos valores, son aplazadas de mutuo acuerdo para una fecha posterior. A los efectos del presente estudio, consideramos como operación a plazo, cualquier operación bursátil que se liquide en una fecha posterior a la fecha de pacto, independientemente de su clasificación regulatoria, bursátil o contable.

## II. ASPECTOS LEGALES DE LAS OPERACIONES A PLAZO

### 1. Naturaleza jurídica y régimen legal de las operaciones a plazo

Las operaciones bursátiles a plazo o contratos *forward* con títulos valores, no son otra cosa que una compraventa de bienes muebles sujeta a término. La venta a plazo, como la venta ordinaria, es un contrato por medio del cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio (Código Civil [CCV] art. 1474).

Cuando dos personas celebran una operación bursátil a plazo, generalmente lo hacen con fines especulativos o de cobertura, lo cual supone que, al contratarse la venta, el vendedor no tiene los títulos valores en su poder o el comprador no dispone del precio, o ambos. El vendedor aspira adquirir los títulos en un momento posterior al contrato a un precio más bajo que el establecido en el contrato, para así realizar una ganancia, mientras que el comprador aspira que el precio establecido en el contrato sea inferior al precio de mercado del título al momento de la liquidación. Por parte del vendedor, la operación a plazo consiste en una venta al descubierto, o *venta de cosa ajena*, que está expresamente permitida (Código de Comercio [CCO] art. 133)<sup>1</sup>. Mientras que la

---

1 De acuerdo con el art. 133 del CCO: “La venta mercantil de la cosa ajena es válida, y obliga al vendedor a adquirirla y entregarla a comprador, so pena del resarcimiento de daños y perjuicios”. En materia civil, la venta de la cosa ajena es anulable si el comprador no conocía de tal circunstancia; según el art. 1483 del CCV: “La venta de la cosa ajena es anulable, y puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, si ignoraba el comprador que la cosa era de otra persona...”.

compraventa ordinaria implica para el vendedor la obligación de entregar las cosas vendidas, la venta de la cosa ajena le impone una obligación adicional: la de adquirir de un tercero las cosas vendidas<sup>2</sup>.

Ahora bien, puede ser que el vendedor sí tenga los títulos valores en su poder al momento de contratarse la venta a plazo. Si los títulos han sido especificados, de manera que puedan distinguirse de otros títulos de la misma clase y especie (caso rarísimo), no sería propiamente una operación a plazo, como esta es entendida en el mercado bursátil. Sería más bien una venta perfecta, traslativa de la propiedad al momento de la celebración del contrato (CCV arts. 1161 y 1549)<sup>3</sup>, donde solamente se prorroga la tradición de la cosa y el pago del precio. Salvo que del contrato se desprenda otra cosa, el término convenido solamente fija el momento de la ejecución, no de la transferencia de la propiedad (CCV art. 1211)<sup>4</sup>. En la venta a plazo que examinamos, no se produce el traspaso

- 
- 2 *Contra*, L. TARTUFARI, *Derecho Comercial – De la Venta y del Reporto*, Vol. I, Buenos Aires 1942, p. 252. Según el autor: “[L]as ventas que recaen sobre cosas determinadas solamente por la especie, calidad y cantidad, esto es, sobre un *genus*, por su misma naturaleza se sustraen a esta categoría, ya que el contrato, refiriéndose en tal caso a todas las mercaderías en general que tienen aquellas determinadas cualidades y aquellos ciertos caracteres, no se refieren a bienes que sean del dominio de alguien, pues el *genus* no tiene propietario. En una sola hipótesis la venta de un *genus* podría tener los aspectos de una venta de cosa ajena, y sería cuando se tratase de mercaderías determinadas no solamente de un modo genérico y abstracto, y exclusivamente por su especie y calidad, sino taimen de un modo concreto y específico y precisamente por su pertenencia a un determinado productor o comerciante.”
  - 3 El principio general en materia de compraventa es la consensualidad, esto es, que el contrato se perfecciona y la propiedad se transmite con el consentimiento de las partes. De acuerdo con el art. 1161 del CCV: “Los contratos que tiene por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado.” Según el art. 1549 del mismo CCV: “La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectas, y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito o derecho cedido y el precio, aunque no se haya hecho tradición...”
  - 4 CCV art. 1211: “El término estipulado en las obligaciones difiere de la condición en que no suspende la obligación, y sólo fija el momento de la ejecución o de la extinción de la misma.” Ahora bien, puede ser que la intención de las partes sea que la transferencia de la propiedad se desplace al momento en que el término



de propiedad sino al vencimiento del contrato, con la especificación y tradición de las cosas vendidas. Aún cuando el vendedor tenga en su poder los títulos que son objeto de la operación a plazo, es costumbre especificarlos de forma genérica, lo cual permite al vendedor disponer a su antojo de los títulos valores que tiene en cartera y cumplir la operación a plazo con otros títulos de la misma especie y clase. La operación a plazo es entonces una *venta de cosas genéricas*, que tiene efectos obligatorios, no reales<sup>5</sup>.

Se han esgrimido varios argumentos contra la legalidad de las contrataciones a plazo, entre otros (i) que constituyen operaciones simuladas prohibidas (Ley de Mercado de Capitales [LMC] art. 95 ord. 1); (ii) que son operaciones sin transferencia de valores, también prohibidas (LMC art. 95 ord. 2); y (iii) que constituyen una práctica conducente a la fijación de precios y alteración del libre juego de la oferta y demanda (LMC art. 108). No obstante, ante el expreso reconocimiento legal y reglamentario de las operaciones bursátiles a plazo, difícilmente pueden considerarse prohibidas, y mucho menos delito<sup>6</sup>.

El régimen aplicable a las operaciones a plazo es el de la compraventa mobiliaria sujeta a término. Toda vez que la Ley de Mercado de Capitales no contempla las operaciones bursátiles a plazo, ésta se rige, como compraventa mobiliaria, por lo dispuesto en los artículos 133 al 149 del Código de Comercio, y supletoriamente por los artículos 1474 al 1557 del Código Civil<sup>7</sup>.

---

venza (en este sentido, véase J. MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Caracas 1997, p. 821. J. L. AGUILAR GORRONDONA, *Contratos y Garantías – Derecho Civil IV*, Caracas 1987, p. 820, F. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Vol. V, Buenos Aires 1955, p. 132).

5 Ver *infra*, Sección II.2.a.

6 A. MORLES, *La Bolsa, los Corredores y los Contratos Bursátiles*, Caracas 1988, p. 89 ss. Es cierto que la operación a plazo muchas veces constituye una actividad especulativa. Sin embargo, la especulación *per se* no está prohibida, sino en los casos taxativamente prescritos por el legislador. Por ejemplo, en los casos de ventas de bienes o servicios declarados de primera necesidad a precios superiores a los fijados por los organismos competentes (Ley de Protección al Consumidor art. 62 ord. 1).

7 Los contratos mercantiles se rigen, en primer lugar, por las leyes especiales que regulen la materia, en segundo lugar, por lo dispuesto en el CCO, y tercero, por lo dispuesto en el CCV (CCV art. 1140; CCO art. 8).

Si la operación se hace en bolsa, se aplica con preferencia lo dispuesto en el reglamento interno. En este sentido, el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas (“RBVC”)<sup>8</sup>, establece, en los artículos 65 y siguientes, la normativa aplicable a las operaciones a plazo ejecutadas a través de la Bolsa de Valores de Caracas. Lo dispuesto en este reglamento en materia de operaciones bursátiles, constituye el régimen contractual al cual se someten –por adhesión– los corredores que son miembros de la Bolsa de Valores de Caracas. Estas disposiciones sin embargo, son de carácter supletorio, en el sentido que pueden ser derogadas contractualmente (RBVC art. 3), de la misma forma que pueden ser derogadas la mayoría de las disposiciones legales en materia contractual<sup>9</sup>.

## **2. Características y elementos de la operación a plazo**

### *a. Carácter consensual de la venta a plazo*

La venta a plazo, como la venta ordinaria, es un contrato consensual, que se perfecciona por el solo consentimiento, sin que haga falta la entrega de una cosa (contratos reales), ni el cumplimiento de alguna solemnidad (contratos solemnes). En los contratos reales, a diferencia de los contratos consensuales que suponen la entrega de una cosa, como la compraventa, la entrega es necesaria para la formación del contrato (*contrahendi vel obligandi causa*), y no solamente para cumplir el contrato (*solvendi causa*). El contrato a plazo tiene eficacia inmediata, en el sentido que tiene efectos obligacionales, no los efectos que la ley asigna a la compraventa (CCV arts. 1161 y 1549). A raíz del acuerdo entre las partes, el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa vendida y el comprador tiene la obligación de pagar el precio.

---

8 Aprobado por la Comisión Nacional de Valores mediante Resolución No. 511-93 del 18.12.93 – G.O. No. 4778 Extra. del 07.09.94.

9 En efecto, de acuerdo con el art. 3 del RBVC: “Las operaciones perfeccionadas a través de la intermediación bursátil, están sujetas a las normas establecidas en el presente Reglamento, las cuales *no podrán ser derogadas por convenios particulares sino únicamente cuando la disposición correspondiente tenga carácter facultativo para las partes.*” (subrayado nuestro). En materia contractual, o civil y comercial en general, únicamente son de observancia obligatoria aquellas normas en las cuales están interesados el “orden público y las buenas costumbres” (CCV art. 6).

A diferencia de la venta ordinaria, la venta a plazo no tiene efectos reales o traslativos, sino en un momento posterior al acuerdo, al verificarse la especificación de las cosas vendidas (CCV art. 1475, CCO art. 135)<sup>10</sup>. La venta a plazo es perfecta al momento del pacto, como contrato válido y definitivo, pero no es completa, en el sentido de que no ha producido su principal efecto: la transmisión de la propiedad. La propiedad de las cosas vendidas pasa al comprador cuando se hace la especificación, que en el caso de títulos valores bursátiles, tiene lugar al momento de la liquidación. La venta a plazo no es una venta de cosas genéricas que no produce efectos reales por el solo consentimiento. Esto, porque la propiedad sólo se ejerce sobre cosas determinadas, respecto de las cosas genéricas, sólo son posibles derechos de crédito<sup>11</sup>.

*b. Carácter bilateral de la venta a plazo*

La venta a plazo es un contrato bilateral, por cuanto las partes se obligan recíprocamente (CCV art. 1134). El vendedor se obliga a entregar la cosa, y el comprador a pagar el precio.

Las prestaciones de las partes en el contrato bilateral están en relación de interdependencia entre sí, de modo que cada prestación aparece como el presupuesto necesario de la prestación de la otra parte.

---

10 De acuerdo con el art. 1475 del CCV: "Cuando se trata de mercancías vendidas con sujeción al peso, cuenta o medida, la venta no es perfecta, en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo y peligro del vendedor, hasta que sean pesadas, contadas o medidas". Con el consentimiento de las partes, el contrato queda perfeccionado en el sentido que tiene efectos obligatorios para ambas partes. El contrato sin embargo no es una venta perfecta, pues no tiene eficacia real.

En el mismo sentido, el art. 135 del CCO establece: "Si las mercancías vendidas están indicadas en el contrato sólo por su especie, cantidad y calidad, sin otra designación suficiente para determinar un cuerpo cierto, el vendedor está obligado a entregar la especie en la cantidad y de la calidad prometidas, en el tiempo y lugar convenidos, aunque las mercancías que tenía a su disposición al tiempo del contrato, o que hubiese adquirido después de para cumplirlo, hayan perecido...".

11 No es posible que exista posesión, propiedad u otro derecho real sobre cosas determinadas genéricamente, ya que tales relaciones implican la existencia de poderes sobre la cosa, que no son concebibles si la misma no está individualizada (véase J. L. AGUILAR GORRONDONA, *Cosas, Bienes y Derechos Reales*, Caracas 1991, p. 28; Cf. G. KUMMEROV, *Bienes y Derechos Reales - Derecho Civil II*, Caracas 1997, p. 45).

La reciprocidad de las prestaciones en el contrato bilateral permite, en caso de incumplimiento de una parte, que la otra parte pueda reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, junto con la indemnización de los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar a ello (CCV art. 1167) o, negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones (CCV art. 1168)<sup>12</sup>.

Los contratos bilaterales, a diferencia de los unilaterales, no pueden ser cedidos por una de las partes sin la intervención de la otra. Lo que puede ser objeto de cesión, son las acreencias individuales, esto es, el derecho a recibir el precio o el derecho a recibir la cosa. Se trata de derechos de crédito que pueden ser cedidos con el acuerdo de voluntades, que es oponible a terceros a partir de la notificación al deudor (CCV art. 1150)<sup>13</sup>. Para que el contrato pueda ser cedido totalmente, hace falta además la delegación de la deuda del cedente (i.e. para el comprador de pagar el precio y para el vendedor de entregar la cosa), lo cual requiere del consentimiento expreso del acreedor (CCV art. 1317)<sup>14</sup>. No existe por lo tanto tal cosa como un mercado secundario de contratos *forward*.

### *c. Carácter conmutativo de la venta a plazo*

La venta a plazo —como la venta ordinaria— es un contrato conmutativo, en el sentido de que las prestaciones de las partes son determinadas al momento que se celebra el contrato<sup>15</sup>.

En los contratos aleatorios, en cambio, las prestaciones de una o ambas partes dependen de un hecho causal, y por lo tanto varían en su

12 J. MELICH ORSINI, *op. cit.*, pp. 158 y 159.

13 CCV art. 1550: "El cesionario no tiene derecho contra terceros sino después que la cesión se ha notificado al deudor, o que éste la haya aceptado." E.g., si quien cede su derecho es el vendedor, se deberá notificar al comprador que deberá efectuar el pago al cesionario.

14 CCV art. 1317: "La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libentar al deudor que ha hecho la delegación." En el ejemplo anterior, el vendedor para ceder el contrato (i.e. delegar su obligación además de ceder su acreencia), debe delegar al tercero la entrega de los valores, pero, para que el vendedor se libere del contrato, el comprador debe aceptar al nuevo deudor (vendedor).

15 E. MADURO LUYANDO, *Curso de Obligaciones – Derecho Civil III*, Caracas 1993, p. 390.

extensión si el hecho se produce o deja de producirse (CCV art. 1136)<sup>16</sup>. Aunque las oscilaciones en los precios de mercado hacen aleatoria la ventaja o pérdida para las partes con ocasión del contrato, o incluso la extensión de las prestaciones (caso que la venta sea al descubierto), no por ello el contrato debe ser considerado como aleatorio<sup>17</sup>. Sería aleatoria también la venta al contado, que normalmente se liquida en una fecha posterior a la fecha del pacto, y por tanto está igualmente sujeta a las variaciones de los precios bursátiles. En el contrato aleatorio se toma en consideración únicamente la existencia de un álea jurídica, esto es, la indeterminación jurídica de la existencia o de la cuantía de la prestación equivalente, no habiendo contrato aleatorio cuando el álea es solamente económica<sup>18</sup>.

La distinción entre el contrato conmutativo y aleatorio es relevante en aquellos casos que la prestación de una de las partes resulta desproporcionada respecto de la prestación de la otra parte, razón por lo cual se permite la "rescisión por lesión". La rescisión por lesión no puede intentarse sino en los casos que taxativamente establece el legislador (CCV art. 1350)<sup>19</sup>, no siendo procedente en los contratos aleatorios, donde la indeterminación de las prestaciones es elemento esencial del acuerdo de voluntades. Además, la lesión supone un desequilibrio en las prestaciones al momento del nacimiento del contrato y no incluye desequilibrios en las prestaciones sobrevenidas después de la formación del contrato. Los desequilibrios sobrevenidos se resuelven con la teoría de la imprevisión<sup>20</sup>.

16 CCV art. 1136: "El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual."

17 *Contra*, M. OLIVENCIA RUIZ, *La Naturaleza Jurídica y la Causa de las Operaciones a Plazo*, Bilbao 1977, cita de J. RUIZ CABRERO, *Los Contratos Bursátiles*, Madrid 1987, p. 137.

18 J. MELICH ORSINI, *op. cit.*, p. 58. El autor cita como ejemplo: "compro un terreno en la vecindad de una carretera en proyecto y especulo con la idea de que al realizarse la carretera se valore mi terreno."

19 CCV art. 1350: "La rescisión por causa de lesión no puede intentarse aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la ley...". Así por ejemplo, es posible la acción en casos de partición de herencia y usura.

20 J. RODNER, *El contrato y la inflación - El uso de cláusulas de valor en Venezuela*, Caracas 1983, p. 48. La imprevisión no es imposibilidad de cumplimiento, sino

#### *d. Carácter mercantil de la operación a plazo*

La compraventa de valores y de bienes muebles en general es acto de comercio si es con ánimo de revender (CCO art. 2 ords. 1-3)<sup>21</sup>. El ánimo de revender está siempre o casi siempre presente en la operación a plazo con títulos valores, ya tenga propósito de cobertura, especulación o arbitraje<sup>22</sup>. La compraventa mercantil está sujeta, en primer lugar, a lo dispuesto en las normas mercantiles (e.g. Ley de Mercado de Capitales, Código de Comercio), segundo, a lo dispuesto en el derecho común o legislación civil (Código Civil), y por último, a los usos mercantiles (CCO arts. 8 y 9)<sup>23</sup>.

#### *e. Causa del contrato*

La causa del contrato puede ser diversa, unas veces las partes tendrán por propósito la *cobertura (hedge)* de posiciones o compromisos en títulos valores. La cobertura supone una operación financiera previa que invo-

---

excesiva onerosidad, opera como atenuante de responsabilidad, no como eximente (*Id.* p. 81). Si bien es cierto que en las operaciones bursátiles a plazo puede sobrevenir una excesiva onerosidad para una de las partes, difícilmente podría alegarse la imprevisión.

- 21 CCO art. 2 ord. 1: “Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1. La compra, permuta o arrendamiento de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas, permutarlas, arrendarlas o subarrendarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas. 2. La compra o permuta de *Deuda Pública u otros títulos de crédito que circulen en el comercio*, hecha con el ánimo de revenderlos o permutarlos, y la reventa o permuta de los mismos títulos. 3. La compra y la venta de un establecimiento de comercio y de las *acciones o de las cuotas de una sociedad mercantil*.” (subrayado nuestro).
- 22 Ver *infra* Sección II.2.e. No tiene sentido analizar aquí la posibilidad de que la operación a plazo constituya acto subjetivo de comercio. Según el art. 3 del CCO: “Se repuntan además actos de comercio, cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil.”
- 23 CCO art. 8: “En los casos en que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.” CCO art. 9: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio”. Véase H. MÁRMOL MARQUÍ, *Fundamentos de Derecho Mercantil – Parte General*, Caracas 1983, p. 143 ss.

lucra un riesgo que se quiere neutralizar. Se hace la cobertura para defenderse contra los efectos de la oscilación de precios. Puede ser que el comprador a plazo quiera asegurarse un precio de compra en una fecha futura para cumplir compromisos derivados de otros contratos celebrados con los mismos títulos valores. Si el comprador no dispone actualmente de recursos para comprar los títulos, puede celebrar la operación a plazo para asegurarse durante el plazo del contrato los recursos que le permitan completar la compra (compra al descubierto). Por su parte, el vendedor se asegura un precio de realización de los títulos que vende a plazo, determinando de una manera cierta su utilidad o pérdida.

El aplazamiento de las prestaciones en las operaciones a plazo también permite la *especulación* en base a las variaciones de precio entre el momento en que se celebra el contrato y el de la ejecución. A diferencia de las operaciones de cobertura, la operación especulativa se realiza de forma independiente a otras operaciones financieras, con el propósito de obtener una utilidad económica. El comprador a plazo especula al alza, porque espera que el precio de mercado al vencimiento sea superior al precio fijado en el contrato. Por su parte, el vendedor especula a la baja, pues espera que el precio de mercado al vencimiento sea inferior al precio del contrato. Si la venta es al descubierto, el vendedor aspirará procurarse los títulos a un precio más bajo que el establecido contractualmente. Si el precio de mercado al vencimiento es superior al precio del contrato, el comprador podrá realizar su ganancia revendiendo las cosas que compró. Si el precio de mercado es inferior al precio del contrato, el vendedor habrá vendido a mayor precio y realizado esa ganancia al liquidarse el contrato<sup>24</sup>.

Por último, las operaciones a plazo son utilizadas por los intermediarios bursátiles o financieros como una forma de *intermediación o arbitraje en títulos valores*. Estas operaciones no tienen fines especulativos ni de cobertura propiamente, sino de intermediación bursá-

---

24 Véase J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Bogotá 1987, Vol. IV, p. 372 ss. Como mecanismo de especulación, las operaciones a plazo aumentan la liquidez del mercado de títulos valores y contribuyen a la estabilización de precios (e.g., en períodos de baja en los precios, las liquidaciones de operaciones *forward* pactadas normalmente se hacen a precios superiores a los de mercado). Sobre las bondades de la especulación en las operaciones a plazo, véase A. RODRÍGUEZ SASTRE, *Operaciones de Bolsa*, Madrid 1936, p. 595 ss..

til, pues la utilidad para el intermediario viene determinada por un margen o *spread* financiero. El intermediario puede fijar anticipadamente la utilidad para cada operación, mediante la celebración de otro contrato *forward* o futuro de signo contrario, o mediante otras operaciones financieras que le permiten establecer una de cobertura al contrato (cobertura sintética)<sup>25</sup>.

Son operaciones celebradas por el intermediario profesional en nombre y por cuenta propia con sus clientes y contrapartes profesionales, no en ejecución de encargos de sus clientes bajo contratos de comisión<sup>26</sup>.

#### f. Objeto del contrato

El objeto del contrato a plazo son *bienes muebles*. Los acciones societarias y los títulos valores de deuda constituyen bienes muebles por disposición expresa de la ley (CCV art. 533)<sup>27</sup>.

Los títulos valores bursátiles no representados documentalmente (i.e. “desmaterializados” o “desincorporados”), constituyen derechos de crédito igualmente sujetos al régimen de los bienes muebles<sup>28</sup>. La “desmaterialización” o “desincorporación” de los títulos valores se logra a través de la inscripción en cajas de valores o instituciones similares (en

25 Ver *infra*, Sección III.3.

26 Nada obsta sin embargo, que el intermediario, actuando como comisionista, sea autorizado por el comitente para contratar en nombre propio (CCO art. 388; LMC art. 76).

27 CCV art. 553: “Son muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley, los derechos, *las obligaciones y las acciones que tienen por objeto cosas muebles; y las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio*, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles. En este último caso, dichas acciones o cuotas de participación se reputarán muebles hasta que termine la liquidación de la sociedad...” (subrayado nuestro).

28 Los títulos desmaterializados, son bienes muebles conforme a la definición del Código Civil, aunque no estén representados documentalmente. Los títulos desmaterializados no están sujetos al régimen legal de los títulos valores tradicionales – letra de cambio, cheque y pagaré, sino que constituyen derechos de crédito ordinarios (véase A. HUECK y C. CANARIS, *Derecho de los Títulos Valor*, Barcelona 1988, p. 24). La transmisión y el ejercicio de los derechos representados en el título valor desmaterializado es, a diferencia del título valor tradicional, independiente de la tradición y presentación del documento, bien porque el documento no existe o porque ha sido depositado con el agente de traspaso, agente de pago o custodio – los títulos desmaterializados están sujetos a la normativa de cesión de créditos ordinaria (CCO art. 150, CCV arts. 1549-1552).



la Caja Venezolana de Valores, para títulos de renta variable), o mediante acuerdos con los agentes de pago y traspaso o custodios (en el caso de la mayoría de los títulos de deuda de emisores privados, títulos de deuda pública o emitidos por el Banco Central de Venezuela).

El objeto del contrato de venta a plazo son además *cosas genéricas*, esto es, cosas no individualizadas que se designan por cantidad, especie y calidad (*quae pondere, numero mensurave constant*)<sup>29</sup>.

El hecho de que la venta a plazo convenida no produzca la transferencia de la propiedad, se debe a que su objeto son cosas genéricas. Es cuando se hace la especificación y entrega de las cosas, que se produce la transferencia al comprador, no necesariamente al vencer el plazo establecido en el contrato (CCV art. 1475, CCO art. 135)<sup>30</sup>. La venta de cosas genéricas produce, entre otras, las siguientes consecuencias:

- (i) A diferencia de la compraventa de cosas específicas, el vendedor a plazo detenta sobre las cosas vendidas la *posesión en nombre propio*, como propietario, hasta su entrega al comprador. En la venta a plazo de cosas específicas el vendedor posee por cuenta del comprador (*nomine alieno*), hasta que se produzca la tradición. En el primer caso, el vendedor puede disponer de las cosas como propietario, en el segundo, tiene la obligación de conservarlas (CCV art. 1265)<sup>31</sup>.
- (ii) En la venta de cosas genéricas, el *riesgo de pérdida* lo conserva el vendedor hasta la entrega o especificación (CCV art. 1475, CCO art. 135), mientras que en la venta de cosas específicas, el riesgo es del comprador, salvo que el vendedor haya incurrido en mora (CCV art. 1265 ap.)<sup>32</sup>.

---

29 Más precisamente, los títulos valores bursátiles son cosas de género limitado. Aunque están determinados genéricamente en las operaciones a plazo, no les es aplicable el principio *genus nunquam perit* (el género nunca perece), en virtud del cual se considera que lo debido genéricamente siempre es debido.

30 El cumplimiento plazo no tiene por efecto la transmisión de la propiedad, si no se hace la especificación, no se transmite la propiedad (véase, F. MESSINEO, *Operaciones de Bolsa y Banca*, Barcelona 1957, p. 34 ss).

31 CCV art. 1265: "La obligación de dar lleva consigo la de conservar la cosa hasta la entrega...".

32 CCV art. 1265: "Si el [vendedor] ha incurrido en mora, la cosa queda a su riesgo y peligro, aunque antes de la mora hubiere estado a riesgo y peligro del [comprador].".

- (iii) En caso de *quiebra del vendedor* a plazo, si el comprador había efectuado el pago y el vendedor aún conservaba las cosas vendidas, éstas no pueden ser reivindicadas por el comprador si se trata de cosas genéricas (compraventa bursátil a plazo), puesto que el comprador todavía no es dueño sino acreedor de la cosa. Aunque haya pagado el precio, no tiene ningún derecho sobre las cosas vendidas sino únicamente un derecho de crédito que sería parte de la masa. En cambio, si la venta era sobre cosas específicas, éstas sí podrán ser reivindicadas. En éste último supuesto, la transferencia de propiedad se produce al celebrarse en contrato, con el consentimiento de las partes (CCV arts. 1161 y 1549), aunque el pago y la entrega habían sido aplazadas<sup>33</sup>.
- (iv) En la venta de cosas genéricas no se produce la *extinción del contrato* por pérdida de la cosa, toda vez que lo debido genéricamente es siempre debida (CCV art. 1475, CCO art. 135)<sup>34</sup>. En la venta de cosas determinadas, la pérdida de la cosa por caso fortuito antes de la fecha estipulada para la entrega, no libera al comprador, quien deberá pagar el precio (CCV arts. 1161 y 1334)<sup>35</sup>.

---

33 En este supuesto, el derecho del reivindicante (comprador) es de naturaleza real, no de crédito. Es un derecho sobre una cosa, no contra una persona. El reivindicante es propietario de una cosa determinada y cierta que se encuentra en posesión del fallido, no es por tanto acreedor suyo. Tiene la facultad –previa prueba fehaciente de su derecho– de recuperarlo.

Es doctrina unánime, que la enumeración de las cosas reivindicables del art. 993 del CCO es de carácter enunciativo, no taxativo, ya que el legislador sólo ha querido extender a la esfera del comercio la aplicación de un principio general (M. PISANI RICCI, *La Quiebra en el Derecho Venezolano*, Caracas 1996, p. 178 ss.; Cf. O. PIERRE TAPIA, *La Quiebra en el Código de Comercio Venezolano*, Caracas s/f, p. 320 ss.).

34 CCO art. 135: “Si las mercancías vendidas están indicadas en el contrato sólo por su especie, cantidad y calidad, sin otra designación suficiente para determinar un cuerpo cierto, el vendedor está obligado a entregar la especie en la cantidad y de la calidad prometidas, en el tiempo y lugar convenidos, aunque las mercancías que tenía a su disposición al tiempo del contrato, o que hubiese adquirido después para cumplirlo, hayan perecido o por cualquier causa no le hayan sido expedidas.”

35 Ver *infra*, Sección II.6.b.

### 3. **Diferencias entre la operación a plazo y otras operaciones bursátiles**

La operación a plazo que se analiza es aquella en la que ambas prestaciones de las partes, tanto la entrega de los títulos valores como el pago del precio, se difieren a una fecha determinada. No son operaciones a plazo aquellas en las que se difiere solamente el pago de precio o la entrega de la cosa<sup>36</sup>, que en la práctica bursátil, son ventas o compras a crédito. La *compra a crédito*, es aquella en la cual el comprador adquiere la titularidad de una determinada cantidad de valores, entregando inicialmente –en concepto de garantía– un porcentaje del importe de la compra, y el resto antes de que transcurra un determinado período de tiempo, que permite adquirir valores en descubierto, o sea, sin disponer del importe íntegro de la compra<sup>37</sup>.

La *venta a crédito*, es aquella operación en la cual un sujeto enajena una determinada cantidad de valores, entregando inicialmente –en concepto de garantía– un porcentaje del importe de la venta, y posteriormente, antes de que transcurra un determinado período de tiempo, la cantidad y clase de valores enajenada, que permite la venta de valores al descubierto, o sea, sin ser titular de los mismos<sup>38</sup>.

A diferencia de las ventas a plazo (*forward*), los *futuros (futures)*, son contratos estandarizados negociados en cámaras o bolsas, para comprar y vender activos (incluyendo títulos valores) a un precio determinado y con una fecha de vencimiento fijada de acuerdo a las reglas de la cámara o bolsa de futuros donde el contrato es negociado. Al igual que las operaciones a plazo, los contratos de futuro son contratos de compraventa, consensuales, conmutativos y bilaterales<sup>39</sup>.

---

36 En la venta, las partes son libres de establecer el momento en que deba pagarse el precio o hacerse la tradición. Ambos momentos no necesariamente deben coincidir (CCV arts. 1493 y 1527).

37 J. ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, *Las Operaciones Bursátiles a Crédito en las Bolsas Españolas*, Madrid 1993, p. 26.

38 *Id.*

39 Al igual que la compraventa *forward*, los futuros no son contratos negociables por ser de carácter bilateral. Los futuros no se negocian, sino que gracias a la disponibilidad de estos contratos (liquidez) y su estandarización, quien contrata el futuro puede deshacer su posición contratando otro futuro. En teoría, en los futuros, al igual que en los contratos *forward*, hay una venta de cosas que se ejecuta en un

Entre las características más importantes de los futuros se pueden mencionar: (i) son negociados en bolsa o cámara de compensación de futuros; (ii) los términos del contrato, nombre, monto de los contratos, tipo de activo subyacente, día de liquidación, cotización, y otras condiciones están estandarizadas por la bolsa o cámara de compensación de futuros; (iii) el contratante sólo está obligado con la bolsa o cámara de futuros; y (iv) la negociación con futuros requiere que el contratante deposite un margen inicial y un margen diario, para cubrir la liquidación diaria de las pérdidas o ganancias de los futuros<sup>40</sup>.

Por último, la operación a plazo se distingue del *negocio diferencial* (*non delivery forward*), que es una forma de liquidar la operación a plazo. En lugar de hacerse la transferencia y el pago del precio, las partes convienen en liquidar la operación por diferencias, esto es, por la diferencia entre el precio el precio pactado en el contrato y el precio de mercado al momento de la liquidación. Esta modalidad de contratación es más común en operaciones a plazo con divisas. La causa del negocio

---

plazo. Sin embargo, normalmente en los futuros no hay entrega de la cosa, sino que quien contrata un futuro, cierra su posición contratando otro futuro de signo contrario sobre las mismas cosas y con el mismo vencimiento -para poder realizar esta operación contraria se requiere de un mercado líquido, lo cual se logra con la estandarización de los contratos en cuanto a cosas y cantidades vendidas, fechas de vencimiento, etc.-. Al vencer el plazo de ambos contratos, éstos se liquidan por las diferencias o se extinguen, a través de la cámara de compensación del centro de contratación (e.g. *Commodities Exchange*). Los dos futuros se contratan con la bolsa, que siempre figura como contraparte, no es posible la negociación de un contrato ya pactado (o “comprado”) en un mercado secundario.

Los contratos de futuro también han sido calificados como “multilaterales”, en virtud de las múltiples relaciones contractuales que supone cada contrato de futuros, i.e. entre el cliente final y su corredor, entre el corredor y un miembro de la bolsa, entre el miembro de la bolsa y la bolsa, y el contrato de futuro contrario que la bolsa debe tener para cada operación, esto es, si hay un futuro donde la bolsa compra, hay otro donde vende, lo que a su vez supone un contrato con otro miembro, una comisión, etc. (véase J. IGLESIAS PRADA, *El contrato de futuros financieros - Una síntesis de su caracterización y régimen jurídico*, Madrid 1998, p. 245, cita de A. MORLES HERNÁNDEZ, *Mercados de Instrumentos Financieros e Intermediación*, Caracas 2000, p. 139). Sin embargo, se tratan todas de relaciones jurídicas independientes que no se integran en un mismo contrato.

40 Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores (“MCCNV”) § 3.0210, p. 42. Resolución de la Comisión Nacional de Valores No. 100-2000 del 03.05.00 – G.O. No. 36951 del 16.05.00.

diferencial es la misma que en la venta a plazo, especulación o cobertura, pero en el negocio diferencial no hay entrega de una cosa, sino el pago de una suma de dinero<sup>41</sup>.

El contrato diferencial es un contrato innominado, que muchas veces ha sido calificado, en nuestra opinión erróneamente, como una modalidad de juego o apuesta<sup>42</sup>.

#### **4. Destino de los frutos y accesorios de los títulos valores en las operaciones a plazo**

A falta de disposición especial, en una operación a plazo, los frutos y accesorios del título valor pertenecen al propietario hasta la liquidación de la operación<sup>43</sup>. El propietario no necesariamente es el vendedor a

41 La diferencia entre el precio pagado o recibido, y el precio futuro, constituye el motivo en el contrato a plazo; y el objeto en el contrato diferencial. El contrato diferencial es esencialmente aleatorio, el contrato a plazo, en cambio, no lo es nunca (M. ROTONDI, *Contratti a Termine*, cita de F. MESSINEO, *Operaciones...*, cit., p. 47).

Justamente porque la causa no es la de adquirir o vender una cosa, el contrato no se puede calificar como una compraventa, sino como un negocio innominado (E. DÍAZ RUIZ, *Aspectos Jurídicos de los Productos Financieros Derivados*, en *Los Mercados Españoles de Productos Financieros Derivados*, Madrid 1998, p. 59 ss.)

42 De hecho, en nuestra legislación de mercado de capitales, suponemos que por descuido, perdura la prohibición del negocio diferencial. El art. 95<sup>o</sup> ord. 2 de la LMC dispone: "Está prohibido a los corredores de bolsa [celebrar operaciones sin transferencias de valores...".

43 Las partes son libres de establecer contractualmente disposiciones especiales sobre el destino de los frutos y accesorios de las cosas vendidas a plazo. El Reglamento de la BVC es un ejemplo (ver *infra*, Sección II.5.b.).

En otras legislaciones (e.g., Código Civil Italiano de 1942) se establece un régimen especial de los frutos y accesorios de los títulos valores que son objeto de ventas a plazo. En este sentido, se ha sostenido que: "[s]i bien la propiedad del título (con los riesgos inherentes en orden a la oscilación de precios) pasa al comprador, al vencimiento del contrato y por efecto de la ejecución de éste, desde el punto de vista económico (y suponiendo que la compraventa llegue a buen fin), la pertenencia del título (con los riesgos inherentes en orden a la oscilación de precio) es del comprador. Es un caso de efecto anticipado del contrato. Por lo tanto, si los intereses han sido cobrados por el vendedor (que estaba en posesión del título), los mismos deben ser acreditados al comprador..." (F. MESSINEO, *Manual...*, cit., Vol. V, p. 133). Igualmente, en opinión de J. RUIZ CABRERO, en el derecho español se atribuye al comprador a plazo todos los derechos económicos de los valores desde el día del contrato, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Bolsas arts. 90

plazo, pues es muy probable que la venta haya sido al descubierto. Sin embargo, no existe ningún impedimento a que las partes acuerden que los frutos y accesorios pertenezcan del comprador desde la fecha valor del contrato, o que algunos frutos y accesorios correspondan al comprador y otros al vendedor. Las partes, al celebrar la operación a plazo, deben considerar a los efectos de determinar el precio de venta (precio *forward*), además del valor futuro de los títulos y los costos financieros de la cobertura, el destino de los frutos y accesorios, según éstos pertenezcan al vendedor o al comprador.

Si el contrato no ha establecido nada respecto de los títulos valores, el destino de los frutos y accesorios en una operación a plazo es el siguiente:

- a. En el caso de *títulos de renta fija*, o títulos de deuda, los frutos serían los intereses, que, como se reputan adquiridos día por día (CCV art. 552)<sup>44</sup>, corresponden al propietario (i.e. vendedor a plazo si la venta no fue al descubierto) los intereses devengados desde la última fecha de pago de intereses o desde la emisión del título, hasta la fecha de liquidación. Igualmente, corresponden el propietario del título valor los accesorios, esto es, las opciones de conversión, opciones de compra o suscripción de otros títulos (*warrants*), opciones de venta, así como otros derechos a recibir ciertos pagos del emisor que sean susceptibles o no de negociación independiente<sup>45</sup>. Salvo que se acuerde otra cosa, si los títulos han sido objeto de sorteos, premios o reembolsos (redención anticipada), el vendedor podrá beneficiarse del sorteo y entregar al comprador a plazo otros títulos de los especificados en el contrato. Si todos los títulos de la emisión han sido reembolsados, el vendedor deberá entregar las cantidades pagadas por el emisor<sup>46</sup>.

---

y 91, y en el Código Civil Español art. 1468. (J. RUIZ CABRERO, *Los Contratos Bursátiles*, Madrid 1987, p.141).

44 CCV art. 552: "Los frutos naturales y los frutos civiles pertenecen por derecho de accesión al propietario de la cosa que los produce..." En la venta de cosas determinadas, los frutos corresponden al comprador; en efecto, de acuerdo con el art. 1494 del CCV "[d]esde el día de la venta todos los frutos pertenecen al comprador".

45 Salvo que los términos y condiciones de la emisión lo prohíban expresamente, las opciones de compra o suscripción (*warrants*), pueden ser negociadas independientemente del título valor.

46 Se trata de redención anticipada (no prevista en el contrato a plazo), no de vencimiento programado. Si el vendedor no se benefició del pago -anticipado-

- b. En el caso de *títulos de renta variable*, o acciones, corresponden al vendedor los dividendos que hayan sido decretados antes de la fecha de liquidación del contrato<sup>47</sup>.

También corresponden al propietario los derechos de voto en las asambleas de socios, así como otros accesorios de los títulos valores, opciones, derechos de suscripción (*warrants*), derechos de preferencia, etc.

- c. En el caso de operaciones en títulos de renta fija o renta variable, pactados y liquidados en una *bolsa de valores*, si las partes no han acordado otra cosa, aplicará lo dispuesto en el reglamento respectivo (RBVC art. 84)<sup>48</sup>.

### **5. Operaciones a plazo en la Bolsa de Valores de Caracas**

#### *a. Definición de operaciones al contado y a plazo en el Reglamento de la Bolsa de Valores de Caracas*

De acuerdo con el Reglamento de la Bolsa de Valores de Caracas, las operaciones pueden ser al contado, si se liquidan el mismo día del

---

porque no tenía los títulos en su poder cuando se verificó la redención (i.e. vendió al descubierto), podría liberarse del contrato (ver *infra*, Sección II.6.b). Si el vendedor recibió el pago del emisor porque tenía los títulos en su poder, entonces deberá entregar lo recibido al comprador y podrá exigir el precio o la diferencia -como ambas obligaciones son en dinero, se producirá compensación y procederá el pago de la diferencia entre lo pagado por el emisor y el precio convenido en el contrato-. Si la diferencia es contraria al vendedor, éste no podrá liberarse del contrato ya que se verificaría un enriquecimiento sin causa (CCV art. 1184).

Los títulos valores no pueden tener un vencimiento -programado- anterior a la operación a plazo, pues la operación no sería de compraventa sino que sería un contrato innominado (negocio diferencial).

47 Las sociedades al decretar un dividendo normalmente establecen la fecha de su pago y la fecha que será tomada como fecha de registro de los accionistas a quienes corresponderá el dividendo. El Código de Comercio no establece una solución para el caso en que la asamblea o los administradores de una sociedad no inscrita en Bolsa no fijan una fecha efectiva para la determinación de los accionistas beneficiarios del dividendo. La opinión mayoritaria es que el dividendo corresponde al accionista inscrito al momento del decreto de dividendos. (véase R. GOLDSCHMIDT, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas 1985, p. 329).

48 Ver *infra*, Sección II.5.b.

pacto (operaciones “de hoy”) o al día hábil siguiente (operaciones “al contado” propiamente dichas). Todas las demás operaciones son a plazo, las cuales a su vez pueden ser: (i) “de fuera” si se liquidan al octavo día bursátil; (ii) “de fuera a voluntad del vendedor”, si el vendedor tiene el beneficio del plazo por lo que puede elegir liquidar la operación antes del octavo día hábil, o “de fuera a voluntad del vendedor”, caso contrario; (iii) “a tantos días”, si se liquidan antes del octavo día de la fecha de pacto; o (iv) “a plazo” propiamente dichas, si se liquidan cualquier día comprendido entre el noveno de la fecha de pacto y los noventa días siguientes (RBVC art. 65)<sup>49</sup>.

No obstante la definición de las operaciones a plazo contenida en el Reglamento de la Bolsa de Valores de Caracas, lo cierto es que cualquier operación en títulos valores cuya liquidación se lleve a cabo en una fecha posterior a la fecha del pacto, constituye una operación a plazo a efectos legales. Solamente si la especificación y entrega de los títulos se hace simultáneamente con el pacto, la operación sería propiamente al contado, en el sentido de que la propiedad se transmite con el consentimiento. En todos los demás casos, el pacto tiene efectos obligatorios, no reales, por lo que se consideran ventas de cosas genéricas, con todos los efectos legales que ello produce.

*b. Transferencia de la propiedad en las operaciones bursátiles según el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas*

Salvo las operaciones “al contado de hoy”, todas las operaciones bursátiles se perfeccionan al momento de liquidarse, momento en que se trasmite la propiedad al comprador. El Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas sin embargo, establece que una vez convenida la operación bursátil, a plazo o al contado, los valores pasan a la propiedad del comprador (RBVC art. 84 enc.). Esta disposición desconoce la naturaleza de cosas genéricas de los títulos valores que son objeto de

---

49 Por su parte, el MCCNV establece, a los efectos del registro contable y valoración de las operaciones, que los contratos *forward* de títulos valores, son los compromisos pactados por liquidar, mediante los cuales los contratantes convienen vender o liquidar la operación a un precio establecido, en una fecha futura que excede los siete días hábiles contados a partir de la fecha de transacción (MCCNV § 3.0210, p. 41).



una operación bursátil. Simplemente, es inconcebible que se pueda producir el traspaso de la propiedad y de los riesgos de una cosa que no ha sido individualizada<sup>50</sup>. La norma establecida en los artículos 1475 de Código Civil y 135 del Código de Comercio no podía ser derogada por el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas, no porque se trate de una norma de orden público<sup>51</sup>, sino porque reconoce una realidad irrefutable. El mismo artículo 84 del Reglamento establece los efectos de considerar la operación bursátil perfecta con el sólo consentimiento, refiriéndose únicamente al destino de los frutos y accesorios de los títulos vendidos<sup>52</sup>. La norma no hace mención al riesgo por pérdida de los títulos vendidos que, habiéndose producido la transferencia de la propiedad, debía corresponder al comprador aún antes de la individualización o entrega. Peor aún, el régimen de los frutos y accesorios que establece el artículo como efecto principal de la supuesta transferencia de propiedad, no se corresponde con la declaración preliminar. En efecto, se establece que respecto de los intereses de los títulos que se transfieren, corresponden al vendedor los intereses devengados hasta la fecha de liquidación, a pesar que no es el propietario. En todo caso, se establece que este régimen es supletorio a cualquier acuerdo entre las partes.

No hacía falta entonces que el artículo 84 hiciera tal declaración preliminar respecto de la transferencia de la propiedad, solamente para

- 
- 50 El vendedor, incluso, pudo haber vendido al descubierto, esto es, sin tener los títulos que son objeto de la venta, lo cual está expresamente permitido (CCO art. 133). De aplicarse literalmente el art. 84 del RBVC, el vendedor estaría transmitiendo un derecho que no tiene.
- 51 El CCV se refiere al orden público en su art. 6, que establece: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.”. Las normas sobre contratación bursátil del RBVC son normas de carácter privado, que regulan las operaciones entre los miembros, al igual que las cláusulas de los contratos que ellos celebren.
- 52 En resumen: (i) los dividendos decretados y otros frutos y derechos accesorios que puedan hacerse efectivos en la fecha de registro (fecha del contrato) corresponden al vendedor; (ii) los dividendos y otros frutos y derechos accesorios que no puedan hacerse efectivos en la fecha de registro corresponden al comprador; (iii) los dividendos y otros frutos y derechos accesorios decretados después de la fecha de registro, corresponden al comprador; (iv) si los dividendos u otros pagos accesorios son pagaderos en varias porciones, corresponden al vendedor las pagaderas o exigibles para la fecha de registro; y (v) los intereses de los títulos de deuda corresponden al vendedor los devengados hasta la fecha de liquidación.

establecer un régimen supletorio para los frutos y accesorios de los títulos que se negocien en bolsa. El Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas podía perfectamente establecer este régimen sin hacer tal declaración. En nuestra opinión, si bien la norma parte de una declaración que no tiene ningún sentido, es perfectamente válido el régimen que se establece respecto de los frutos y accesorios. El régimen de los frutos y accesorios puede estar regulado por el Reglamento o por los contratos entre los miembros, independientemente de quién sea considerado como propietario de los títulos al acordarse una venta, dado que no es materia de orden público<sup>53</sup>.

*c. Régimen de garantías en las operaciones a plazo en la Bolsa de Valores de Caracas*

Los artículos 69 al 72 Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas, contemplan un régimen de garantías para las operaciones a plazo<sup>54</sup>. Los miembros que hayan contratado operaciones a plazo pueden exigir a sus contrapartes la constitución de garantías a su favor hasta la liquidación de la operación. Estas garantías pueden ser exigidas al celebrarse la operación, o posteriormente, si los títulos negociados sufrieren fluctuaciones importantes de precio. La Bolsa de Valores de Caracas exige también garantías en las operaciones a plazo en la medida que los precios de mercado, determinados semanalmente (*mark to market*), se aparten de los precios del contrato. Así, si en un contrato a plazo el precio de mercado es superior al precio del contrato, el miembro comprador deberá entregar una garantía por la diferencia. Caso contrario, el miembro vendedor deberá entregar la garantía.

---

53 Respecto del art. 84 del RBVC, el profesor Morles sugiere una interesante y muy válida interpretación, en su opinión: “La interpretación del artículo 84 del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas es la de que esta disposición ratifica la eficacia o perfección inmediata del contrato bursátil y que la transmisión de la propiedad y de los riesgos ocurre al momento de la individualización de la cosa, ya que el contenido genérico del contrato no es aparente sino real, pero que la individualización surte efecto retroactivo, a partir del momento de registro bursátil de la operación.” (A. MORLES, *La Transmisión de la Propiedad y de los Riesgos en los contratos Bursátiles, Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci Abraham*, Caracas 1995, p. 185; Cf. F. MESSINEO, *Manual...*, cit., Vol. V, p. 133 (comentando el Código Civil Italiano de 1942)).

54 Estas garantías se conocen también como “margen” o “margin”, en inglés, utilizadas en las bolsas de futuros y opciones.

Igualmente, las casas de bolsa usualmente exigen garantías a sus clientes en las operaciones a plazo, que les permitan cumplir con las garantías que pide la bolsa de valores, además que de protegerse contra el riesgo de contraparte (por incumplimiento) del cliente. Tanto las garantías que exige la bolsa de valores, como las que exigen las casas de bolsa, normalmente consisten en dinero o parte de los valores que deben ser entregados. En realidad no constituyen garantías propiamente, sino más bien anticipos. Lo entregado pasa en propiedad a la casa de bolsa o a la bolsa de valores, y se destina a la liquidación de la operación<sup>55</sup>.

### **6. Cumplimiento de la operación a plazo de títulos valores**

Al vencimiento del plazo del contrato, el vendedor debe entregar los títulos valores y el comprador debe pagar el precio, salvo que las partes decidan liquidar la operación por diferencias, o decidan prorrogarla<sup>56</sup>. El vendedor además deberá reembolsar al comprador los frutos y accesorios que se hayan hecho efectivos durante el plazo del contrato, y que las partes acordaron que correspondían al comprador. La operación se liquida en bolsa, si son títulos que cotizan en bolsa, como es el caso de los títulos de renta variable; o en el mercado extrabursátil (OTC), como es el caso de la mayoría de títulos valores de renta fija.

#### *a. Naturaleza del término en las operaciones a plazo*

El vencimiento del plazo transforma el contenido de los derechos y obligaciones de las partes, en el sentido de que el vendedor debe hacer la especificación y transferencia de los títulos valores al comprador, y el comprador debe pagar el precio. Aunque es teóricamente factible que en la especificación preceda la tradición, y por tanto se trasmita la

---

55 Como la supuesta garantía tiene por objeto cosas genéricas y fungibles, la misma puede ser catalogada como “prenda irregular”, la cual tiene el mismo efecto que un anticipo, i.e. la propiedad pasa al acreedor. Nada obsta sin embargo, a que la casas de bolsa exijan otro tipo de garantías, e.g. fianzas, hipotecas, prendas, etc.

56 La liquidación por diferencias se hace por convenio expreso, o si las partes acordaron una operación contraria con el mismo vencimiento y con el mismo objeto. La prórroga puede hacerse con una operación de reporto, donde el comprador es reportado (vende los títulos para recomprarlos), y el vendedor es reportante o reportador (compra los títulos para revenderlos).

propiedad antes que se haga la entrega, en las operaciones a plazo con títulos valores la especificación coincide con la entrega. La especificación no puede ser unilateral y sin el conocimiento del comprador (CCO art. 135).

El término en las obligaciones a plazo es por su naturaleza, *esencial*, es decir, el negocio ha de cumplirse jurídicamente a su llegada, ha de consumarse, porque la prestación ejecutada fuera de ese término no satisface el interés que aquél negocio estaba llamado a cumplir. Cumplir la prestación con posterioridad (i.e. mora) equivale a un auténtico incumplimiento.

El término en el contrato a plazo se presume establecido en beneficio del deudor, si el contrato no establece otra cosa (CCV art. 1214)<sup>57</sup>. Siendo el comprador y vendedor recíprocamente deudor y acreedor, el comprador puede pagar el precio antes del término, así como el vendedor puede entregar los títulos al comprador antes del plazo<sup>58</sup>. Si es el vendedor quien hace la entrega de las cosas anticipadamente, será en ese momento, y no al cumplirse el plazo, que se perfecciona la venta, trasladándose al comprador los riesgos sobre las cosas vendidas. En cambio, si es el comprador quien paga antes, la venta no estará perfeccionada, dado que las cosas no han sido individualizadas, por lo que el riesgo permanecerá en cabeza del vendedor hasta que se haga la individualización y entrega.

#### *b. Traslación de los riesgos al comprador*

Interesa determinar a sobre cuál de los contratantes debe recaer el daño derivado de la pérdida o deterioro de la cosa vendida antes de su entrega al vendedor. Esto es, durante el plazo que va desde que se pacta la operación (fecha de pacto o fecha valor), hasta la liquidación (fecha de pago o liquidación). Si corresponde al vendedor, entonces no podrá

---

57 CCV art. 1214: "Siempre que en los contratos se estipula un término o plazo, se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del contrato mismo o de otras circunstancias resultare haberse puesto a favor del acreedor o de las dos partes".

58 El que paga ignorando el término tiene derecho a reclamar, en la medida de su perjuicio, el enriquecimiento que su pago anticipado haya procurado al acreedor (CCV art. 1213). La ignorancia del término en las operaciones a plazo no puede ser alegada en presencia de un contrato que expresamente lo contemplaba.

exigir al comprador el precio, caso contrario, el vendedor conserva el derecho de recibir el precio no obstante que se liberó de su obligación – i.e. el comprador paga el precio sin recibir nada a cambio.

En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad o de un derecho, el principio general es que hasta que se verifique la entrega, el riesgo de pérdida de la cosa lo tiene el comprador, que es el propietario desde que las partes del contrato manifestaron su consentimiento (CCV arts. 1161 y 1549). En consecuencia, si la cosa se pierde en manos del vendedor, el comprador no se libera de su obligación de pagar el precio -como propietario, el comprador soporta la pérdida de la cosa<sup>59</sup>. Cuando la venta tiene por objeto cosas genéricas, la incidencia de los riesgos se desplaza al comprador con la entrega (o especificación), no con el consentimiento. Antes de la entrega, el riesgo era del vendedor (CCO art. 135, CCV art. 1475). De manera que si la cosa se pierde, la obligación del vendedor no se extingue.

En ambos supuestos, tanto en la venta de cosas específicas como en la venta de cosas genéricas, el principio es el mismo: la cosa perece

---

59 La obligación que tiene el vendedor de entregar la cosa vendida al comprador, luego de perfeccionado el contrato, esto es, luego de transferida la propiedad y el riesgo por el consentimiento, se extingue si la cosa se pierde por causa que no le sea imputable. Según el art. 1344 del CCV: “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de una obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora...”. La obligación del comprador de pagar el precio, en cambio, no se extingue, pues la ley no lo libera. La atribución del riesgo al comprador en la venta ordinaria, se explica por la presunción del legislador de que una vez perfeccionado el contrato o individualizada la cosa, no necesariamente entregada, la cosa se presume que está a disposición del comprador, y si no la retira, es porque no quiere o no le conviene, luego debe él y no el vendedor soportar el riesgo. La norma sienta una presunción *iuris tantum* (i.e. que admite prueba en contrario). Para desvirtuarla sólo hay que probar que la dilación de la entrega se produjo por transigencia del comprador, porque al vendedor le convenía. Si la demora en interés del deudor se ha producido por un acuerdo tácito o expreso con el comprador, no ha surgido todavía la obligación de entrega, momento en que hay que situar los riesgos a cargo del comprador. Pero si se convino que los provechos eran del comprador, en correspondencia habrá que atribuirle los riesgos. (L. DIEZ PICAZO y A. GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid 1995, p. 317).

para su dueño (*res perit domino*). Los efectos en uno y otro caso son distintos porque la transferencia de propiedad tiene lugar en momentos distintos. En la venta de cosas específicas, la propiedad se transmite al comprador cuando las partes manifiestan su consentimiento; en la venta de cosas genéricas, con la especificación o con la entrega de las cosas.

La operación a plazo de títulos valores, por tratarse de una venta de cosas *in genere*, está sujeta a la regla contenida en los artículos 1475 del Código Civil y 135 del Código de Comercio. Los riesgos son del vendedor hasta que se haga la entrega o especificación de las cosas, esto es, hasta la liquidación de la operación. Antes, no existe una cosa cierta e individualmente determinada cuya pérdida haga concebible la imposibilidad de cumplimiento por parte del vendedor<sup>60</sup>. De manera que si las cosas se pierden o se deterioran, el vendedor no se libera de su obligación. Ahora bien, si la pérdida es absoluta, el vendedor se libera de su obligación pero, a diferencia de lo que ocurre en la venta de cosas determinadas, el comprador no está obligado a pagar el precio<sup>61</sup>. El

---

60 Ver, L. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 404. El art. 135 del CCO formula el principio consagrado en el art. 1475 del CCV en el sentido de que aquellas cosas genéricas que el vendedor ha predispuesto para el cumplimiento, quedan a su riesgo y peligro hasta que se haga la especificación o entrega al comprador. La pérdida fortuita de estas cosas, aún cuando fueron procuradas por el vendedor para cumplir con su obligación, no fueron especificadas en el contrato ni por acto subsiguiente con la intervención del comprador (i.e. especificación unilateral), por lo que todavía se reputan cosas genéricas. La solución por lo tanto no difiere si la operación tiene carácter mercantil o civil.

61 Si las cosas que el vendedor tiene en su poder se pierden, debe comprar otras, si se deterioran, debe sustituirlas por otras de la calidad acordada, pero si la pérdida es absoluta, entonces sí se libera.

En este sentido, respecto del art. 135 del CCO, nuestra doctrina ha sostenido lo siguiente: “[N]o se exonera el vendedor por caso de incendio, naufragio, él asume estos riesgos en la venta mercantil. Solamente en el caso de cataclismo, pérdida de las cosechas de café, en todos o la mayoría de los países productores de la especie, etc., podría liberarse al vendedor del cumplimiento de su obligación y de los daños y perjuicios; en una palabra, se libra en casos de imposibilidad absoluta y no de imposibilidad relativa. La causa extraña no imputable al deudor, identificada en el caso fortuito o fuerza mayor, señalada en los artículos 1272 y 1273 del Código Civil, aplicados a la venta de cosas señaladas por su género sin individualizarlas conducen al mismo resultado que al previsto en el artículo en análisis. El legislador mercantil ha querido señalar de modo expreso hechos que no exoneran al vendedor del cumplimiento, todos los cuales se inspiran en el criterio de que dificultan, pero no

comprador, si la pérdida ocurrió antes de la liquidación, no era todavía propietario ni corría con los riesgos de la cosa. En la venta de cosas genéricas, la ley atribuye los riesgos al vendedor el riesgo, que en este caso se traduce en la pérdida del precio (CCV art. 1475).

El riesgo en las operaciones a plazo comprende únicamente la pérdida de la cosa (títulos valores) derivada del caso fortuito o fuerza mayor, y no los aumentos o disminuciones de su valor o precio por efecto de la oferta y la demanda. En la operación bursátil a plazo, no se corresponde con la esencia del contrato ni con la intención de las partes, que sea el vendedor y no el comprador quien asuma los riesgos por deterioro (disminución de valor). El riesgo por deterioro o por la disminución del valor de mercado los asume el comprador desde el día del contrato, de la misma manera que aprovecha los aumentos de valor, pues esta asunción del riesgo de precio está sobreentendida en el contrato a plazo. Las partes celebran la operación a plazo con la idea de que los títulos valores pasan al comprador en el estado que se encuentren al momento de la liquidación. Si los títulos subieron de precio, el comprador se aprovecha de esta plusvalía, y si bajaron, sufre él y no el vendedor la pérdida.

### *c. Incumplimiento de la operación a plazo*

Si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede reclamar judicialmente, a su elección, la ejecución del contrato o la resolución del mismo, junto con la indemnización de los daños y perjuicios en ambos

---

imposibilitan la ejecución.” (C. MORALES, *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*, Vol. I, Caracas 1954, p. 227). En el mismo sentido: “El vendedor de cosas genéricas está obligado a hacer su entrega aun cuando se encuentre personalmente en la imposibilidad de entregarlas (imposibilidad relativa, personal); queda liberado sólo cuando cualquiera otro vendedor se encontraría en la misma imposibilidad (imposibilidad absoluta, objetiva).” (cita de L. TARTUFARI, *op. cit.*, Nota No. 88, p. 421).

Tal pérdida es aun más factible cuando la venta es de cosas de género limitado como los títulos valores (mismo emisor, serie, clase, denominación, etc.). e.g. si la venta era sobre títulos valores que ya no están disponibles en el mercado, porque la compañía emisora quedó disuelta (CCO art. 340), etc.. No hay pérdida si la cotización en bolsa de los títulos ha sido suspendida, pues es posible hacer la transferencia fuera de bolsa, en los libros de la compañía. Tampoco si hubo pérdida física de los títulos valores (no desmaterializados), pues es posible obtener duplicados (CCO art. 129), o reivindicarlos (CCO art. 130).

casos, si hubiere lugar a ello (CCV art. 1167) Si el contrato a plazo no establece los recursos de las partes ante el incumplimiento, se aplicarán las siguientes reglas:

- (i) *Recursos legales.* (A) *Resolución del contrato:* El contrato se resuelve de pleno derecho si llegado el momento fijado para el cumplimiento, una de las partes ha ofrecido la entrega de la cosa o el pago del precio, y la otra no cumple su obligación, quedando la parte que incumplió sujeta al pago de daños y perjuicios (CCO art. 141)<sup>62</sup>. (B) *Ejecución coactiva por el vendedor:* Si el comprador no cumple con su obligación (caso que el precio del contrato es superior al precio de mercado), el vendedor tiene derecho a hacer vender la cosa y reclamar la diferencia y los daños. (C) *Ejecución coactiva por el comprador:* Si el vendedor no cumple (caso que el precio del contrato es inferior al precio de mercado), el comprador puede comprar la cosa y reclamar los daños al vendedor además de la diferencia (CCO art. 142)<sup>63</sup>. (D) *Excepción de incumplimiento:* si uno de los contratantes no cumple con su prestación, la otra puede

---

62 CCO art. 141: “En la venta, la condición resolutoria tiene lugar de pleno derecho en favor de la parte que antes del vencimiento del término estipulado para el cumplimiento del contrato, haya ofrecido a la otra parte, de la manera acostumbrada en el comercio, la entrega de la cosa vendida o el pago del precio, si ésta no cumple su obligación. [La parte que no cumple su obligación, queda sujeta al pago de daños y perjuicios.”. La redacción de la norma es confusa, pues parece que el incumplimiento puede ocurrir antes del advenimiento del término. Lo que debe ocurrir antes del término es la oferta de pago, no el pago mismo, llegado el término, si sólo una de las partes ha hecho oferta de pago, entonces se verifica el incumplimiento del otro. (véase C. MORALES, *op. cit.*, Vol. I, p. 234).

63 CCO art. 142: “Si el comprador no cumple su obligación, el vendedor tiene derecho a hacer vender la cosa que es objeto del contrato o depositaria en una acreditada casa de comercio y, en defecto de ésta, en persona de responsabilidad, todo por cuenta del comprador. La venta se hará en almoneda o al precio corriente si la cosa que es objeto del contrato tiene precio de bolsa o de mercado, por medio de un vendutero o corredor, según el caso; y a falta de éstos, por medio de la persona designada por el Juez de Comercio. El vendedor tiene derecho de exigir al comprador el pago de la diferencia entre el precio obtenido y el pactado en el contrato y el resarcimiento de los daños. Si el vendedor no cumple su obligación, el comprador tiene derecho a comparar la cosa en la forma arriba establecida, por cuenta del vendedor y a ser resarcido de los daños. El contratante que ejerce los derechos expresados debe dar inmediatamente aviso de ello al otro contratante.”.



negarse a cumplir la suya (CCV art. 1168)<sup>64</sup>. Si bien la excepción de incumplimiento (*non adimpleti contractus*) está disponible en los contratos bilaterales, resulta de poca o ninguna utilidad en las operaciones a plazo. Si comprador o vendedor a plazo no cumple, es porque el precio de mercado al final del contrato le es adverso, por tanto, la otra parte tendrá interés en que se cumpla el contrato, no en oponer la excepción de incumplimiento<sup>65</sup>. (E) *Derecho de Retención*: El vendedor puede retener las cosas vendidas a plazo hasta que el comprador efectúe el pago completo y cancele al vendedor los intereses por el retraso (CCO art. 148)<sup>66</sup>. La excepción es similar a la de incumplimiento, el vendedor retiene la cosa objeto de la venta hasta que el comprador efectúe el pago<sup>67</sup>.

- 
- 64 CCV art. 1168: “En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las obligaciones.”
- 65 Sí tendría sentido si el incumplimiento ha sido parcial o inexacto, se habla en este caso de excepción *non rite adimpleti contractus*, en cuanto que lo alegado por el *excipiens* no es que quien le exige su cumplimiento no ha cumplido, sino que ha cumplido írritamente. (J. MELICH ORSINI, *op. cit.*, p. 781). Quien opone esta excepción sin embargo, no podrá abusar de su posición, en el sentido de que no podrá aprovecharse de la excepción para procurar una utilidad superior a la que habría obtenido si la otra parte cumplía a cabalidad, so pena de incurrir en enriquecimiento sin causa. Según el art. 1184 del CCV: “Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido.”
- 66 CCO art. 148: “Mientras los efectos o mercancías vendidos están en poder del vendedor, éste tiene derecho a retenerlos hasta el entero pago del precio y de los intereses correspondientes.”
- 67 La esencia del derecho de retención consiste en la facultad de conservar la cosa, de suerte que es una forma de coacción que se ejerce sobre la voluntad del deudor, y tiende, no a realizar el importe del crédito mediante un equivalente pecuniario sobre el patrimonio, sino a apremiar la voluntad del deudor para inducirle a pagar. (A. Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, Méjico 1955, p. 366). El derecho de retención supone un incumplimiento por parte del propietario (o acreedor) de la cosa, la posesión de esa cosa por parte del acreedor del propietario (o acreedor de la cosa), y la obligación del poseedor de entregar la cosa al propietario (o acreedor de la cosa). En virtud del incumplimiento del propietario (o acreedor de la cosa), se permite al otro retener la cosa.

- (ii) *Reglamento de la Bolsa de Valores de Caracas*: Para las operaciones que se celebren a través de la Bolsa de Valores de Caracas, el Reglamento prevé el siguiente procedimiento (RBVC art. 90): (A) El miembro que cumplió puede solicitar a la Bolsa de Valores, para que se proceda, según el caso, a la venta o compra de los valores. El miembro que incumplió es responsable por la diferencia entre el precio de venta o compra y el pactado, y si esta le es favorable, la misma corresponderá a la Bolsa de Valores. (B) Si el miembro no cumple, se ejecutan las garantías y, si las mismas son insuficientes y el incumplimiento perdura, se suspende al miembro. (C) El miembro que cumplió alternativamente puede pedir a la Bolsa de Valores la anulación de la operación (resolución del contrato).
- (iii) *Daños resarcibles*: (A) *Daños compensatorios*: La parte que incumple el contrato, está obligada a reparar los daños y perjuicios que su incumplimiento haya causado a la otra parte (CCV art. 1271). (B) *Daño emergente y lucro cesante*: Los daños compensatorios incluyen el daño emergente y el lucro cesante, esto es, la pérdida sufrida y la utilidad a la que se haya privado a la parte que los reclama (CCV art. 1273)<sup>68</sup>. (C) *Daños previstos o previsibles*: solamente se pueden reclamar los daños que hayan sido previstos o han podido preverse al momento del contrato (CCV art. 1274)<sup>69</sup>. (D) *Daños directos*: los daños resarcibles además deben ser consecuencia inmediata e indirecta del incumplimiento (CCV art. 1275)<sup>70</sup>. (E) *Cláusula penal*: Las partes pueden establecer una indemnización sustitutiva por vía contractual, de aplicación preferente a las disposiciones legales que regulan la responsabilidad por incumplimiento (CCV art.

---

68 CCV art. 1273: “Los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se la haya privado...”.

69 CCV art. 1274: “El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo.”

70 CCV art. 1275: “Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.”

1258)<sup>71</sup>. En caso de incumplimiento por una de las partes del contrato, ésta puede liberarse pagando lo estipulado como cláusula penal en lugar del cumplimiento en especie. La cláusula excluye la indemnización por daños y perjuicios, salvo que las partes hayan acordado lo contrario.

### **III. RÉGIMEN DE LOS INTERMEDIARIOS PROFESIONALES EN EL MERCADO FORWARD**

#### **1. Operaciones a plazo celebradas por entidades regidas por la Ley de Mercado de Capitales y por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras**

##### *a. Títulos valores que pueden ser objeto de los contratos forward*

Como la operación a plazo tiene por objeto títulos valores que no se identifican en el contrato sino como pertenecientes a un género<sup>72</sup>, desde el punto de vista práctico (no necesariamente teórico) únicamente valores que hayan sido objeto de una oferta pública podrán ser objeto de una operación a plazo o venta al descubierto. En este sentido, nos parece que la enumeración artículo 39 de Normas Sobre las Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa (“NAICB”), abarca todos los valores que pueden ser objeto de operaciones *forward*<sup>73</sup>.

---

71 CCV art. 1258: “La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal, en lugar de la pena estipulada. El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por el mismo retardo.”

72 Ver *supra*, Sección II.2.e.

73 Resolución de la Comisión Nacional de Valores No. 47-2001 del 15 de Marzo de 2001 (G.O. No. 5525 Extra. del 05.04.01). Estos títulos son: (i) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos de conformidad con lo establecido en la Ley de Crédito Público y/o garantizados o avalados por la República de Venezuela; (ii) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos y/o garantizados o avalados por Repúblicas soberanas, incluyendo aquellos títulos de deuda emitidos por sus respectivos Bancos Centrales; (iii) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos de conformidad con

La referida enumeración constituye además la lista taxativa de valores que pueden ser objeto de intermediación o corretaje por una casa de bolsa o sociedad de corretaje. En efecto, las sociedades de corretaje y casas de bolsa solamente pueden intermediar valores de oferta pública autorizada (o que se adapten a los criterios técnicos de la Comisión Nacional de Valores si los títulos fueron emitidos en el exterior), así como valores emitidos de conformidad con la Ley General de Bancos, Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, Ley Orgánica de Crédito Público y Ley del Banco Central de Venezuela<sup>74</sup>. Esta limitación no aplica a las actividades por cuenta propia de las casas de bolsa y sociedades de corretaje, por lo que, en principio, éstas pueden comprar o vender cualquier activo por cuenta propia. Si es el caso, la adquisición de otros títulos valores (e.g. de oferta pública no autorizada), tendrá un impacto adverso en los índices de solvencia, dado que asimilan a préstamos de

---

lo establecido en la Ley del Banco Central de Venezuela y/o garantizados o avalados por el Banco Central de Venezuela; (iv) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos por instituciones regidas por la Ley General de Bancos o por la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo; (v) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos por Bancos e Instituciones Financieras del exterior; (vi) títulos de deuda objeto de oferta pública emitidos de conformidad con lo establecido en la Ley de Mercado de Capitales; (vii) títulos de deuda emitidos en el exterior que sean objeto de oferta pública autorizada por una Comisión de Valores del exterior u otro organismo similar competente del exterior para hacer oferta pública de títulos valores en su respectiva jurisdicción extranjera que se negocien en Bolsas de Valores o en el mercado extrabursátil (OTC); (viii) acciones objeto de oferta pública emitidas de conformidad con lo establecido en la Ley de Mercado de Capitales o la Ley de Entidades de Inversión Colectiva; (ix) acciones emitidas en el exterior que sean objeto de oferta pública autorizada por alguna Comisión de Valores u otro organismo similar competente del exterior para hacer oferta pública de títulos valores en su respectiva jurisdicción, que se negocien en Bolsas de Valores o en el Mercado extrabursátil (OTC); o (x) acciones emitidas en el Exterior inscritas o negociadas en las bolsas de valores extranjeras reconocidas por la Comisión Nacional de Valores

74 Las actividades de corretaje de títulos valores, está limitada a los valores sujetos a la LMC (LMC art. 22), así como a ciertos valores excluidos del ámbito de la LMC y de la supervisión de la CNV (LMC art. 1), pero cuya intermediación por parte de las sociedades de corretaje y casas de bolsa está expresamente permitida (e.g. NSAI art. 39, Normas Relativas a la Inscripción en el Registro Nacional de Valores de las Sociedades o Casas de Corretaje de Títulos Valores y a las Actividades de las Mismas (CNV Res. 401-98 del 30.09.98, G.O. No. 36555 del 07.10.98) art. 10).

dinero implican un riesgo de crédito directo sujeto a provisión (Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores [MCCNV] § 3.1330).

No existe una limitación similar para las instituciones financieras que realicen operaciones a plazo por cuenta propia o por cuenta de sus clientes<sup>75</sup>.

*b. Clasificación de los títulos que son vendidos forward por un banco o sociedad de corretaje*

Las ventas (no las compras) a plazo que haga una casa de bolsa o sociedad de corretaje regida por la Ley de Mercado de Capitales o una institución financiera regida por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, deberían tener por objeto títulos clasificados en un portafolio que permita su comercialización. Así, las instituciones financieras no podrán vender a plazo títulos clasificados como inversión mantenida hasta el vencimiento, ni las sociedades de corretaje podrán vender a plazo títulos valores clasificados en el portafolio de inversión “I”. Solamente en los casos permitidos por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Sudeban) o la Comisión Nacional de Valores, los valores clasificados en estos portafolios pueden ser desincorporados. Todo esto, según lo dispuesto en el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo adoptado por Sudeban (“MCBIF”)<sup>76</sup>, en el caso de las instituciones financieras, y en el Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores, en el caso de las entidades regidas por la Ley de Mercado de Capitales<sup>77</sup>.

---

75 Los bancos de inversión y los bancos universales pueden realizar actividades de intermediación y corretaje con títulos valores (LGB arts. 55 y 95). La intermediación de títulos que coticen en una bolsa de valores la pueden hacer a través de un miembro (corredor o casa de bolsa).

76 Circular de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras No. 4433 del 26.05.99.

77 Las instituciones financieras y los intermediarios bursátiles están sujetos a una contabilidad y plan de cuentas que exige una clasificación de los títulos valores pertenecientes a la entidad, en distintos portafolios a efectos de su valoración y cálculo de índices de solvencia y patrimonio. Así, según el MCBIF, las instituciones financieras deben clasificar sus portafolios de valores en: (i) inversiones en títulos valores disponibles para la venta; (ii) inversiones en títulos valores para negociar; y

## 2. Tratamiento de índices ponderados en base a riesgo (Basilea)

### a. Casas de bolsa y sociedades de corretaje

Con base al artículo 77 de la Ley de Mercado de Capitales<sup>78</sup>, se exige a las sociedades de corretaje y casas de bolsa el mantenimiento de índices mínimos de patrimonio con respecto a los activos y otras operaciones que puedan comportar riesgos. La Comisión Nacional de Valores acogió, por recomendación de la *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), controles de riesgo mediante el establecimiento de índices de solvencia como índices de patrimonio con respecto a activos ponderados, que venían siendo aplicados a la banca según los acuerdos de Basilea (LGB art. 14). La metodología es la misma que aplica la banca, salvo por la adopción de la contabilidad de ajuste a valores de mercado (*mark to market*) a los efectos de valorar los activos, vista la mayor exposición al riesgo de precio que tienen las casas de bolsa. Para calcular el índice ponderado de patrimonio, se divide el patrimonio entre el total de activos y operaciones contingentes debidamente ponderados (NAICB arts. 82 y 83)<sup>79</sup>. De acuerdo con el riesgo que comportan las operaciones y por categoría de contraparte, se

---

(iii) inversiones en títulos valores mantenidos hasta el vencimiento. En el mismo sentido, el MCCNV establece los siguientes portafolios: (i) portafolio de inversión para comercialización "PIC"; (ii) portafolio para comercialización "T"; y (iii) portafolio de inversión "I".

78 LMC art. 77: "Los corredores públicos de valores deberán cumplir los requisitos y porcentajes de capital, patrimonio, endeudamiento, y otras condiciones de liquidez y solvencia, establecidas por la Comisión Nacional de Valores, mediante normas de carácter general."

79 La metodología de cálculo de los índices es la misma que rige para la banca según los acuerdos de Basilea. Esto es, se establecen niveles de capitalización y apalancamiento mediante la imposición de índices mínimos de patrimonio sobre activos y operaciones contingentes ponderadas.

El índice de patrimonio y garantías de riesgo que deben mantener las sociedades de corretaje y casas de bolsa, se define matemáticamente como el cociente que resulta de dividir el patrimonio (más las garantías de riesgo complementarias) de la sociedad de corretaje o casa de bolsa entre el monto total de activos y operaciones contingentes ponderadas por factores de ponderación de riesgo.

$$I = \frac{P}{\sum A_i \times FPR_{A_i} + \sum C_i \times FPR_{C_i}}$$

establecen factores de ponderación del 0%, 0.25%, 1%, 3%, 5%, 10%, 20%, 50% y 100% (MCCNV, Cap. V, pp. 56 y ss.). Los factores de ponderación reflejan el nivel de riesgo de la contraparte, desde 0% (menor riesgo) a 100% (mayor riesgo).

En el caso de operaciones *forward* con títulos valores, se ponderan las cuentas activas contingentes, esto es, derechos a recibir títulos valores o el precio, de acuerdo con el factor de ponderación de la contraparte (no del emisor del título valor). Se ponderan además las cuentas de balance activas que reflejan el ajuste a mercado del contrato *forward* (MCCNV, Cap. V, p. 55). Salvo en el caso de contratos *forward* designados como de cobertura, el ajuste a valor mercado del contrato debe ser reconocido por la casa de bolsa o sociedad de corretaje con una periodicidad diaria, de manera que se reconozca la utilidad o la pérdida diaria del contrato, y tal diferencia se refleja en cuentas activas o pasivas del balance (MCCNV § 3.0210, p. 45). Solamente la cuenta activa del balance resultante de la valoración (contratos *forward* a ganancia) está sujeta a ponderación a efectos de calcular los índices de patrimonio y solvencia.

#### *b. Bancos y otras instituciones financieras*

Los contratos a plazo de títulos valores no generan, al momento de pactarse, créditos que deban ser cuantificados a efectos de calcular los límites de exposición y prohibiciones que contempla el artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Esta limitación se refiere únicamente a créditos y otras operaciones de financiamiento o activas (LGB art. 121), no siendo extensibles a las operaciones contingentes que no comporten riesgo de crédito directo.

---

Donde:

I: es el índice de patrimonio y garantías de riesgo.

P: es el patrimonio de la sociedad (más garantías de riesgo, si es el caso).

Ai: corresponde a los saldos de las cuentas de activos (valor en libros) de la sociedad.

FPRai: es el factor de ponderación de riesgo correspondiente de la categoría de activo.

Ci: corresponde a los saldos de las cuentas contingentes de la Sociedad de Corretaje, y

FPRCi: es el factor de ponderación de riesgo correspondiente a la categoría de cuenta contingente.

La operación a plazo o *forward*, no constituye una operación activa que pueda asimilarse a un crédito o financiamiento, sino una operación contingente (MCBIF § 617.03). En nuestra opinión, no puede asimilarse la operación a plazo a otras operaciones contingentes que sí cuentan a efectos del cálculo de los límites de exposición que establece la Ley General de Bancos, por ser asimilables a operaciones de financiamiento. Tal es el caso de las garantías, avales, cartas de crédito, descuentos y líneas de crédito no utilizadas, que constituyen modalidades de financiamiento, sujetas a riesgo de crédito directo al igual que los préstamos de dinero. Los contratos *forward* en cambio, constituyen obligaciones contingentes que se derivan de pactos de compraventas por ejecutar, que en modo alguno representan activos de crédito que acumulan riesgo de crédito directo para la institución financiera, sino involucran, más bien, riesgo de precio. La institución financiera, si celebra un contrato *forward*, no está expuesta, en principio, a desembolsar una cantidad de dinero o entregar un valor, a menos que reciba una contrapartida (la institución financiera puede negarse a pagar o a entregar los valores si su contraparte no ha cumplido). Sí está expuesta, en cambio, a una eventual pérdida o ganancia por el diferencial entre el precio pactado y el precio de mercado a la fecha de liquidación<sup>80</sup>.

Cuando la institución financiera es vendedora a plazo de un título valor, no se desprende del riesgo de crédito del emisor del título sino hasta la fecha de liquidación, cuando se perfecciona la venta. Igualmente, no cuenta a efectos del límite de exposición del artículo 120 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, el riesgo de crédito del emisor de un título que la institución financiera adquiere a plazo, sino a partir de la liquidación del contrato<sup>81</sup>.

---

80 Ver *supra*, Sección II.6.c. A diferencia del *forward*, en un aval, sí existe la posibilidad para la institución financiera de hacer un desembolso sin recibir una contrapartida, involucran por lo tanto riesgo de crédito directo que debe ser reconocido a efectos de calcular el límite de exposición.

81 La acreencia contra el emisor representada en el título valor, sea de renta fija o variable, constituye un "crédito", según la definición del art. 121 de la LGB. De acuerdo con cierto criterio, las inversiones en títulos de renta variable o acciones no constituyen un crédito a los efectos, sino una inversión, que no cuenta a los efectos del art. 120 de la LGB. No compartimos esta opinión, pues constituye un absurdo, una acción no solamente constituye un crédito, sino que es el peor de todos, que nunca se paga.



Para el cálculo del índice de patrimonio que debe mantener la institución financiera, se deben ponderar las operaciones activas y otras operaciones contingentes que puedan comportar riesgos (LGB art. 14)<sup>82</sup>. Evidentemente que las operaciones contingentes consideradas como sustitutos de crédito, tales como los avales, cartas de crédito, garantías, etc. constituyen operaciones contingentes que comportan riesgos y que deben ser ponderados de acuerdo a los factores de ponderación establecidos en la Resolución No. 090-95 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras<sup>83</sup>. En este sentido, se establecen factores de ponderación del 0%, 20%, 50% y 100%, de acuerdo con el nivel de riesgo por categoría de contraparte o deudor (Resolución No. 090-95 art. 4). Por las razones señaladas anteriormente, somos de la opinión de que las operaciones *forward* con títulos valores no comportan riesgos de crédito que justifiquen una ponderación igual a la de otros sustitutos de crédito igualmente contingentes. Los criterios de ponderación y la valoración diaria prevista en el Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores resultan más consistentes con la naturaleza de las operaciones *forward*.

En definitiva, corresponderá a la junta directiva de la institución financiera determinar los criterios de ponderación para aquellas operaciones contingentes respecto de las cuales no haya habido un pronunciamiento oficial por el ente regulador (Resolución 090-95 art. 4)<sup>84</sup>.

---

82 LGB art. 14: “Los bancos y demás instituciones financieras regidos por esta ley deberán mantener un patrimonio que en ningún caso podrá ser inferior al ocho por ciento (8%) de su activo y el monto de las operaciones [que no estando reflejadas en el activo puedan comportar riesgos], los cuales se determinarán en cada banco o institución financiera criterios de ponderación de riesgos”.

El índice se calcula igual que para las casas de bolsa y sociedades de corretaje (ver *supra* nota No.79). La metodología de cálculo de las partidas (patrimonio, activos y contingentes) sí difiere, pues existen diferentes factores de ponderación, reservas y deducciones.

83 Resolución No. 090-95 del 15.05.95 por la cual se dispone que los bancos y demás instituciones financieras deberán efectuar con periodicidad mensual, una ponderación de sus activos y operaciones contingentes, a los fines de determinar, en función de sus niveles de riesgo, el monto suficiente de patrimonio a mantener conforme a las especificaciones que en ella se indican. G.O. No. 35714 del 19.05.95.

84 Res. 090-95 art. 4: “Los bancos y demás instituciones financieras regidas por la Ley General de Bancos y Otras instituciones Financieras, y los grupos financieros clasificarán los activos y las operaciones contingentes, bajo la supervisión de su

### 3. Cobertura de las operaciones a plazo – determinación de los precios forward

Los intermediarios profesionales o arbitadores en el mercado *forward* (principalmente sociedades de corretaje e instituciones financieras) que celebran operaciones a plazo por cuenta propia, generalmente determinan su utilidad o *spread* financiero mediante la celebración de otros contratos *forward*, o mediante la compra de contratos de futuros (si están disponibles) de signo contrario, o con otras operaciones financieras de cobertura (cobertura sintética).

Las operaciones a plazo que celebran los intermediarios profesionales por lo general no tienen fines especulativos ni de cobertura, sino que constituyen una forma de intermediación en títulos valores. El precio *forward* en este mercado profesional refleja el precio de mercado actual del activo que es objeto de la operación, más el costo de mantener ese activo hasta la liquidación del contrato<sup>85</sup>. El precio *forward* se determina en base al precio de los títulos en la fecha del contrato o fecha valor, en el mercado *spot*, más los costos financieros que suponen mantener esa posición en títulos valores hasta el vencimiento. Si la operación es sobre títulos valores, habrá que considerar a los efectos del cálculo del precio *forward*, el destino de los frutos y accesorios del título valor, según correspondan al vendedor o al comprador durante el plazo del contrato<sup>86</sup>. Esos costos e ingresos financieros que se utilizan para determinar el precio *forward*, son costos e ingresos que efectivamente son incurridos o son devengados por el intermediario financiero que hace cobertura de los riesgos implícitos en el contrato *forward* de títulos valores.

La cobertura sintética supone una serie de operaciones financieras adicionales que celebra el intermediario financiero a fin de eliminar la

---

junta directiva, y *corresponderá a ésta, velar porque la ponderación asignada a cada uno de los activos y operaciones contingentes se efectúan en función de su naturaleza, independientemente del rubro contable donde se encuentre registrado...*" (destacado nuestro).

85 El precio *forward* no es la expectativa de las partes de cuál será el precio de mercado al vencimiento, de ser así, tendría más sentido comprar o vender (corto) los activos de inmediato, en lugar de comprar o vender *forward*.

86 Se suman los costos financieros y se restan los beneficios del título. El resultante será el costo de acarreo (*cost of carry*) asociado al contrato. (G. ALEXANDER, *Fundamentals of Investments*, Londres 1993, p. 775).

exposición a pérdidas potenciales producto de la variación adversa de los precios de mercado de los títulos valores que son objeto de la operación a plazo. A veces, la cobertura no es posible o no es perfecta, por ejemplo: (i) cuando en el plazo del *forward* de títulos de renta variable, se produce un decreto y pago de dividendos que no había sido previsto por las partes al momento de pactar la operación (la cobertura para el vendedor será insuficiente, pues en principio el dividendo corresponde al comprador); o (ii) cuando tratándose de títulos de renta fija sujetos a intereses variables, se produce una revisión de la tasa durante el plazo del *forward*.

A continuación analizamos estas operaciones de cobertura, tanto las realizadas por el intermediario profesional comprador como por el intermediario profesional vendedor.

*a. Intermediario como vendedor forward:*

La cobertura sintética para el vendedor *forward* consiste en la compra de los títulos al inicio del contrato para su entrega al vencimiento. Para adquirir los títulos, el vendedor se procura un financiamiento del precio, y su utilidad en la operación estará determinada por la diferencia entre el precio de compra *forward* pactado y el precio spot al inicio menos el gasto financiero (i.e. los intereses). Al pactar la operación *forward*, el vendedor adquiere los títulos en el mercado *spot*, de manera que no tome el riesgo de precio de los títulos durante el plazo del *forward*. El precio para la venta *forward* es independiente a la volatilidad de los títulos valores y se determina con base a las siguientes variables: (i) el precio de mercado de los títulos en la fecha valor del contrato; (ii) la tasa de interés activa del mercado vigente en la fecha valor; y (iii) el plazo pactado para el *forward*.

Para el caso de *títulos valores de renta fija* o títulos valores de deuda, el precio *forward* para la venta se determina entonces como<sup>87</sup>:

---

87 El precio *forward* se fija bajo la asunción de no arbitraje, esto es, de acuerdo con el costo de acarreo efectivo del contrato para el intermediario, según es determinado en la fecha valor del contrato. Si el precio *forward* de venta pactado es mayor que el precio *forward* ( $F_0$ ) que resulta de la fórmula, entonces el intermediario habrá logrado una utilidad. La fórmula asume que la base del cupón y de las colocaciones es de un año de 360 días.

$$F_0 = \left[ S_0 + R_c \frac{q}{360} \right] \left[ 1 + R_{Mo} \frac{n}{360} \right] - R_c \frac{s}{360}$$

Para el caso de *títulos valores de renta variable* o acciones, el precio *forward* para la venta, se determina como:

$$F_0 = S_0 \left[ 1 + R_{Mo} \frac{n}{360} \right]$$

donde:

- $F_0$ : representa el precio de mercado de venta *forward* u *offer* del título valor cotizado en la fecha valor del contrato.
- $S_0$ : representa el precio de mercado de venta u *offer*, en el mercado de contado del título valor, cotizado en la fecha del contrato (precio *spot*).
- $R_c$ : representa la tasa de cupón (tasa de interés) vigente del título valor a la fecha valor del contrato *forward* de venta.
- $q$ : representa el número de días de intereses causados a la fecha valor del contrato *forward* de venta, igual al número de días (en la base de cálculo de la tasa de cupón) entre la última fecha de pago de cupón o fecha de emisión (si no ha habido pagos de intereses), y la fecha valor del contrato *forward* de venta.
- $R_{Mo}$ : representa la tasa de interés activa del mercado monetario o tasa de interés *offer*, que es la tasa a la que el intermediario profesional coloca o presta recursos monetarios, cotizada en la fecha valor del contrato.
- $D$ : representa los dividendos de los títulos valores que se hacen efectivos antes de la fecha de liquidación del contrato.
- $n$ : representa el plazo de la operación *forward*, esto es, el número de días que va desde la fecha valor del contrato hasta la fecha de liquidación.
- $s$ : representa el número de días de intereses causados a la fecha de liquidación del contrato *forward*, que es el número de días (en la base de cálculo de la tasa de cupón) entre la última fecha de pago de cupón del título valor o fecha de emisión del título (si no ha

habido pagos de intereses) y la fecha de liquidación del contrato *forward* de venta.

En caso que esté previsto un pago de intereses o de dividendos durante el plazo del *forward*, el cálculo del precio *forward* debe considerar el valor presente de esos pagos a la fecha valor del contrato. Para el cálculo del precio de venta *forward*, se debe restar el valor presente de los intereses o dividendos que se recibirán durante el plazo y que corresponden al vendedor.

*b. Intermediario como comprador forward:*

El intermediario profesional cuando compra títulos a plazo, se procura el precio al inicio del contrato y hace una colocación en el mercado monetario durante el plazo del *forward*. El monto del precio lo obtiene de la venta de títulos valores que toma en préstamo en la fecha valor del contrato, con el compromiso de devolver títulos similares al liquidarse el *forward*. Al liquidarse el *forward*, el intermediario recibe los títulos valores del vendedor a plazo y con ellos paga al prestamista o mutuante, de manera que no corre con el riesgo de precio de los títulos valores durante el plazo del contrato. La utilidad del intermediario en este caso está determinada por el rendimiento de la colocación de dinero menos el costo por el préstamo de títulos.

Asumiendo que no hay arbitraje, el precio de compra *forward* para *títulos valores de renta fija* o títulos valores de deuda, se determina conforme a la siguiente fórmula:<sup>88</sup>

$$F_b = \left[ S_b + R_c \frac{q}{360} \right] \left[ 1 + R_{mb} \frac{n}{360} \right] - R_c \frac{s}{360}$$

En el caso de *títulos valores de renta variable* o acciones, el precio *forward* de compra se determina como:

$$F_b = S_b \left[ 1 + (R_{mb} - R_{pt}) \frac{n}{360} \right]$$

88 i.e. si el precio de compra *forward* pactado es menor del que arroja la fórmula, el comprador tendrá una utilidad

donde:

- $F_b$ : representa el precio de compra *forward* o *bid* del título valor de deuda cotizada en la fecha valor del contrato.
- $S_b$ : representa el precio de mercado de compra o *bid*; en el mercado de contado (*spot*) del título valor de deuda, cotizada en la fecha valor del contrato *forward* de compra.
- $R_{Mb}$ : representa la tasa de interés de mercado monetario pasiva o *bid*, que es la tasa a la que los intermediarios del mercado profesional captan o toman recursos, cotizada en la fecha valor del contrato *forward* de compra.
- $R_{pt}$ : representa la tasa de interés del préstamo de títulos cotizada en la fecha valor del contrato. Si esta tasa se fija como una prima, debe expresarse como un porcentaje anualizado.

#### **IV. ASPECTOS FISCALES DE LAS OPERACIONES A PLAZO**

Se analizan las implicaciones fiscales para un banco universal o casa de bolsa domiciliada en el país, que celebre operaciones a plazo con títulos valores. Específicamente, el tratamiento impositivo de éstas operaciones a la luz de la Ley de Impuesto Sobre la Renta (“LISR”)<sup>89</sup>, el Decreto con Rango de Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado (“LIVA”)<sup>90</sup>, y la Ley de Impuesto a los Activos Empresariales (“LIAE”)<sup>91</sup>.

##### **1. Impuesto Sobre la Renta**

Como la mayoría de los sistemas fiscales, nuestra legislación no contempla un tratamiento específico para los contratos *forward* ni, en general, para los contratos derivados. Ello ha dado lugar a cierta incertidumbre a efectos de precisar el tratamiento impositivo para los contribuyentes que utilizan este tipo de contratos. Además, la aplicación de conceptos fiscales tradicionales a estas operaciones resulta a veces inconsistente y confuso. En ocasiones, estas inconsistencias resultan des-

---

89 Decreto No.307 del 12.09.99, G.O. No. 5390 Extra. del 29.10.99.

90 Decreto No. 126 del 05.05.99, G.O. No. 5.341 Extra. del 05.05.99.

91 Decreto No. 1266 del 26.12.93, G.O. 4654 Extra. del 01.12.93.

ventajosas para el contribuyente, mientras que otras veces favorecen situaciones de arbitraje en perjuicio del Fisco.

Por otra parte, el tratamiento contable de las operaciones *forward*, específicamente, el previsto en el Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores o en los principios contables promulgados por la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, no es necesariamente relevante para determinar el tratamiento impositivo de estas operaciones<sup>92</sup>.

*a. Verificación del hecho imponible - devengo vs. ganancia de capital*

El pacto de la operación a plazo no tiene ningún efecto desde el punto de vista fiscal. Al celebrarse el contrato, el vendedor adquiere el compromiso de entregar una cosa y el derecho a recibir el precio, mientras que el comprador adquiere el compromiso de pagar el precio y el derecho a recibir una cosa. En ese momento no se produce una transferencia de la propiedad sobre los títulos valores ni se paga el precio. Al liquidarse la operación, el vendedor del título valor reconoce una ganancia o pérdida de capital determinada por la diferencia entre el precio de venta y el costo de adquisición de los títulos valores, o costo ajustado, si se trata de títulos valores sujetos al sistema de reajuste por inflación<sup>93</sup>. Salvo que se trate de títulos exentos o sujetos a un impuesto proporcional, la ganancia será gravable o la pérdida deducible. El precio de mercado del título

---

92 Las normas de contabilidad deben tener en general relevancia a fines fiscales, para la medición de los resultados y la determinación del patrimonio de la actividad empresarial, en tanto sean conciliables con los respectivos principios y normas de la tributación (E. REIG, *Conflictos entre las Normas Impositivas y los Principios Contables*, en RDT No. 62, Caracas 1994, p. 7 ss.). Así, las normas sobre medición y reconocimiento de resultados, valoración, etc., que de estos contratos contemplan los principios contables, son relevantes y aplicables en materia fiscal en la medida que no sean contrarias a los principios consagrados por la ley tributaria.

93 Sería el caso de los llamados títulos valores "no monetarios" que cotizan en bolsa (LISR art. 135), y de los títulos de renta fija o de renta variable denominados en moneda extranjera (LISR art. 136). Los títulos de renta fija, como representativos de deudas de dinero, son activos monetarios que no se ajustan, ya que representan valores nominales en moneda nacional que al momento de liquidarse se hacen por el mismo valor histórico con los que están registrados (RLISR art. 98 para. 2).

valor a la fecha de liquidación es irrelevante a los efectos de determinar la pérdida o ganancia para el vendedor.

El ingreso sería disponible (o la pérdida aprovechable) para el vendedor, al momento que se liquida la operación. Es cuando se liquida la operación, momento que coincide con la especificación de los valores, que se hace efectivo el traspaso de la titularidad de los valores. De tratarse de una venta de cosas específicas, incluso sujeta a plazo (pago y entrega diferida), la operación se consideraría realizada, y el pago disponible, al acordarse la venta (CCV arts. 1161 y 1549). Como ya señalamos, en la operación a plazo la venta no es perfecta sino cuando se liquida, a diferencia de la venta ordinaria, que se perfecciona con el solo consentimiento. En la venta mobiliaria, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, el ingreso es disponible para el vendedor desde que se realiza la operación, que en las ventas bursátiles a plazo, sería cuando se liquida la operación, no cuando se pacta<sup>94</sup>. El hecho imponible de la venta mobiliaria se considera ocurrido cuando la venta se reputa perfecta (como venta, no como negocio obligacional) de acuerdo con el derecho común (Código Orgánico Tributario [COT] art. 36 ord. 2)<sup>95</sup>.

Por su parte, el comprador no tiene un ingreso gravable ni incurre en una pérdida, por efecto de la liquidación de la operación. Esto, independientemente del precio de mercado del título valor al inicio o al vencimiento del contrato. Puede ser que el comprador adquiera los títulos valores por un precio inferior o superior a su precio de mercado, pero

---

94 LISR art. 5: “Los enriquecimientos provenientes de la cesión del uso o goce de bienes, muebles o inmuebles, incluidos los derivados de las regalías y demás participaciones análogas y los dividendos, los producidos por el trabajo bajo relación de dependencia o por el libre ejercicio de profesiones no mercantiles, la enajenación de bienes inmuebles y las ganancias fortuitas, se considerarán disponibles en el momento que son pagados. *Los enriquecimientos que no estén comprendidos en la enumeración anterior, se considerarán disponibles desde que se realicen las operaciones que los producen*, salvo en las cesiones de crédito y operaciones de descuento, cuyo producto sea recuperable en varias anualidades, casos en los cuales se considerará disponible para el cesionario el beneficio que proporcionalmente corresponda...”. (subrayado nuestro).

95 COT art. 36 ord. 2: “Se considera ocurrido el hecho imponible y existentes sus resultados [e]n las situaciones jurídicas, desde el momento en que estén definitivamente constituidas de conformidad con el derecho aplicable.”



no será sino cuando disponga de esos valores en un momento posterior, que tendrá una pérdida o una ganancia de capital<sup>96</sup>. La plusvalía o pérdida acumulada en los títulos valores no es gravable ni deducible, sino cuando se dispone de los títulos valores<sup>97</sup>.

El reconocimiento de la utilidad a efectos fiscales en las operaciones a plazo, es independiente del tratamiento contable. De hecho, la temporalidad del hecho imponible en las operaciones a plazo, no necesariamente coincide con el reconocimiento contable de las ganancias o pérdidas. Contablemente se establecen los siguientes supuestos:

- (i) Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (DPC): La Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, únicamente se ha pronunciado acerca del reconocimiento de los resultados para los contratos *forward* con divisas. Para estas operaciones, las ganancias o pérdidas del contrato se deben reconocer al cierre de cada ejercicio durante la vigencia del contrato (DPC No. 12 § 13)<sup>98</sup>.

---

96 La Ley de Impuesto Sobre la Renta grava los enriquecimientos “netos y disponibles” (LISR art. 1), no los incrementos de valor de los bienes de un contribuyente. Tales incrementos de valor, aunque representan verdaderos enriquecimientos, no son enriquecimientos disponibles, pues no se encuentran ni jurídica ni económicamente a la disposición del contribuyente. Esas plusvalías no serán gravables hasta tanto se produzca el pago, o hasta que se realice una operación que las haga disponibles, es decir, que las separe del bien que la produjo, convirtiéndolas en un valor de cambio.

El hecho de que el precio de mercado sea mayor que el precio *forward* no configura una donación en beneficio del comprador (Ley de Impuesto sobre Sucesiones Donaciones y Demás Ramos Conexos art. 70), porque no se trata de una liberalidad.

97 La operación a plazo podría ser utilizada en estos casos como mecanismo para aprovechar una pérdida acumulada sin disponer de manera definitiva de los valores. El titular puede vender los valores en el mercado *spot* antes del cierre de su ejercicio realizando una pérdida aprovechable, y a su vez puede pactar una recompra *forward* para cerrar su posición en el ejercicio siguiente. Este tipo de operación, que es una modalidad de operación *straddle*, ha sido objeto de regulación en otras jurisdicciones (e.g. Código Fiscal de los Estados Unidos de América [IRC] § 1092).

98 DPC No. 12 §13: “Cuando se celebra un contrato de cambio a futuro, para establecer los importes en moneda nacional cuya disponibilidad se requiere en las fechas de liquidación de las operaciones, la diferencia entre el tipo de cambio a futuro y el tipo *spot* a la iniciación del contrato debe reconocerse en los resultados de cada ejercicio durante la vigencia del contrato.”

Es decir, aplica para éstos contratos el principio general del devengo, a efectos contables. Este mismo será el resultado desde el punto de vista fiscal, si se considera que el registro de los contratos a plazo en divisas se hace en cuentas de balance sujetas a ajuste por inflación, lo cual no necesariamente es verdad<sup>99</sup>.

- (ii) Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores<sup>100</sup>:

Para las entidades sometidas al control de la Comisión Nacional de Valores<sup>101</sup>, el tratamiento difiere según se trate de contratos *forward* “de cobertura” (*hedge*) o contratos *forward* “especulativos”. Los

---

99 Ver *infra*, Sección IV.1.e.

100 El MCCNV constituye el único pronunciamiento de tipo contable detallado sobre las operaciones a plazo o *forward* de títulos valores, que además es de contenido normativo. A diferencia de las declaraciones sobre principios de contabilidad y las publicaciones técnicas de la Federación Venezolana de Contadores Públicos de Venezuela, las normas contables adoptadas por la Comisión Nacional de Valores, por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y por la Superintendencia de Seguros, tienen contenido normativo y son de obligatorio cumplimiento, pues tienen fundamento en una competencia normativa atribuida por la ley al órgano supervisor. Respectivamente, por los arts. 8 y 119 de la LMC, el art. 97 de la LGB y art. 124 de la Ley de Seguros y Reaseguros. Para las personas no regidas por estas leyes, las declaraciones sobre principios contables y otros dictámenes técnicos sólo constituyen recomendaciones cuya autoridad no deriva de una potestad normativa, sino del respeto que implica la interpretación técnica de las autoridades máximas del gremio contable sobre las materias objeto de tales declaraciones. (véase H. ROMERO MUCI, *Aspectos jurídicos de los principios de contabilidad sobre presentación de estados financieros ajustados por exposición a la inflación (DPC No. 10) y la publicación técnica sobre reestructuración del patrimonio (PT-19)*, en RDM No. 22-23, Caracas 1997, p. 60).

101 No son todas las entidades sometidas al control de la CNV, sino específicamente a: (i) las sociedades de corretaje, (ii) las sociedades administradoras de entidades de inversión colectiva, (iii) los fondos mutuales de inversión de capital abierto y (iv) las compañías inversoras (CNV Res. No. 100-2000 del 03.05.00, G.O. No. 36951 del 16.05.00). No están sujetos al régimen del MCCNV, por ejemplo, los emisores, los corredores públicos de títulos valores (personas naturales), los asesores de inversión, las sociedades de corretaje y casas de bolsa de productos agrícolas, los fondos mutuales de inversión de capital cerrado, ni las entidades de inversión colectiva inmobiliarias. Las *Normas para la elaboración de los estados financieros de las entidades sometidas al control de la Comisión Nacional de Valores* (CNV Res. 76097 del 25.03.97 – G.O. No. 36217 del 30.05.97), continúan vigentes y son aplicables a los emisores.

contratos de cobertura, esto es, aquellos que el contratante destina a cubrir un activo, un pasivo o un compromiso firme, la ganancia o pérdida se reconoce al momento de la liquidación del contrato. Por su parte, en los contratos *forward* especulativos (todos los demás), las ganancias o pérdidas se reconocen en resultados a medida que se produzcan, sin esperar a la liquidación del contrato (MCCNV § 3.0210, p. 42 ss.)<sup>102</sup>.

*b. Deducibilidad de las pérdidas en los contratos forward*

La pérdida por parte del vendedor a plazo se produce al momento que se liquida la operación, y está determinada por la diferencia entre el precio de adquisición o precio ajustado, y el precio *forward*. El comprador a plazo, si incurre en una pérdida, sería al momento de vender los títulos que adquirió a plazo, en un momento posterior a la liquidación del contrato *forward*. Estas pérdidas serían deducibles, tanto para el vendedor como para el comprador, si constituyen gastos normales y necesarios, incurridos con el objeto de producir enriquecimientos (LISR art. 27 enc.).

---

102 El principio contable es el siguiente: “Un cambio en el valor de mercado de un contrato de futuros, se debe tomar como una ganancia o pérdida obtenida en el período en el que se produce el cambio, a no ser que el contrato reúna las condiciones requeridas para servir de cobertura frente a la exposición de determinados riesgos en los precios o tipos de interés.” (J. WILLIAMS, *Guía Miller de PCGA 1998-1999*, Orlando 1999, §18.03).

Para que un contrato *forward* pueda ser designado como de cobertura, debe cumplir con los siguientes criterios: (1) deben ser designados como contratos de cobertura desde el momento de su negociación; (2) deben reducir la exposición al riesgo de cambios en los precios o en los tipos de interés; (3) los cambios en el valor de mercado de los contratos de derivados *-forward* o futuros- deben mantener una alta correlación con los cambios en el valor de mercado de los ítem cubiertos. (MCCNV §3.0210, p. 43).

A diferencia del MCCNV, el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo adoptado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (“MCBIF”), únicamente prevé el registro de las operaciones *forward* en cuentas contingentes (MCBIF§617), y no establece, a diferencia del MCCNV, una metodología de valoración y reconocimiento de resultados. En general, el MCCNV adoptó una contabilidad de ajustes a valor mercado (principio *mark to market*), vista la mayor exposición al riesgo de precio en los mercados de capitales, y la contabilidad de las operaciones *forward* es un reflejo de ello. Este principio no necesariamente es extensible al sector bancario.

En este sentido, podrían plantearse dudas respecto de la deducibilidad de estas pérdidas para aquellos contribuyentes que hayan celebrado estas operaciones con fines puramente especulativos, posiblemente extrañas a su objeto social<sup>103</sup>. Estos gastos podrían considerarse como no normales para un contribuyente cuya actividad económica no sea especulativa propiamente.

*c. Impuesto proporcional y retención por la transferencia de los títulos valores*

Si la venta es de acciones que cotizan, siempre que el traspaso se haya efectuado a través de una bolsa de valores nacional, los ingresos están gravados con un impuesto proporcional del 1% (LISR art. 77). Además, las pérdidas que se produzcan por la enajenación de éstos títulos no son deducibles (LISR art. 77)<sup>104</sup>.

---

103 Es indudable que las pérdidas sí serían deducibles en caso que el contribuyente estaba cubriendo algún riesgo (*hedge*) o era un intermediario profesional en el mercado *forward*.

La “normalidad” y “necesidad” del gasto, son conceptos jurídicos indeterminados, cuya procedencia habría que determinar caso por caso. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia) ha expresado lo siguiente: “En cuanto a la normalidad del gasto, considera esta Sala que un gasto es normal, cuando dentro de una sana administración de los recursos económicos de un contribuyente y con miras a la producción de su renta, no resulta excesivo ni tiende a disminuir injustificadamente la base imponible, es decir, que en su cuantía no represente desproporcionados porcentajes en relación al monto de los ingresos obtenidos. La normalidad de un gasto, por ser un concepto relativo, debe determinarse con fundamento al análisis de cada caso concreto, vinculándolo con sus semejantes a fin de verificar si el caso concreto está dentro de esa medida promedio de normalidad.” (*Fisco Nacional v. Corporación Venezolana de Petróleo*, CSJ-SPA Sent. No. 7318 del 30.04.97).

104 La pérdida generada por la enajenación de títulos que cotizan en Bolsa no es aprovechable, independientemente de que la operación se haya completado fuera de Bolsa (Doctrina del Seniat, No. GJT-200-1381 de fecha 13.06.95).

Solamente si se cumplen las condiciones previstas en el art. 33 de la LISR se podrán aprovechar las pérdidas sufridas en la venta de acciones que cotizan en Bolsa, es decir: (a) que el costo de adquisición no haya sido superior al precio de cotización en la Bolsa de Valores; (b) que el enajenante haya sido titular de las acciones por un lapso consecutivo no menor de dos años; y (c) que el enajenante demuestre a la Administración Tributaria que las empresas de cuyas acciones se trate efectuaron una actividad económica con capacidad razonable durante los dos últimos ejercicios. Esta disposición comprende de forma expresa a las acciones que cotizan en Bolsa

El Reglamento de la Ley de Impuesto Sobre la Renta en Materia de Retenciones (“RIR”)<sup>105</sup>, establece las siguientes tarifas de retención aplicables a las ventas de acciones fuera de bolsa: 5% si el beneficiario es persona jurídica, 3% si es persona natural residente, y 34% si es persona natural no residente (RIR art. 9 ord. 21)<sup>106</sup>. Si el vendedor es residente de un país con el cual Venezuela haya suscrito un convenio para evitar la doble tributación, la operación no estará sujeta a impuesto ni retención<sup>107</sup>. Lo retenido constituye un crédito fiscal para el vendedor (COT art. 45).

Por su parte, la transferencia de títulos de deuda no está sujeta a impuesto especial o retención, independientemente que se haga a en bolsa de valores o en el mercado extrabursátil (OTC).

*d. Tratamiento fiscal de los frutos producidos por los títulos valores*

Si la venta tiene por objeto títulos de renta fija, los intereses devengados hasta la fecha de liquidación, pagados o no, corresponden al vendedor (LISR art. 5 para. 1)<sup>108</sup>. Por lo general, en las compraventas de títulos valores, el comprador paga al vendedor una cantidad que incluye, además del precio, lo correspondiente a los intereses devengados por el título hasta la fecha efectiva de la venta (fecha en que se transfiere la propiedad de los títulos valores). Se trata de intereses corridos en beneficio

---

de Valores, en aparente contradicción a lo dispuesto en el art. 77 de la LISR – de hecho, la reforma propuesta en 1998 pretendió corregir este error. Para conciliar ambas disposiciones, no podemos sino considerar al art. 33 como una excepción al art. 77.

105 Decreto No. 1808 del 27.04.97 (G.O. No. 36203 del 12.05.97).

106 El RIR, de manera incomprensible, previó en este caso una retención para pagos que no constituyen gastos propiamente dichos, sino que son costo de adquisición. Cuando se trata de acciones que cotizan en bolsa en cambio, el impuesto se aplica sobre el “ingreso bruto” (LISR art. 77), es decir, sobre el monto total de la operación.

107 En efecto, los tratados para evitar la doble tributación suscritos por Venezuela, establecen que estos ingresos están sujetos a impuesto en el país de la residencia del vendedor (art. 13 en todos los convenios), salvo que sean atribuibles a un establecimiento permanente en el país.

108 LISR art. 5 para. 1: “Los enriquecimientos provenientes de créditos concedidos por [personas jurídicas] se consideran disponibles sobre la base de los ingresos devengados en el ejercicio gravable.” Los intereses, como frutos civiles, se reputan adquiridos día po día (CCV art. 552).

del vendedor, pero como el emisor no procederá a su pago sino en una fecha posterior, en la cual los títulos estarán en poder del comprador, el comprador lo que hace es reembolsar anticipadamente éstos intereses al vendedor<sup>109</sup>.

En el caso de títulos de renta variable, en principio, serán del vendedor los dividendos cuya fecha efectiva establecida en el decreto de dividendos sea anterior a la fecha de liquidación. Si se aplica el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas, corresponden al comprador todos los dividendos decretados después de la fecha del contrato, e incluso los decretados antes de la fecha del contrato, pero que no puedan cobrarse sino en una fecha posterior (RBVC art. 84). Como señalamos, esta disposición no es consistente con la propiedad de los títulos en la operación a plazo.

Si las partes acuerdan que los frutos pertenecen al comprador desde que se pacta la operación, como en efecto lo hace el Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas, entonces los intereses y dividendos serán ingresos del comprador, no del vendedor. En dicho caso, el comprador deberá reconocer los intereses devengados y los dividendos decretados y pagados desde el día que se celebró la operación, y no a partir de la liquidación. Si el emisor efectúa un pago al vendedor antes de la liquidación de la operación, el vendedor debe reembolsar los pagos recibidos al comprador. El vendedor recibiría estos pagos en nombre propio (porque frente al emisor figura como propietario del título) pero por cuenta del comprador. Si el vendedor no tiene los títulos en su poder cuando el emisor hace el pago (i.e. porque vendió al descubierto), entonces deberá pagar al comprador una suma equivalente a la que habría recibido del emisor. Se presenta en estos casos la duda acerca del tratamiento impositivo que tienen esos reembolsos para el comprador, pues habría que determinar si con motivo de los reembolsos que hace el

---

109 Se trata de una costumbre mercantil entre corredores e intermediarios de títulos valores. Normalmente se negocia un precio, que es el precio de mercado y que se fija como un descuento o una prima del valor facial del título. Además, de acuerdo con la fecha de liquidación y el cupón del título, se calculan los intereses devengados o intereses caídos hasta la fecha valor, los cuales el comprador debe cancelar al vendedor, conjuntamente con el precio. El monto efectivo que cancela el comprador es la sumatoria del precio (producto del valor nominal de los títulos vendidos y el descuento o prima), y los intereses devengados.

vendedor, el comprador a plazo se aprovecha del tratamiento impositivo de los pagos del emisor de los títulos valores. Así por ejemplo, si lo que paga el emisor son dividendos, ese monto se excluye a los efectos de determinar la renta gravable del beneficiario (LISR art. 79)<sup>110</sup>, y, si el beneficiario es persona jurídica, se excluyen además a los efectos de determinar el dividendo gravable a ser pagado por dicha persona jurídica (LISR art. 69)<sup>111</sup>. Si son intereses, éstos pueden no estar sujetos a impuesto sobre la renta, como es el caso de los intereses pagados por los títulos de deuda pública (LISR art. 14 ord. 13)<sup>112</sup>.

Si el vendedor no tiene los títulos en su poder y se considera trasladable al comprador a plazo el tratamiento impositivo de los pagos del emisor, entonces habrían dos personas recibiendo el mismo beneficio bajo un mismo título valor. Por una parte, estaría el verdadero propietario de los títulos a quien el emisor efectúa directamente el pago, y además, estaría el comprador a plazo que recibe un reembolso o pago equivalente por esos mismos pagos que el vendedor nunca recibió pero que estaba obligado a hacer en virtud del contrato a plazo. No creemos que pueda plantearse una solución para el caso que el vendedor a plazo tenga los títulos en su poder (i.e. el vendedor recibe los pagos “por cuenta de” el comprador), y otra solución distinta para el caso que no los tenga. Para el comprador sería imposible determinar cuándo el vendedor actuó al descubierto y cuándo no, además de que tratándose los títulos valores de cosas fungibles, no sería posible tampoco determinar cuáles pagos hechos por el emisor corresponden a cuáles títulos (caso que el vendedor tenga en su inventario de títulos otros títulos similares). Pensamos que, para todos los casos, los reembolsos que haga el vendedor al comprador por pagos hechos por el emisor antes de la entrega de los títulos,

---

110 LISR art. 79: “Los ingresos brutos percibidos por [concepto de dividendos] se considerarán como enriquecimientos netos y se excluirán a los fines de la determinación de la renta global neta gravable conforme a los otros títulos de esta ley.”

111 LISR art. 69: “El excedente de renta neta a considerar a los fines de la determinación del dividendo gravable, será aquel que resulte de restarle a ésta, la renta neta fiscal gravada y la renta derivada de los dividendos recibidos en otras empresas.”

112 LISR art. 14 ord. 13: “Están exentos de impuesto [los enriquecimientos provenientes de los bonos de deuda pública nacional y cualquier otra modalidad de título valor emitido por la República.”

constituyen para el comprador ingresos ordinarios, independientemente del tratamiento fiscal de los pagos hechos por el emisor<sup>113</sup>.

*e. Ajuste por inflación*

Al pactarse la operación a plazo, no se generan para ninguna de las partes activos o pasivos que estén sujetos al sistema de ajuste por inflación. Esto, independientemente que el pago deba efectuarse en moneda extranjera o que los títulos valores estén sujetos a ajuste.

De acuerdo a la contabilidad que rige para ciertas entidades sometidas al control de la Comisión Nacional de Valores y para los bancos y otras instituciones financieras sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, una vez celebrado el pacto entre comprador y vendedor, se registran cuentas contingentes<sup>114</sup>. En consecuencia, los compromisos y acreencias que se originan al celebrarse la operación, no constituyen partidas sujetas a reajuste al final del ejercicio (LISR art. 120)<sup>115</sup>.

Para las personas no regidas por la Ley de Mercado de Capitales ni la Ley de Bancos y Otros Institutos de Crédito, en principio, serían aplicables las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) emitidas como definitivas por el Comité Internacional de Principios de Contabilidad (*International Accounting Standards Committee – IASC*), toda vez que la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela no ha emitido ningún pronunciamiento al respecto (DPC No. 0 § 48)<sup>116</sup>. Así las

---

113 Estos pagos no están sujetos a retención dado que no existe el supuesto bajo el Reglamento de Retenciones de la LISR.

114 El MCCNV establece que el registro de los compromisos derivados de contratos *forward* se realiza en cuentas contingentes (MCCNV § 3.0210). Igualmente, el MCBIF considera los contratos *forward* como operaciones contingentes (Cap. II § 617.00).

115 LISR art. 120 para. 2: “*Se consideran como activos y pasivos no monetarios, aquellas partidas del Balance General* histórico del contribuyente que por su naturaleza o características son susceptibles de protegerse de la inflación, tales como activos fijos, terrenos, construcciones, inversiones y los créditos y deudas reajustables o en moneda extranjera, y en tal virtud, generalmente representan valores reales superiores a los históricos con los que aparecen en los libros de contabilidad.” (subrayado nuestro).

116 DPC No. 0 § 48: “Si algún aspecto no es tratado por [los Principios de Contabilidad de Aceptación General publicados por la Federación de Colegios de Contadores



cosas, éstas personas deberían, por lo menos desde el punto de vista contable, reconocer en partidas del balance los compromisos y derechos derivados de la operación *forward* a partir de la fecha de transacción (NIC No. 39 § 16)<sup>117</sup>. Desde el punto de vista fiscal, aplicando la misma contabilidad, si la operación a plazo o contrato *forward* se refiere a activos en moneda extranjera o activos considerados como no monetarios a efectos fiscales, y el contribuyente está sujeto al sistema de ajuste por inflación fiscal (LISR art. 120)<sup>118</sup>, las partidas del balance resultantes deberían estar sujetas al sistema de ajuste<sup>119</sup>. De acuerdo con este criterio, estarían sujetos a reajuste, los compromisos o acreencias en moneda extranjera, sobre títulos valores denominados en moneda extranjera, o sobre títulos valores “no monetarios” (LISR arts. 135 y 136).

Advertimos sin embargo, que las declaraciones sobre principios de contabilidad de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, no tienen carácter normativo ni son de uso obligatorio, sino simplemente constituyen recomendaciones al gremio de contadores públicos<sup>120</sup>. Además que la contabilidad ordinaria debe ser desechada si la misma no es consistente con los principios de la ley tributaria<sup>121</sup>. Nada impide entonces, también en aras a la uniformidad, a que los derechos y compromisos derivados éstos instrumentos sean registrados en cuentas contingentes, incluso por personas no sujetas al régimen de contabilidad de la Comisión Nacional de Valores o de la Superintendencia de Bancos. Este tratamiento además sería consistente con el régimen de contingencias

---

Públicos de Venezuela], en segundo lugar y de manera supletoria, los Contadores Públicos Venezolanos deberán guiarse por las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) emitidas como definitivas por el Comité Internacional de Principios de Contabilidad (*International Accounting Standards Committee – IASC*).”

117 NIC 39 § 16: “[T]odos los activos financieros y todos los pasivos financieros deben ser objeto de reconocimiento en el balance de situación general, incluyendo los instrumentos derivados.”

118 Serían los contribuyentes que realicen “actividades comerciales, industriales, bancarias, financieras, de seguros, reaseguros, explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad...” (LISR art. 120).

119 Estarían exceptuados del sistema de ajuste, los compromisos o acreencias que tuvieran por objeto títulos exentos o sujetos a impuestos proporcionales.

120 H. ROMERO MUCL, *op. cit.*, p. 61.

121 Ver *supra*, nota No. 92.

previsto en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Venezuela (DPC No. 8 § 1)<sup>122</sup>. Los contratos a plazo sobre títulos valores, efectivamente involucran una incertidumbre sobre la ganancia o pérdida (que correctamente recoge el principio contable), representada por el diferencial de precios que se producirá en la fecha de liquidación entre el precio de mercado de los valores y el precio pactado. De hecho, ante el incumplimiento de una de las partes, la otra puede, según el caso, vender los títulos y reclamar la diferencia, o comprar los títulos de un tercero y reclamar los daños (CCO arts. 141 y 142)<sup>123</sup>, lo que en definitiva se traduce en una contingencia por la diferencia entre el precio corriente y el pactado.

*f. Cobertura sintética de los contratos forward*<sup>124</sup>

Para cubrir su posición, el arbitrador que actúa como *vendedor forward* se procura un financiamiento del precio y compra los títulos valores en el mercado spot en la fecha valor del contrato. Los intereses pagados por el fondeo constituyen un gasto normal y necesario que puede ser deducido (LISR 27.2)<sup>125</sup>.

---

122 Independientemente que el contrato sea celebrado por un intermediario sujeto a la contabilidad de Sudeban o la CNV, podrían considerarse los contratos *forward* como operaciones contingentes, toda vez que “involucran incertidumbre sobre una posible ganancia (contingencia de ganancia) o pérdida (contingencia de pérdida) para una empresa, que se resolverá cuando uno o más hechos futuros se produzcan o dejen de producirse. La resolución de la incertidumbre puede confirmar la adquisición de un activo o la reducción de un pasivo, o la pérdida o deterioro de un activo o la creación de un pasivo.” (DPC No. 8 § 1).

123 Ver *supra*, Sección II.6.c.

124 Ver *supra*, Sección III.3.

125 LISR art. 27 ord. 2: “Para obtener el enriquecimiento neto global se harán de la renta bruta las deducciones que se expresan a continuación, las cuales, salvo disposición en contrario, deberán corresponder a egresos causados no imputables al costo, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir el enriquecimiento: [l]os intereses de capitales tomados en préstamo e invertidos en la producción de la renta.”

En virtud de esta disposición, solamente puede deducirse el gasto por intereses si es incurrido en el país y si es imputable a un ingreso también territorial y gravable. En este sentido, si la operación tenía por objeto títulos no sujetos a impuesto sobre la renta, no será posible la deducción (e.g. acciones que cotizan en bolsa, títulos de deuda pública).

Los intereses son deducibles en la medida que son devengados (LISR art. 32)<sup>126</sup>, es decir, el contribuyente puede deducir los intereses devengados hasta el cierre de ejercicio, independientemente de su pago. Es posible entonces, que el vendedor aproveche la deducción por los intereses en un ejercicio y difiera la utilidad para otro ejercicio, en caso que la operación *forward* tenga vencimiento en un ejercicio posterior.

Si el intermediario o arbitrador *comprador forward*, toma los títulos valores en mutuo y los vende en la fecha valor del contrato. Con el producto de la venta hace una colocación hasta el vencimiento del *forward*, momento que paga el precio y recibe los títulos del vendedor, para luego transferirlos al prestamista. Incurre entonces en un gasto por el préstamo de títulos valores, que es deducible en la medida que es devengado, pues constituye un interés. Además recibe un rendimiento por la colocación, que es igualmente gravable en la medida que se devengan los intereses, salvo que la colocación haya sido en instrumentos exentos. La toma los títulos valores en mutuo y su venta inmediata, no produce para el comprador ganancia o pérdida, puesto que la venta se hace al costo de adquisición. En efecto, el comprador toma los títulos en préstamo a cargo de una obligación de devolver los mismos títulos o su valor (i.e. el valor de mercado de la obligación al inicio es igual al precio de venta, si la venta se hace a valor de mercado).

En caso que la operación tenga por objeto *títulos no sujetos a impuesto* (e.g. títulos de deuda pública) o sujetos a impuesto proporcional (e.g. acciones que cotizan en la Bolsa de Valores de Caracas), los gastos incurridos por el intermediario en la cobertura sintética no pueden ser deducidos dado que no pueden ser imputados a la producción de enriquecimientos gravables (LISR art. 27). Sin embargo, los ingresos que obtenga el intermediario en estas operaciones de cobertura sí serán gravables (e.g. la colocación en el mercado monetario que hace el comprador *forward*), salvo que deriven de instrumentos exentos.

Si la operación a plazo tiene por objeto *títulos valores extranjeros*, para que el intermediario pueda deducir los gastos que supone la

---

126 LISR art. 32: “[L]as deducciones autorizadas en este Capítulo deberán corresponder a egresos causados durante el año gravable, cuando correspondan a ingresos disponibles para la oportunidad en que la operación se realice...”

cobertura, los mismos deben ser incurridos igualmente en el extranjero. Esto, en virtud de que la Ley de Impuesto Sobre la Renta establece un deslinde a efectos de determinar la renta de fuente territorial y la renta de fuente extranjera. Solamente pueden deducirse de los ingresos de fuente extranjera, los gastos incurridos en el exterior (LISR art. 27 para. 16)<sup>127</sup>.

En este sentido, el comprador *forward* de títulos extranjeros puede deducir el gasto de financiamiento, si éste es producto de un fondeo contratado también en fuera del país. Igualmente, para títulos nacionales, el financiamiento debe procurarse localmente.

## **2. Impuesto al Valor Agregado**

El impuesto al valor agregado grava la enajenación de bienes muebles, la prestación de servicios y la importación definitiva de bienes y la importación de servicios (LIVA art. 1). No obstante, la venta de títulos valores no está sujeta al pago de este impuesto (LIVA art. 16.2).

## **3. Impuesto a los Activos Empresariales**

El impuesto a los activos empresariales se calcula según el valor promedio de los activos existentes al inicio y cierre del ejercicio, siempre que dentro del ejercicio fiscal estén destinados a la producción de enriquecimientos derivados de actividades comerciales, industriales, de minas hidrocarburos y actividades conexas (LIAE arts. 1 y 4). Si el prestamista es una institución financiera, se excluye de la base de cálculo del impuesto los activos representativos de activos monetarios, hasta la concurrencia del monto de depósitos o captaciones de los clientes para

---

127 LISR art. 27 para. 16: “Para obtener el enriquecimiento neto de fuente extranjera, sólo se admitirán los gastos incurridos en el extranjero cuando sean normales y necesarios para la operación del contribuyente que tribute por sus rentas mundiales, atendiendo a factores tales como la relación que exista entre las ventas, servicios, gastos o los ingresos brutos y el desembolso de que se trate de igual o similar naturaleza, de contribuyentes que desarrollen en Venezuela la misma actividad o una semejante...”.

las respectivas fechas de inicio y cierre del ejercicio - el excedente sí formará parte de materia gravable (LIAE art. 7.a)<sup>128</sup>.

La base imponible de este impuesto son los bienes y derechos de los cuales es titular el contribuyente, no incluyéndose las meras contingencias. Caso de registrarse los derechos derivados de estas operaciones en cuentas de balance, sí se tomarían en cuenta para la base de cálculo del impuesto.

---

128 En criterio del Seniat, las casas de bolsa y sociedades de corretaje regidas por la Ley de Mercado de Capitales son también instituciones financieras, por lo tanto también estarían amparadas por esta disposición (Consulta No. 2920-96 del 21.02.97). No obstante, la disposición reduce la base de cálculo en la medida que exceda a los "montos en dinero depositado o captado por o de los clientes" de la institución financiera, lo cual no parece ser aplicable en el caso de sociedades de corretaje.

## La Casación de oficio

Héctor Grisanti Luciani

Mientras los hombres que dan forma al Derecho no sientan el soplo renovador de las modernas corrientes científicas que vivifican y dan nuevo sentido a las concepciones del mundo y de la vida, los surcos de la vieja cultura se mostrarán estériles e inhospitalarios para acoger con energía creadora la simiente de las nuevas doctrinas. El tránsito de las formas caducas a otras robustas e insospechadas encuentra siempre la resistencia de la tradición, de los hábitos y de las ideas recibidas de nuestros antecesores.

*Luis Loreto*

Entre las instituciones acogidas e inmersas en el vigente Código de Procedimiento Civil hay que resaltar, singularmente, la institución denominada tanto doctrinal como jurisprudencialmente *casacion de oficio*. La Exposición de Motivos explicativa del susodicho Código acerca de la novedosa institución, dice lo que sigue:

Se ha otorgado también, expresamente, el poder de declarar de oficio la aplicación de la Ley, aún de normas no alegadas por los interesados, por considerar que es de interés nacional y orden público el mantenimiento del orden jurídico por parte del Estado. Inspirado igualmente en el mismo fundamento, el Proyecto contempla la declaración oficiosa de las infracciones del orden constitucional y los principios de orden público, porque ambos sustentan la base del Estado y ellos deben ser inalterables.

Sustentado sobre esas bases principistas, el proyecto estructuró el antepenúltimo aparte del artículo 320 contentivo de la *Casación de oficio*, en estos precisos términos: "Podrá también la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso declarando con lugar las infracciones de orden público y constitucionales, aunque no se las haya denunciado".

Finalmente, el nuevo Código Procesal contempla en el artículo 320, su antepenúltimo aparte, así: "Podrá también la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado". Obsérvese que el Proyecto se refiere, en este aspecto, a "infracciones de orden constitucional y los principios de orden público"; en tanto que la redacción final, en el aludido dispositivo normativo, el Legislador se expresó así: "infracciones de orden público y constitucionales". Igualmente, es menester observar que sólo la exposición de motivos emplea la expresión *declaración oficiosa*; pero, ni en el artículo del Proyecto, ni en el texto aprobado por las Cámaras Legislativas, se emplean las palabras oficiosa, oficio u otra semejante.

En primer término, la norma en comento otorga una facultad privativa a la Corte y no a ningún otro Tribunal, para proceder oficiosamente, ex officio, es decir, sin que ninguno de los contendientes alegue infracciones de la naturaleza mencionada; lo que no quiere decir que la Corte tenga que actuar en esa forma obligatoriamente, a pedido de parte, sino sólo cuando ella así lo decida, pues la disposición comienza con la frase: "Podrá también la Corte ...", lo que significa o evidencia, que la "autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" (Art. 23 del Código de Procedimiento Civil); vale decir, que, si en su pensamiento, la Sala de Casación Civil considera que existen las infracciones especificadas antes señaladas, ella puede casar de oficio la sentencia proferida. En tratándose de posibles infracciones de la naturaleza susodicha, y dada la facultad otorgádole, el Máximo Tribunal podría actuar en forma positiva, o absteniéndose de decidir de esa manera, lo que no parece que teleológicamente alcance el fin al que parece aspira la ley, dada la formulación facultativa en que está expresada la normativa por el Legislador. En estos términos, acaso hubiera sido más cónsono con la

finalidad perseguida, el haberle impuesto a la Corte la obligación de casar el fallo en forma taxativa, y no de manera facultativa como la norma está expresada. Ante la advertencia hecha por la Corte de infracciones como las contempladas, debería la Ley ordenar casar el fallo en una manera terminante. No se persigue, así, resguardar las normas de orden público y constitucionales, si el mandato de la ley es una facultad o poder.

Así, pues, la Corte, dentro de la facultad que el artículo le otorga, puede, *ex officio*, casar el fallo de la recurrida sobre la base de las infracciones de orden público y constitucionales que ella encuentre, aunque no se las hayan denunciado. De modo que esas infracciones pueden darse tanto en el campo procesal como en el sustantivo, que ella, en su criterio, catalogue como de orden público y constitucionales.

El primer análisis que surge, dados los términos en que está redactada la norma, es determinar, conceptualmente, qué debería entenderse por "infracciones de orden público y constitucionales". Si aplicamos la disposición rectora de interpretación de la ley contenida en el artículo 49 del Código Civil, al ordenar éste que el Juez, en la interpretación de la ley, debe "atribuirle el sentido que aparece del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del Legislador"; es necesario, por consiguiente, precisar si la Ley quiso emplear dos conceptos jurídicos distintos o similares. La conjunción copulativa "y", indica "unión de palabras o cláusulas en concepto afirmativo". A primera vista, parece que se tratara de dos conceptos: normas de orden público y normas constitucionales.

¿Qué se entiende por orden público? En una definición que da un antiguo jurista venezolano, éste asienta:

El orden público es el conjunto de instituciones indispensables a la subsistencia y funcionamiento regular del Estado, a fin de que pueda realizar la felicidad de los asociados y promover el progreso de la Sociedad. En el Derecho Público invisten tal carácter las leyes constitucionales ... y el Derecho Penal ... En el Derecho Privado es tarea ardua la exacta determinación de las instituciones de orden público. Tienen este carácter, sin duda alguna, las leyes procesales. Ellas distribuyen entre los diferentes Magistrados del orden judicial las materias de que deben conocer, y establecen las reglas que han de seguirse para la sustanciación de los procesos y la administración de



la justicia, conciliando la menor lentitud y la mayor sencillez con la garantía del descubrimiento de la verdad y de la consagración de los derechos controvertidos.

Vemos, pues, que para este autor, el orden público es el género y las normas constitucionales, la especie.

Nuestro bien recordado maestro., el Dr. Lorenzo Herrera Mendoza, especifica en larga lista las normas que, en su concepto, son de orden público, entre las cuales, desde luego, incluye “los preceptos constitucionales en general” y “las formas de enjuiciamiento”.

Así concluye el Maestro:

La enumeración del contenido del orden público no es imposible, aunque sí de tarea difícil y complicada, cuya posibilidad es a condición de que no se pretenda dejar el conjunto completamente precisado con límites definidos y ajustados, como si tratase de un rectángulo. Su enumeración no puede ser limitativa, sino puramente enunciativa.

Emilio Betti, tan citado por nuestra casación en esta materia, ha expresado que el orden público representa

una noción de contenido elástico e históricamente variable, que la ciencia jurídica de los países de tradición latina ha elaborado para cristalizar en torno a ella todas las normas de interés público que exigen observancia incondicional y no son derogables por disposición privada.

La Corte ha asentado, en relación con la doctrina transcrita, que la “definición de Betti nos permite comprender, que el concepto tiene caracteres de relatividad, variabilidad y graduación que explican por qué sus definiciones concretas quedan confiadas al criterio que exprese la jurisprudencia y las aplicaciones específicas que de ella emergen”. Acogemos el criterio en la cual basa la casación la definición de normas de orden público.

Y qué decir de las infracciones constitucionales? La respuesta es mucho más simple, si se quiere, que la de orden público. Y se circunscribe a afirmar que son infracciones de esa materia, todas aquéllas que violen algún dispositivo de la Constitución. Si es cierto, como hemos visto, que

la jurisprudencia anotada se inclina por asentar que el concepto de orden público queda a criterio de lo que exprese la jurisprudencia y las aplicaciones específicas que de ella emergen; para determinar las infracciones constitucionales hay que contrastar lo establecido en la sentencia, con el dispositivo constitucional y deducir si aquélla contraría lo dispuesto en éste.

En sentencia de la Sala de Casación Civil, con ponencia del Dr. Leopoldo Márquez Añez, de fecha 24 de febrero de 1983, se expresó:

Reconociendo la imposibilidad, y aún la inconveniencia, de establecer una definición del concepto de orden público, que tenga un valor y alcance permanentes, dado los caracteres de relatividad, de variabilidad y de graduación que gravitan sobre este concepto, sí puede al menos admitirse, con Emilio Betti, que el concepto de orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. ...A estos propósitos es imprescindible tener en cuenta que si el concepto de orden público tiende a hacer triunfar el interés general de la sociedad y del Estado frente al particular del individuo, para asegurar la vigencia y finalidad de determinadas instituciones de rango eminente, nada que pueda hacer o dejar de hacer un particular y aún una autoridad, puede tener la virtud de subsanar o de convalidar la contravención que menoscabe aquel interés, lo que equivaldría a dejar en manos de los particulares o de las autoridades, la ejecución de voluntades de ley que demandan perentorio acatamiento.

En conclusión nos atrevemos a afirmar que toda norma constitucional es de orden público, pero no toda norma de orden público es constitucional. En este orden de ideas, conviene citar los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, entre otros, tenidos como de orden público, pero no podrían catalogarse como de orden constitucional. Por tanto, en nuestro pensar, el Legislador abarcó tanto las infracciones de orden público, como las de orden constitucional, que pueden ser declaradas, facultativamente, por la Corte, mediante la vía de la casación de oficio.

## LA CASACIÓN DE OFICIO ANTES DEL CÓDIGO DE 1987

El Dr. Humberto Cuenca ha señalado, en su obra, *Curso de Casación Civil*, publicada en 1962, que: "No hay casación de oficio". Dice así el distinguido Profesor:

Si bien la finalidad del recurso de casación es anular la sentencia viciada, la Corte no actúa de oficio sino a impulso de parte, o por iniciativa del Ministerio Fiscal en los casos en que éste es llamado por la ley para intervenir... En nuestro proceso, herméticamente dispositivo, sólo cuando los litigantes lo motorizan, se pone en marcha el mecanismo procedimental del recurso. Bien puede la Corte estar informada de la inminencia ejecutiva de un fallo plagado de injusticias, con tremendas violaciones de derecho, pero sus jueces, por ley, deben permanecer indiferentes, sin poder impedir una ejecución inicua.

Y continúa Cuenca, con un criterio que pareciera un tanto contradictorio, exponiendo: "Sin embargo, a nuestro parecer las infracciones de orden público pueden ser declaradas de oficio por la Corte". Y continúa este expositor:

Según la jurisprudencia más frecuente de nuestra Corte, puede incluso un fallo ser violatorio del orden público, pero si no hay recurrente no hay recurso. La Casación no actúa de oficio. Su voluntad sólo se manifiesta cuando las partes toman la iniciativa de someter a su alto control una sentencia determinada.

Más adelante, el mismo Dr. Cuenca, dice:

Frente a la Casación, concretamente, ... los preceptos constitucionales, los principios formativos del procedimiento, los requisitos de la sentencia, las reglas para la demostración de la prueba y las relativas a la cosa juzgada, son tan imperativos que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, debe censurar su infracción aún si su denuncia ha sido omitida por el recurrente. Sabemos que no existe, entre nosotros, casación de oficio, o sea que espontáneamente, sin la vía del recurso interpuesto por la parte, la Corte no puede revisar fallos que no han sido sometidos a su conocimiento, pero una vez frente al recurso, su deber es velar por la integridad del orden jurídico y anular toda sentencia que infrinja los preceptos fundamentales citados.

Nuevamente señalamos contradicción en lo que afirma este autor, en el sentido de que debe la Corte “censurar la infracción, aún si su denuncia ha sido omitida por el recurrente”, y que, “sin la vía del recurso interpuesto por la parte, la Corte no puede revisar fallos que no han sido sometidos a su conocimiento”; pero, agrega Cuenca, se repite, “una vez frente al recurso, su deber es velar por la integridad del orden jurídico y anular toda sentencia que infrinja los preceptos fundamentales citados”.

No obstante lo expuesto, Cuenca, en el Tomo II de su *Curso de Casación Civil*, pág. 283, 1963, sostuvo, con más énfasis, que “la Corte, de oficio, puede declarar las infracciones de orden público, con efecto vinculante para el Juez de reenvío, y no en mero interés de la ley”. Es útil referir que, ya en 1906, la Corte, en sentencia de fechas 26 de octubre de 1906 (*Memoria de 1907*. Tomo II. Pág. 86) y 8 de octubre de 1917 (*Memoria de 1918*. Pág. 253) acogió el criterio de que la casación procede si las referidas infracciones no denunciadas, fueren de disposiciones de orden público. Y en un voto salvado de los Dres. Parra y Sierralta (*Memoria de 1930*. Pág. 266) expresan:

De la interpretación del Art. 435 del Código de Procedimiento Civil (1916), se desprende que la Corte está en el deber de declarar todas las infracciones en que hayan incurrido los jueces, estén o no denunciadas; las primeras, para casar el fallo, y las segundas para advertirlo a los sentenciadores, a fin de que en lo sucesivo, no incurran en infracciones análogas, único medio de cumplir estrictamente con el objeto de la casación. En el caso que nos ocupa, no existe ningún inconveniente para que, en el nuevo fallo que se dicte, se cumpla la doctrina de fondo que se establezca (si es que hubiere lugar a ella) y sin que pueda alegarse que con tal procedimiento se coarta la soberanía de los jueces, ya que ésta no es absoluta, como pudiera creerse, sino que tiene un límite: la justa y acertada aplicación de la ley, siendo un deber para esta Corte, cada vez que se traspase ese límite, contener a los transgresores dentro de las normas legales. (*Memoria 1930*, voto salvado, p. 266).

En una ponencia del Dr. Rafael Marcano Rodríguez, la Corte declaró que su misión es

velar por la integridad de la ley y por su recta y ajustada aplicación, y entra, por consiguiente, en el radio de sus atribuciones legales y objetivas

la facultad de examinar las disposiciones de la ley, *aún las no denunciadas*, para deducir del conjunto general de su texto si se han infringido los preceptos legales denunciados y si ha habido o no violación del derecho en la sentencia sometida a su consideración y análisis. Lo contrario sería *despojar a la casación* de sus facultades reguladores del Derecho.

Cuenca declara, al respecto, que se adhiere a la opinión de Marciano Rodríguez en materia de orden público.

A nuestro parecer —dice Cuenca— la sentencia no puede enfrentarse al orden público ni ofender el interés colectivo. Es un contrasentido que el Estado legitime una decisión que viole el orden jurídico. Sin embargo, ha imperado el principio dispositivo y se sostiene que la única casación de oficio es en interés de la ley.

El Dr. Luis Loreto, en su excelente estudio, como todos los suyos: *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil Venezolana*, ha dicho de la casación en interés de la ley, que:

Dada la inocuidad de sus efectos sobre la sentencia recurrida, esta advertencia es una institución platónica, contraria a la justicia y a los fines mismos del proceso. El excesivo apego al principio de iniciativa de parte que gobierna todo el sistema del proceso civil, es llevado aquí a sus extremas consecuencias, abandonando el derecho del litigante que ha manifestado su inconformidad con el fallo, a la necesidad de su oportuna y expresa denuncia de infracción de ley. Parece inconcebible —afirma Loreto— en un sistema racional del proceso, que la Sala de Casación se limite a “observar” a los jueces de instancia las violaciones de preceptos que pueden ser de la más elevada jerarquía normativa, como los constitucionales, o relativos a los presupuestos procesales, por la sola circunstancia de que tales infracciones no fueron denunciadas en el escrito de formalización. Dejar en vigor una sentencia cuya parte dispositiva es el resultado de infracciones cometidas contra normas de orden público eminente, es dar al instituto de la casación, una aplicación absurda, que ofende las entrañas más íntimas de la justicia. Constituye la más ostensible y condenable infracción de ley, que la Corte está llamada a hacer respetar, advertir que el fallo de instancia ha sido dictada contra *ius in thesi clarum*, y, sin embargo, dejarlo subsistir. Se observa “la infracción para que no se la cometa en decisiones futuras”, pero la que ha dado origen *bic et nunc* a la censura en interés de la ley, se la mantiene intacta en su injusticia. El

quebrantamiento de leyes de orden público –concluye Loreto– aún no denunciado, debe declararse por la Sala de Casación no solamente en mero interés de la ley, sino de la parte recurrente y con efecto vinculante para el juez de reenvío.

Y concluye el eximio procesalista: “la futura reforma del sistema de casación vigente, debe corregir esta lamentable y absurda situación, siguiendo en este punto el modelo de la revisión germánica.

Se ha comprobado, pues, que el Código de Procedimiento Civil de 1916 no contempló en su articulado, la casación de oficio; sólo existió en ese Código, el llamado “recurso en interés de la ley”, que facultaba a la Corte para indicar las infracciones de derecho contenidas en la sentencia impugnada, no habiendo sido denunciadas como infringidas por el recurrente, sin ninguna vinculación para ese caso ni para casos futuros, desde luego. La disposición en comento preveía: Art. 435 *in fine*.

Si en el examen del asunto la Corte encontraré que se ha quebrantado alguna disposición legal expresa, o aplicado falsamente alguna ley, sin que tales infracciones se hayan alegado, lo advertirá a los Jueces Sentenciadores para conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

No se refería la disposición a normas de orden procesal absoluto, legales o constitucionales, sino a infracciones de norma legal expresa.

El Dr. J.R. Duque Sánchez, comentando el Código de 1916, asienta, terminantemente:

En nuestra legislación no hay casación oficiosa, requiriéndose siempre que el recurso sea interpuesto por la parte que tenga cualidad para ello como veremos luego, aprovechándose así el interés individual de los litigantes como estímulo propulsor puesto al servicio del interés público en que se traduce la correcta interpretación de la Ley que lleva a cabo, mediante el recurso de casación, el Supremo Tribunal de la República (Auto de la Corte del 2-10-60).

Continúa el Dr. Duque Sánchez,

En el Proyecto de Código encontramos consagrada la casación de oficio, al disponer en el artículo 320 que la Corte: establecerá además,

cuáles son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia, ya sean las indicadas por las partes en los escritos de formalización o contestación, o las que la propia Corte Suprema de Justicia considere que son las aplicables al caso; y podrá también en su sentencia hacer pronunciamiento expreso declarando con lugar las infracciones de orden público y constitucionales, aunque no se las haya denunciado.

## CRÍTICAS AL INSTITUTO DE LA CASACION DE OFICIO

Recientemente, en el discurso pronunciado por el Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez, al ser recibido como Individuo de Número en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, manifestó el prenombrado jurista sobre esta materia, lo siguiente:

También figura en el Código procesal vigente la controvertida casación de oficio, según la cual, interpuesto el recurso de casación, podrá la Corte, en la sentencia, hacer pronunciamiento expreso para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrara, aunque las partes no las hayan denunciado. Además del vicio de ser también esta actuación de la Corte una figura meramente discrecional y facultativa, porque su aplicación depende de su solo arbitrio, aparte de constituir un típico acto de ultrapetita; y no obstante que es también contraria al principio dispositivo que predomina en el campo del proceso civil, se estima que es inconstitucional; porque a las partes no se las notifica ni se las oye sobre la cuestión a decidir oficiosamente, esto es, se las sentencia sin ser oídas, privándoselas así del derecho constitucional de defensa, por cuanto la decisión es dictada totalmente a sus espaldas. Calificados casacionistas, como Calamandrei y Morales Molina, son decididos adversarios de la casación de oficio.

Posteriormente, el Dr. Sarmiento Núñez, en su Libro *Casación Civil*, plantea, de nuevo, su tesis opositora de la casación de oficio, en estos términos:

Estimamos que esta disposición, al consagrar la casación de oficio, esto es, por propia iniciativa de la Corte y sin petición ni notificación previa de las partes, infringe el principio dispositivo que rige en la institución procesal civil, y, concretamente, en los artículos 11 y 12 que expresamente consagran dicho principio. Además, en forma evidente se vulnera el derecho de defensa que consagra el artículo 68



de la Constitución, porque se dicta la sentencia, que afecta derechos en litigio, sin haberse notificado ni oído previamente a las partes sobre la cuestión oficiosamente decidida. En efecto, si por su sola cuenta e iniciativa, a espaldas de los litigantes, la Corte casa, o mejor dicho, anula el fallo recurrido basándose en presuntas infracciones de fondo y/o de forma que no fueron denunciadas por la parte recurrente, sino rebuscadas *motu proprio* por la Sala sin conocimiento de las partes, se infringe el derecho de defensa del litigante, por cuanto se omite, respecto a las infracciones en que se basa la decisión, el procedimiento pautado por el propio Código para casar un fallo, en el cual expresamente se prevé la debida oportunidad para que las partes expongan y les sean oídos, sus respectivos alegatos sobre toda la cuestión a decidir por la Corte, a través de los actos de formalización, contestación, réplica y contrarréplica privativas de las partes para su defensa en casación...

...No cabe duda que esa disposición, que evidentemente consagra el vicio de ultrapetita, habrá de ser anulada porque es indiscutiblemente inconstitucional, ya que, además de adolecer de los aludidos vicios, su aplicación es meramente "facultativa", o sea, "arbitraria", en el sentido de que la Corte "podrá" aplicarla a su solo capricho; ya que, según el artículo 23 *eiusdem*, cuando la ley dice "el Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio". Así lo determinó la Corte en un recurso en el cual el recurrente solicitó que se pronunciara sobre las infracciones de orden público que encontrare, aunque no se las hubiese denunciado, y la Sala decidió: Que la casación de oficio prevista en el aparte cuarto del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, es una facultad cuyo uso depende exclusivamente de la soberana apreciación de las circunstancias del caso, por lo que no es cuestión que pueda ser solicitada por las partes, ni lo que en ese sentido se manifieste por ellas dará lugar a pronunciamiento alguno.

Calamandrei, citado por Sarmiento Núñez, cuestionó en su tiempo la institución, exponiendo que,

cuando se trata de los defectos de la sentencia de mérito que el recurrente denuncia como motivos de anulación, la Corte, sin diferencia entre los errores *in procedendo* y los errores *in indicando*, está estrictamente obligada a tomar en consideración sólo los vicios ritualmente denunciados por el recurrente ... Anular la sentencia por un motivo no denunciado en el recurso equivale (puesto que teóricamente se pudiera proponer por cada motivo un recurso separado) a anular una sentencia contra la cual no se hubiera propuesto recurso;



pero si se admite (y no creo que nadie pueda ponerlo en duda) que a la casación en el ordenamiento presente, no le compete tal poder policial de entrar por propia iniciativa a buscar, para anularlas, las sentencias no impugnadas por las partes, hay que considerar lógicamente que está desprovista, también, del poder de denunciar motivos de anulación no denunciados por el recurso.

El Profesor Calamandrei, en tiempo posterior, ratificando su criterio, expone "el principio de que la Corte de Casación no puede poner de relieve de oficio defectos de la sentencia denunciada no deducidos en el recurso".

Morales Molina expone su criterio al respecto, así:

La trascendencia de la demanda de casación es inusitada, pues la Corte está limitada por ella, o sea, que siguiendo el *principio dispositivo* sólo está en capacidad de examinar las causales presentadas por el recurrente dentro de los aspectos planteados por el mismo. Si existe una causal viable, pero el recurrente no la aduce, la Corte no puede actuar de oficio aún cuando observe objetivamente su procedencia. La Corte no puede inmiscuirse en la parte no tachada de la sentencia, ni en motivos no invocados expresamente, aunque fueran pertinentes. Por esta razón, significa que la Corte comparta las bases en que aquélla está fundada, porque puede suceder que no casarla provenga de que no se propusieron las causales que procedían y en cambio se adujeron otras improcedentes, o de que las presentadas, aunque viables en principio, no se fundaron conforme a la técnica.

Finalmente, en este punto, traemos a colación el criterio que sustentaba el Dr. Arminio Borjas, en su monumental obra *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, publicado en el año de 1924, pero referida al Código de 1916:

Fuera de que el recurso extraordinario (de casación) no es una nueva instancia del juicio, su promoción no es nunca oficiosa en materia civil, en la cual ha de ser interpuesto necesariamente por los litigantes; de modo que, no obstante ser una institución de interés público, versa siempre sobre intereses privados, de los cuales son árbitros las partes. Los diferentes alegatos en que lo funde el recurrente son, respecto al recurso, lo que los pedimentos y las alegaciones de los interesados respecto de las acciones deducidas en la instancia; y así como éstos últimos no pueden ser suplidos por el juez, tampoco lo pueden ser aquéllos.

## PRIMER FALLO DE LA CORTE QUE APLICÓ LA CASACIÓN DE OFICIO

La Sala de Casación Civil (Delia Vásquez de Fuentes contra Giuseppe Macri de Luce), con fecha 16 de Diciembre de 1987, emitió su primer fallo, en el cual aplicó por primera vez en nuestra historia procesal, y después de entrar en vigencia el Código de Procedimiento Civil de 1987, el instituto novedoso de la casación de oficio. En ese fallo se desestimaron las denuncias por adolecer el recurso de casación de defectos y fallas.

Desechadas las denuncias, seguidamente, la Sala entró a analizar en qué infracción de orden público había incurrido el Sentenciador de alzada, a los fines de declarar que casaba de oficio el fallo recurrido. Esta es la argumentación. "El aparte cuarto (4<sup>o</sup>) del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, establece la facultad de la Corte para casar la sentencia recurrida, cuando encontraré una infracción de orden público y constitucional "aunque no se le haya denunciado". Esta disposición de la nueva Ley, constituye una innovación que viene a consagrar en nuestro derecho la "Casación de Oficio". En el antiguo artículo 435 del Código derogado, la Corte debía limitarse a "considerar las infracciones alegadas en el escrito de formalización...", no pudiendo, en consecuencia, entrar a decidir *motu proprio* cualquiera infracción no denunciada. Esta regla hacía que la Sala, aunque detectara algún vicio incluso de orden público, si no fue denunciado por el recurrente, la Sala debía abstenerse de pronunciarse sobre ella; solamente se le permitía que sin casar la sentencia, cuando "encontrare que se ha quebrantado alguna disposición legal expresa, o aplicado falsamente alguna ley, sin que tales infracciones se hayan alegado, lo advertirá a los jueces sentenciadores para conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia". Era la llamada "Casación en interés de la Ley". Al entrar al análisis, por la vía de la casación de oficio, del artículo 243 ordinal del nuevo C.P.C., no denunciado por el formalizante, sobre los apoderados, la Sala manifestó:

El artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, contiene los requisitos intrínsecos de la sentencia que son de obligatorio cumplimiento por el juzgador y constituyen normas de orden público ... En el Presente caso se observa que, la recurrida en ningún párrafo del fallo, se refiere ni siquiera incidentalmente a la persona del Dr. Manuel Manrique Siso, quien es el apoderado de la parte actora y la ha venido representando desde el inicio del proceso, e incluso presenta en su oportunidad los

informes ante el *ad-quem*. Tal omisión, constituye a juicio de esta Sala, infracción del ordinal 2º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, que es norma de orden público de obligatorio cumplimiento por los juzgadores de instancia, por lo cual esta Corte *casa de oficio* la sentencia recurrida, de conformidad con lo previsto por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. *Decisión*. En fuerza de las razones expuestas, esta Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *Casa de oficio* la sentencia recurrida....

Después de este primer paso trascendental, la Sala ha venido imponiendo el mismo criterio de la casación de oficio en relación con otras normas de orden público y constitucionales, en sucesivas oportunidades; pero, la que ha levantado los más variados comentarios de juristas y litigantes, lo constituye el fallo que, en materia de indexación salarial, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Rafael J. Alfonso Guzmán, emitió la Sala de Casación Civil, el 17 de Marzo de 1993, mediante el cual casó de oficio la sentencia recurrida, específicamente, por infracción de normas de orden público de carácter sustantivo. Es necesario anotar que la mayoría de las decisiones dictadas por la Sala, han sido de carácter procesal, sobre todo en lo relativo a defectos de actividad de que han adolecido los fallos recurridos.

En la sentencia en comento, se estableció, como conclusión, después de haber fundamentado el fallo en infracciones de orden público y constitucionales –no alegadas, se repite por el recurrente– lo que sigue: “En este sentido, la Sala estima que en el presente caso debe el Juez de la causa, que resulte competente, acordar de oficio, la corrección monetaria de la suma reclamada en la demanda, ajustada a la realidad económica de la fecha en que fue presentada; pero desadaptada a las condiciones creadas por la inflación monetaria ocurrida durante el curso del proceso. En consecuencia, esta Sala, en virtud de la desmejora que ha sufrido el trabajador a causa del retardo del proceso de autos, declara de oficio, la infracción de los artículos 87 de la Constitución; y 17, 41, 58, 59, 76, 79 y 87 de la Ley del Trabajo vigente, para el momento de la relación laboral por errada interpretación en cuanto a su alcance y contenido”.

## CASOS EN LOS CUALES ES FACTIBLE LA APLICACIÓN DE LA CASACIÓN DE OFICIO

En sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 22 de octubre de 1996, ella estableció lo siguiente:

Esta excepcionalidad implica, que previo el examen y decisión del recurso de casación formalizado ante la Corte, pudiera darse una casación oficiosa del fallo recurrido por las infracciones apuntadas precedentemente. Así, pueden darse los siguientes casos:

1º) Recurso de casación declarado sin lugar y casado de oficio por la Sala.

2º) Recurso de casación declarado con lugar y además casado de oficio por la Corte.

3º) Pudiera presentarse un caso excepcional, como el de autos, en el cual resulte innecesario analizar el escrito de formalización en atención a la nulidad del fallo recurrido por existir subversión procedimental. En estas situaciones, directamente la Sala sí casará de oficio la decisión impugnada.

Ha de hacerse notar que cuando la Sala procede a casar de oficio el fallo de primera instancia, lo hace sin reenvío, pues la violación se detectó en el fallo, no del Superior, sino del juez de primera instancia y, por lo tanto, se remite el expediente directamente al tribunal *a-quo*, para su ejecución.

## CONCLUSIONES

- 1) El dispositivo procesal contempla una facultad de la que pueda usar la Corte a su conveniencia.
- 2) El instituto de la casación de oficio es aplicable tanto por lo que respecta a normas de Derecho Procesal, como de Derecho Sustantivo.
- 3) La llamada casación de oficio fue vislumbrada antes del vigente Código de Procedimiento Civil, si bien autores, con ciertas variantes (Borjas, Cuenca, Duque Sánchez), advertían que de la normativa en vigencia (el Código de Procedimiento Civil de 1916), no se podía aplicar el instituto de la casación de oficio.

- 4) Desde 1906, cierta doctrina de la Corte y los votos salvados de los Magistrados Parra y Sierralta Tellería, desde 1930, se había orientado hacia la aplicación de la Casación de oficio, a lo que se agrega que la Corte, en ponencia del Dr. R. Marcano Rodríguez (14), asentó que “la misión de la Corte es velar por la integridad de la ley y por su recta y ajustada aplicación, y entra, por consiguiente, en el radio de sus atribuciones legales y objetivas la facultad de examinar las disposiciones de la ley, aún las no denunciadas, para deducir del conjunto general de su texto si se han infringido los preceptos legales denunciados y si ha habido o no violación del derecho en la sentencia sometida a su consideración y análisis. Lo contrario sería despojar a la casación de sus facultades reguladoras del derecho”
- 5) Las infracciones de normas constitucionales son aquéllas que van directamente a invalidar o contravenir alguna norma del texto de la Constitución; y el concepto de orden público “representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional y que no son derogables por disposición privada. El concepto de orden público queda a criterio de lo que exprese la jurisprudencia y las aplicaciones específicas que de ella emergen para determinar las infracciones constitucionales” y en este sentido hay que contrastar lo establecido en la sentencia, con el dispositivo constitucional y decidir si aquélla contraría lo dispuesto en éste.
- 6) Actualmente cursa ante la Corte Suprema de Justicia en Pleno, una acción de nulidad por inconstitucionalidad, del aparte 4º del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, introducida por los Dres. José Gabriel Sarmiento Núñez, Vincencio Báez Finol y Pedro Alejandro Sarmiento Sosa.
- 7) La Casación de oficio puede ser aplicada por la Corte tanto en el recurso por defecto de actividad como en el recurso por infracción de ley, siempre que la Corte hubiere detectado violación de una norma de orden público o constitucional.

Como punto final, deseamos referirnos a la decisión tomada por la Sala de Casación Civil, en cuanto a establecer los casos en los cuales es procedente hacer uso de la facultad de ejercer la casación de oficio:

Asimismo, en reiterada jurisprudencia de la Sala, se han establecido los casos en que se puede casar de oficio; así se cita la sentencia de fecha 23 de octubre de 1996, dictada en el juicio: Pedro José Farías Mata c/ Juan Manuel Otero Reyes y otros, con ponencia de la Dra. Magaly Perretti de Parada, en la cual se expresa:

Esta excepcionalidad implica, que al examinar y decidir el recurso de casación formalizado ante la Corte, pudiera darse una casación oficiosa del fallo recurrido por las infracciones apuntadas precedentemente o que la violación observada haga innecesario aquel análisis. Así, pueden darse los siguientes casos:

- 1º) Recurso de casación por defecto de actividad declarado sin lugar y casado de oficio por la Sala, por encontrarse en el fallo recurrido vicios procedimentales.
- 2º) Recurso de casación declarado con lugar y además casado de oficio por la Corte.
- 3º) En el supuesto de que el escrito de formalización contenga sólo denuncias de infracción por errores de juzgamiento y la Corte detecte un vicio procedimental o infracciones que atenten contra el orden público o la Constitución, casará de oficio directamente el fallo recurrido, sin analizar el escrito pertinente, en acatamiento al precepto normativo consagrado en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.
- 4º) En los supuestos de subversiones del procedimiento que ameriten reponer la causa a la primera instancia, porque en tales situaciones se hace innecesario el análisis del recurso de casación interpuesto, como acontece en el caso de autos, en el que se da esta circunstancia...

Posteriormente, en ampliación de la doctrina transcrita, la Sala de Casación Civil, en fecha 24 de abril de 1998, bajo la ponencia del Magistrado José Luis Bonnemaïson, (caso Manuel Gervasio Luna Díaz y otros c/ Esteban Jiménez y otros), indicó estos dos nuevos supuestos que harían procedente el establecimiento de la casación de oficio por parte de la Sala de Casación Civil, es decir, incompetencia subjetiva del Juez e incompetencia objetiva en los términos previstos en la ley procesal civil..

# Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación\*

Eduardo Piacenza \*\*

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo me ocupo del llamado 'silogismo judicial'. Y lo hago desde una perspectiva particular, entre las muchas que se han adoptado o pudieran adoptarse para considerar ese tema: la que corresponde a una teoría normativa de la argumentación. Por eso, en una *primera sección*, para evitar vaguedades y prevenir equívocos, por un lado invoco algunos textos que, al hablar de "silogismo judicial", ofrecen ejemplos de lo que entienden por tal expresión; y por otro, procuraré perfilar en qué consiste la especial perspectiva elegida.

\* Trabajo Presentado en el marco del XI Seminario itinerante de la Sociedad Venezolana de Filosofía, (Filosofía del Derecho y Argumentación jurídica - Caracas, 21 de mayo de 1999) coauspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas ( UCAB) y el programa de Maestría en Filosofía de la misma Universidad. Seguidamente al trabajo se insertan los comentarios que sobre el mismo formularon los Profesores Carlos A. Casanova (USB) y Tulio Olmos (Instituto de Filosofía, UCV), así como el del Profesor Oscar Sarlo, del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, respectivamente.

\*\* Universidad Católica Andrés Bello, Programa de Maestría en Filosofía y Facultad de Derecho.



Ocuparse del silogismo judicial desde el punto de vista de una teoría de la argumentación no tiene nada de novedoso. Es más, al hacerlo, resulta casi inevitable seguir un trayecto general, repetidas veces recorrido: se comienza por llamar la atención sobre ciertas insuficiencias del concepto de silogismo judicial como instrumento para el estudio de los argumentos jurídicos, y luego se reflexiona sobre esa inadecuación, para motivar así ciertas propuestas complementarias o sustitutivas en el plano de la teoría de la argumentación.

Aunque lo que diré se encuadra también en este marco genérico, tal vez valga la pena anticipar aquellos puntos dónde me separo de las sendas más trilladas. Porque, como es natural, la articulación del trabajo en sucesivas secciones busca destacar precisamente esos aspectos.

Ante todo, la inadecuación del modelo del silogismo judicial que tomo como punto de partida no resulta –como es corriente– de contraponer el simplismo del modelo a la complejidad de los casos reales. Por el contrario, se trata de una falla de ‘grano grueso’, que ponen al descubierto incluso los ejemplos escolares, especialmente inventados –no se olvide– para ilustrar sin problemas el modelo. Porque el defecto es nada menos que éste: esos ejemplos escolares de silogismos jurídicos no son en realidad silogismos, pues un silogismo es una inferencia monótona, y esos ejemplos son, obviamente, inferencias no-monótonas, i. e. inferencias donde la incorporación de nuevas premisas vuelve ilegítimas conclusiones que sin ellas eran legítimas. De esto me ocupo en la *sección segunda*.

También me separo del camino común, al explotar el reconocimiento de esa no-monotonía de los argumentos jurídicos, inocultable hasta en los ejemplos más artificiales, para pasar a cuatro consecuencias de significación general, a las que dedico las secciones inmediatamente siguientes. (3-6)

En la *sección tercera* considero una consecuencia que surge de la conexión entre esa no-monotonía y el carácter contradictorio del proceso: cuando los argumentos son no-monótonos, sólo a través de un proceso contradictorio podría apreciarse con cierta justicia su valor.

En la *sección cuarta*, saco una consecuencia metodológica: esa no-monotonía determina que el enfoque apropiado para una teoría de la argumentación jurídica ha de ser ante todo dialógico. En efecto, si



para evaluar un argumento no-monótono no se puede prescindir de un segundo discurso que eventualmente se le contraponga, es decir, hay que considerarlo en el marco de la discusión –real o virtual– a la que pertenece, la teoría debe asumir explícitamente ese punto de vista.

En la *sección quinta*, extendiendo esa consecuencia a la teoría de la argumentación en general, porque la no-monotonía no es privativa de la argumentación jurídica, sino un rasgo que corresponde, en principio –naturalmente, hay excepciones–, a cualquier argumento. Este hecho ha sido muchas veces pasado por alto, porque al hacer del tipo de pensamiento ejemplificado por los *Elementos* de Euclides el paradigma del pensamiento riguroso, se ha convertido en regla lo que sólo puede darse en circunstancias excepcionales. En la no-monotonía se encuentra así una razón más, que se agrega a otras razones generales, para hacer del análisis de la discusión la base de una teoría general de la argumentación.

En la *sección sexta*, extraigo una cuarta consecuencia de la no-monotonía, al valerme de ese concepto para justificar por qué el tipo especial de discusión relevante a los efectos de la teoría normativa de la argumentación es aquel donde se acepta la regla de renunciar a los medios persuasivos que no tendría sentido emplear en una discusión interiorizada. Esta regla es una manera, propuesta en trabajos anteriores, de responder a una exigencia constitutiva de cualquier teoría normativa de la argumentación: no asimilar eficacia y legitimidad de un medio persuasivo.

Finalmente, hay otra diferencia que me aleja de las vías más transitadas al considerar el silogismo judicial desde el punto de vista de una teoría de la argumentación. Lo corriente es que de las críticas al silogismo judicial se saque como consecuencia una cierta depreciación de la lógica para una teoría de la argumentación jurídica. Con la mía sucede justamente lo contrario. Porque, como es obvio, todas mis reflexiones dependen de la aplicación del concepto de no-monotonía, que es una elaboración de los lógicos. A este aspecto le dedico la *sección séptima*.

## 1. EL LLAMADO 'SILOGISMO' JURÍDICO Y LA TEORÍA NORMATIVA DE LA ARGUMENTACIÓN.

Ya en 1764, Cesare Beccaria, y nada menos que en las páginas iniciales de su famoso libro *Dei delitti e delle pene*, escribía:

In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. <sup>1</sup>

Se comprende, entonces, que las expresiones “silogismo judicial”, “silogismo jurídico”, o “silogismo legal” no dejen de aparecer, con cierta frecuencia, en la literatura jurídica o iusfilosófica. Naturalmente, esa frecuencia es mayor, y va por lo general acompañada de una consideración expresa del tema que con tales expresiones se designa, en obras que serían clasificadas presumiblemente bajo los rubros de teoría de la argumentación jurídica, lógica jurídica, introducción al derecho, filosofía del derecho o, incluso, derecho procesal. Los *denotata* más inmediatos de tales expresiones son ciertos esquemas de representación o ciertos ejemplos de dichos esquemas, construidos, obviamente, con fines de ilustración pedagógica. Veamos algunas muestras de esos esquemas y ejemplos.

En KLUG<sup>2</sup>, encontramos lo siguiente:

Desde el punto de vista de la lógica tradicional, la forma fundamental de la deducción jurídica se presenta como una simple aplicación de la bien conocida figura silogística, que, desde la escolástica, ha recibido el nombre de *modus Barbara*, o bien de una forma especial de este modo.

El silogismo llamado *modus Barbara* tiene la forma siguiente:

Todos los M son P

Todos los S son M

Luego, todos los S son P. [...]

1 BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. (Milano: Mursia, 1973), pp. 31-32.

2 KLUG, U.. *Lógica Jurídica* (Caracas: UCV, 1961), p. 77-78.

La forma fundamental de la conclusión jurídica se caracteriza, según esto, porque la premisa mayor incluye la norma general o directiva legal, mientras que en la premisa menor se subsume el caso concreto. Así que la conclusión da como resultado de las dos premisas el juicio concreto de deber.

Traigamos un ejemplo concreto:

Todos los encubridores pagados tienen que se castigados con reclusión hasta de diez años (premisa mayor).

Es así que todos los acusados en el proceso penal contra A y coautores son encubridores pagados (premisa menor).

Luego todos los acusados en el proceso contra A y sus compañeros [sic] deben ser castigados con reclusión hasta diez años (conclusión).

En este ejemplo el concepto de encubridor pagado hace de término medio, M. El tener que ser castigado con reclusión hasta diez años es el concepto predicado P, que se halla en la premisa mayor y en la conclusión<sup>3</sup>. Y S es el concepto de acusado en el proceso contra A y cómplices. S hace de concepto-sujeto en la premisa menor y en la conclusión. M se encuentra en la premisa mayor como sujeto, y en la menor como predicado.

En GARCIA MAYNEZ,<sup>4</sup> se lee lo siguiente:

163. EL SILOGISMO JURIDICO.– El razonamiento de aplicación de los preceptos del derecho es de tipo silogístico. La premisa mayor está constituida por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquélla, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las cosecuencias de derecho. Pongamos un par de ejemplos:

Premisa mayor: Al que cometa el delito de falsificación de moneda se le aplicarán de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a tres mil pesos (art. 234 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales).

Premisa menor: X ha cometido el delito de falsificación de moneda; luego,

Conclusión: deben aplcarse a X de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien tres mil pesos.

---

3 Se ha corregido una errata obvia.

4 GARCIA MAYNEZ, E. *Introducción al derecho* (México: Porrúa, 1974), p. 321

Y en el manual de JAÑEZ<sup>5</sup>, encontramos:

El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años (C.P. Art. 407) *Premisa mayor*.

S ha dado muerte intencionalmente a B: *Premisa menor*

/ S será penado con presidio de doce a dieciocho años: *Conclusión*”

Y en la página siguiente leemos: “ Y en forma de esquema lógico simplificado:

(x) (Px  $\emptyset$  OQx)

Pa

/ OQa”<sup>6</sup>.

Parece, pues, que está suficientemente claro cuál será el tema de nuestras consideraciones.

Pero no obstante la coincidencia o la equivalencia entre los esquemas y ejemplos que nos ofrecen los distintos autores citados cuando hablan de silogismo judicial, por poco que se les preste atención a los respectivos contextos, no pueden dejar de notarse tres circunstancias.

*Primero*, que los diferentes autores apelan a lo que es –indudablemente– una construcción teórica, en el ámbito de empresas notoriamente no coincidentes. Por ejemplo, –y para limitarnos a los textos citados–, Beccaria lo hace sobre todo preocupado por poner coto a la discrecionalidad de los jueces penales del Antiguo Régimen y por separar nítidamente la función jurisdiccional de la función legislativa. García Maynez, parece interesado más bien en aclarar en que consiste la aplicación del derecho. Y Klug y Jáñez, a su vez, se valen de este esquema de representación al analizar la argumentación jurídica. Y si se agregaran otros textos, esa diversidad de propósitos se incrementaría notoriamente. Baste recordar, por ejemplo, que Piero Calamandrei, en su conocido ensayo “La génesis lógica de la sentencia civil”, declara que su intención

---

5 JAÑEZ, T., *Lógica jurídica. Hacia una argumentación jurídica*. (Caracas: UCAB, 1977), pp. 433-434

6 Cfr. p. 434.

es considerar el “procedimiento mental a través del cual el juez llega a pronunciar su sentencia”, “el modo característico con que surge del pensamiento del juez la sentencia”<sup>7</sup>.

*Segundo*, que, por lo general, quien recurre a esta construcción teórica no toma en cuenta esta diversidad de marcos posibles y no se detiene a delimitar con cuidado el que adopta como propio; y algunas veces, incluso, asume, simultáneamente, sin decirlo y tal vez sin percibirlo, marcos diferentes. El título del ensayo de Calamandrei, por ejemplo, podría estar reflejando una situación de ese tipo. (Digamos entre paréntesis que, en ese sentido, el trabajo de Wroblewski, “El silogismo legal y la racionalidad de la decisión judicial” constituye una valiosa excepción).

*Tercero*, que tampoco se aclara de manera expresa qué es exactamente lo que se pretende que tales esquemas de representación representen y cuál es la función precisa que se les encomienda en relación con los problemas que al usarlos se busca resolver.

Pienso que estas tres circunstancias amenazan con oscurecer, más allá de lo tolerable, todo lo que pudiera decirse hoy sobre el silogismo judicial, y convertir en un tejido de equívocos cualquier intercambio a su respecto. Lo más grave tal vez sea discutir mezclados problemas diferentes, y atribuirle implícitamente, pero sin notarlo, oficios distintos a esta construcción teórica.

Se vuelve imprescindible, entonces, alargar aún esta primera sección introductoria para fijar con cierta claridad lo que involucra examinar el silogismo jurídico desde el punto de vista de una teoría normativa de la argumentación jurídica.

En realidad, tendría que precisar: desde el punto de vista de una teoría normativa de la argumentación jurídica en la que estoy interesado. Porque no quiero excluir la legitimidad de otras diferentes; tampoco quiero negar que pueda abrirse una discusión comparativa a su respecto. Pero éste no es el momento; y prefiero que lo que diga sobre teoría normativa de la argumentación se tome como la simple declaración de ciertas opciones teóricas básicas, declaración que se vuelve necesaria para evitar, por lo menos, equívocos evitables.

---

7 Cfr.. p. 370.

Comencemos la declaración. Lo que motiva el desarrollo de una teoría normativa de la argumentación es la existencia de un problema pre-teórico. Antes de toda teoría, argumentamos y espontáneamente evaluamos argumentos: unos nos parecen fuertes y otros débiles; unos buenos y otros deplorables. Pero esa evaluación espontánea es inmediata, intuitiva. Cuando tropezamos con intuiciones contrapuestas –propias o ajenas–, no tenemos nada que decir. De ahí la idea de una teoría que convierta en problema la evaluación de los argumentos. Esa teoría empezaría por explicitar los criterios a los que podrían imputársele las evaluaciones intuitivas menos discutibles, y procuraría refinarlos y encontrar maneras no arbitrarias de escoger entre ellos en caso de conflicto. El sentido de la elaboración teórica es desarrollar instrumentos para cumplir esas tareas. Como es imposible formular criterios para evaluar argumentos y aplicarlos sin disponer de conceptos que permitan describir y analizar los argumentos, parte de esa elaboración teórica consistirá en desarrollar tales conceptos. De ahí que no sea impropio atribuirle a la teoría el propósito general de inventar instrumentos para analizar y evaluar argumentos.

Ahora bien, es importante hacer dos observaciones.

En primer lugar, que la teoría de la argumentación no parte de un vacío teórico, sino de una rica tradición en la que se entretajan textos y prácticas más o menos institucionalizadas, que ofrecen un variado repertorio de conceptos analíticos y de criterios de evaluación. Los textos se remontan al *Organon* y a la Retórica de Aristóteles, a sus antecedentes y a su progenie a lo largo de la historia, en la que hay que contar, naturalmente, la lógica post-fregeana. Para poner algún ejemplo de prácticas más o menos institucionalizadas, podrían señalarse los ejercicios dialécticos referidos en el libro VIII de los Tópicos, las *disputationes* de la escolástica medieval y post-medieval y el proceso judicial.

Y la segunda observación es ésta. Aunque alguna vez se haya podido concebir que la meta ideal de la teoría de la argumentación debería ser la construcción de una suerte de algoritmo evaluador, que en número finito de pasos estereotipados fijara el valor de cualquier argumento, es perfectamente legítimo proponerse un objetivo más razonable: disponer de medios que, ante evaluaciones discrepantes de un argumento, permitan al menos iniciar una discusión al respecto.

Lo dicho sobre la teoría normativa de la argumentación en general, vale también para la teoría normativa de la argumentación jurídica, es decir, aquella que se ocupa especialmente de la evaluación de los argumentos jurídicos. Esto dicho sin perjuicio de las dificultades que podrían involucrar dos problemas de relevancia indiscutible para esta teoría más particular: el de la demarcación de la clase de los argumentos jurídicos y el de las relaciones entre los distintos tipos que en el interior de esa clase habría que distinguir necesariamente.

Desde la perspectiva que se acaba de esbozar, el llamado silogismo jurídico aparece entonces como una de esas elaboraciones aportadas por la tradición. Y lo que se procura a su respecto es determinar hasta dónde resulta adecuado como instrumento de análisis y evaluación de las argumentaciones jurídicas, y en especial de las que justifican las decisiones judiciales.

Importa subrayar que la adopción de este punto de vista excluye toda una serie de discusiones de innegable interés, tradicionalmente asociadas con el silogismo jurídico, pero que no corresponden a lo que hoy nos ocupa. Por ejemplo, los problemas de heurística, tanto de heurística descriptiva (¿cómo ocurre de hecho el proceso por el que se llega a concebir la sentencia?) como de heurística normativa (¿cuál es la mejor manera de proceder para llegar a la sentencia?). O, para poner otro ejemplo, los problemas que tienen que ver con la manera de concebir la aplicación del derecho o con la naturaleza de la función que ha de cumplir el juez. En la medida en que el constructo 'silogismo jurídico' se ha utilizado como un componente de soluciones para estos problemas no ha dejado de ser blanco de variadas críticas. Por ejemplo, en *Proceso e democrazia* Calamandrei nos dice:

Anche io, in un mio saggio giovanile (La genesi logica della sentenza civile), ho rappresentato la sentenza come una progressione di sillogismi a catena; ma poi l'esperienza del patrocinio forense mi ha dimostrato non dico che questa rappresentazione sia sbagliata, ma che essa è incompiuta e unilaterale: chi si immagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro, la sua mummia<sup>8</sup>

---

8 CALAMANDREI, Piero. *Proceso e democrazia* (Padova: CEDAM, 1954), p. 59-60.

Pero aun si nos mantenemos estrictamente en el círculo de cuestiones que delimita la óptica propia de una teoría normativa de la argumentación jurídica, también encontramos que el silogismo judicial ha merecido numerosas críticas. Las insuficiencias que los distintos autores le reprochan son de diferente gravedad y las consecuencias que sacan de su reconocimiento, no son tampoco igualmente radicales. No obstante esas diferencias, puede decirse que todas comparten un cierto rasgo: se apoyan en el contraste que existe entre la esquemática simplicidad del modelo y la complejidad de las argumentaciones efectivamente documentadas.

Las críticas más leves señalan que sólo en los casos más rutinarios la justificación de un sentencia puede representarse como un solo silogismo. Basta, por ejemplo, con que la norma general aplicada asocie con los supuestos de hecho una disyunción de consecuencias jurídicas (del tipo de 'será penado con presidio de doce a dieciocho años'), para que resulte evidente que, para llegar a la sentencia, aun en el caso más sencillo –no hay atenuantes ni agravantes– se requeriría al menos otro silogismo, que tendría como premisa mayor el artículo 37º del C.P. "Cuando la ley castiga un delito o falta con una pena comprendida entre dos límites, se entenderá que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad [...]"

Con relación a esta dificultad del modelo silogístico, Wroblewski, por ejemplo, ha propuesto distinguir entre el silogismo decisorio simple, cuando la norma general vincula una sola consecuencia con la realización de los supuestos de hecho, y el silogismo decisorio complejo, que permitiría justificar la sentencia cuando esa norma incluye una disyunción de consecuencias.

Pero el mismo Wroblewski apunta a insuficiencias más serias cuando indica que, aun estas modalidades más complejas de silogismo solo dan cuenta de lo que podría llamarse *justificación interna*, es decir, de la justificación de la sentencia una vez que se suponen justificadas tanto las premisas de hecho como de derecho. Sin embargo, los problemas de justificación más difíciles e interesantes se refieren a la justificación externa, a la justificación de tales premisas. Ahora bien, esa justificación externa, en ninguno de los dos casos, ni con las premisas de hecho ni con las de derecho, es analizable según un modelo silogístico, ni simple ni complejo.



Es más, esa justificación externa no cae para Wroblewski bajo la jurisdicción de la lógica, sino de una teoría de la argumentación al estilo de la de Perelman.

Ahora bien, si los problemas más serios son los que plantea la justificación externa y si el estudio de ésta no corresponde a la lógica, puede entenderse por qué al comienzo dije que de las críticas al silogismo judicial es común sacar una cierta depreciación de la importancia de la lógica para una teoría de la argumentación jurídica.

Como era de esperarse, esta depreciación asume sus formas más enfáticas en Perelman y sus seguidores. “¿Es que la lógica formal permitiría solucionar las controversias jurídicas?”, se pregunta este autor en su ensayo “El razonamiento jurídico” (Maracaibo: Universidad del Zulia, 1973), p. 13. “Indudablemente que no”, responde. “Es excepcional que las controversias resulten del hecho que uno de los antagonistas haya cometido una falta de lógica formal, pues sería suficiente para la otra parte señalarle la falta, para que el otro se retractara, como toda persona normal a quien se le muestra que se ha equivocado en una suma”.

## **2. NI SIQUERA LOS EJEMPLOS ESCOLARES DE ‘SILOGISMOS JUDICIALES’ SON SILOGISMOS**

El modelo del silogismo judicial está afectado por una inadecuación más obvia y decisiva que todas las señaladas por sus críticos hasta el momento. Esa inadecuación lo vuelve incapaz de dar cuenta hasta de los ejemplos más artificiales, inventados especialmente para que el modelo funcione sin problemas. Porque en esos ejemplos es muy difícil suprimir un rasgo característico en general de cualquier argumentación jurídica: el aumento de la información, el añadido de premisas inicialmente no tomadas en cuenta, obliga a rechazar conclusiones que eran totalmente aceptables sobre la base de una información más restringida. Y eso nunca sucede con ningún silogismo válido (ni con ningún otro tipo de inferencia deductivamente válida). Para usar los términos acuñados por los lógicos: el silogismo (y cualquier otro tipo de inferencia deductiva válida) es una inferencia monótona, mientras que los argumentos jurídicos son inferencias no-monótonas.

Para comprobar lo anterior, basta prestarle atención a uno de esos ejemplos escolares.

“El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años: *Premisa mayor*.

S ha dado muerte intencionalmente a B: *Premisa menor*

∴/ S será penado con presidio de doce a dieciocho años:  
*Conclusión*”

Ahora bien, supongamos que se agregue , por ejemplo, la premisa: “S es menor de 12 años”. Entonces, en virtud del art. 69 del Código Penal, S ya no será punible y habrá que rechazar la conclusión “S será penado con presidio de doce a dieciocho años”. Y la lectura más superficial del Código Penal obliga a reconocer que son innumerables las premisas adicionales que tendrían el mismo efecto. Para poner sólo dos ejemplos de los muchísimos posibles, añádase que S dio muerte a B hace 16 años, o que S actuó en legítima defensa; entonces la conclusión también se volverá inaceptable: en el primer caso, por el art. 108, num. 1º; y en segundo por el 65, num. 3º.

### **3. NO-MONOTONÍA Y JUSTIFICACIÓN ‘LÓGICA’ DEL PROCESO CONTRADICTORIO**

Ahora bien, esta no-monotonía no es idiosincrásica del ejemplo que acabamos de analizar, sino un rasgo normalmente presente en cualquier argumentación vertida en el proceso. Piénsese en un caso –igualmente trivial– de pleito civil. Se reclama el pago de una deuda y el actor aduce una prueba incuestionable de los hechos constitutivos de la obligación. Pero basta que el demandado exhiba un recibo, por ejemplo, y agregue así una premisa adicional –la obligación se ha extinguido– para que quede invalidada la conclusión condenatoria que, sin esa premisa agregada, era legítimo sacar. De modo que para valorar si los argumentos del actor logran justificar su pretensión, no basta considerarlos en sí mismos: hay que confrontarlos con lo que alega la parte contraria.

Con sólo reflexionar un poco sobre este hecho queda en claro que la administración de justicia mediante un proceso contradictorio, no es sólo una obvia exigencia para asegurar su funcionalidad como mecanismo

de solución pacífica de conflictos, sino también algo requerido por la índole de las razones que pudieran esgrimirse para defender el derecho cuya protección se pide<sup>9</sup>. Como los argumentos jurídicos son de carácter no-monótono, es decir, como no hay garantía de que un aumento de información no invalide sus conclusiones, para apreciar su peso habrá que darle ocasión de manifestarse a aquello que podría debilitarlos; y por eso también la conclusión alcanzada será tanto más segura cuanto mayor oportunidad haya habido de contar con esas informaciones que obligarían a cancelarla. De ahí la importancia de tomar en cuenta un discurso contrapuesto que, por estar especialmente construido para respaldar la conclusión contraria, no dejaría de hacer valer esas informaciones de efecto cancelatorio, si éstas en verdad existieran. Desde esta perspectiva, la organización contradictoria del proceso aparece como una suerte de mecanismo o recurso para llegar a la fundamentación más sólida de las conclusiones, cuando éstas se apoyan en inferencias no-monótonas. De esta manera, podría decirse que la general no-monotonía de la argumentación jurídica es lo que exige y justifica, desde un punto de vista lógico, el carácter contradictorio del proceso.

#### **4. NO-MONOTONÍA Y ENFOQUE DIALÓGICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Cuando la Medea de Séneca le advierte a Creón: “Quien ha decidido algo sin oír a la otra parte [Qui statuit aliquid parte inaudita altera], aunque haya decidido lo justo [aequum licet statuerit], no ha sido justo [haud

---

9 He corregido una expresión descuidada de esta idea que figuraba en la versión leída en Montevideo. En ella se decía: “Con sólo reflexionar un poco sobre este hecho queda en claro que la administración de justicia mediante un proceso contradictorio no es una pura contingencia histórica, sino algo requerido por la índole de las razones que pudieran esgrimirse para defender el derecho cuya protección se pide”. Debo agradecer al Prof. Sarlo que, al conferirle a lo dicho mediante esa oración el -para mí- impensado rango de “tesis histórico-política”, me advirtió con suma eficacia sobre lo inapropiado de la expresión escogida (Ver más abajo su comentario). El problema en relación con el cual lo expuesto en esta sección constituye -si se quiere- una tesis no es un problema de explicación histórica -¿cómo se explica socio-históricamente el proceso contradictorio?- ni de evaluación política -¿qué valor tiene el proceso contradictorio como arreglo institucional que propicia el logro de tales o cuales objetivos socio-políticos?-, sino algo bastante distinto: ¿hay razones para pensar que el proceso contradictorio es un arreglo institucional que favorece las conclusiones mejor fundadas?

aequus fuit]"<sup>10</sup>, sin duda, está expresando un principio que regula la administración de justicia, es decir, un principio de índole procesal. Ahora bien, cuando se toma en cuenta que la no-monotonía de las argumentaciones jurídicas puede señalarse como el fundamento lógico de tal principio, la famosa máxima *audiatur et altera pars*, que generalmente se usa para expresarlo, cobra un sentido más general, como principio metodológico para una teoría de la argumentación jurídica.

En efecto, si se reconoce esa no-monotonía de las argumentaciones jurídicas, hay que admitir que el punto de vista para evaluar cualquier argumento de ese tipo, y en consecuencia, la perspectiva básica de una teoría normativa de la argumentación, i. e., de una teoría que busque explicitar, refinar y justificar los criterios para esa evaluación, ha de ser una perspectiva dialógica o dialéctica. En otras palabras, como los argumentos deberán encararse en función de la discusión a la que pertenecen, aquella teoría tendrá que definir sus conceptos y establecer sus criterios conectándolos expresamente con aquello que entiende como fundamental en el concepto de discusión.

Y me parece –aunque aquí no pueda justificarlo– que ésta es una consecuencia teórica mucho más importante que todos los ajustes, refinamientos, inversiones y ampliaciones de perspectiva a que han dado lugar las otras críticas al silogismo judicial.

## **5. NO-MONOTONÍA Y ENFOQUE DIALÓGICO DE LA ARGUMENTACIÓN EN GENERAL**

Pero esta consecuencia metodológica es extensible a la teoría de la argumentación en general: también ésta deberá adoptar una perspectiva expresamente dialógica y tomar como base para sus elaboraciones un análisis adecuado del concepto de discusión. Porque la no-monotonía no es un rasgo privativo de la argumentación jurídica, sino una característica que exhiben normalmente los argumentos sobre los asuntos más variados, y en especial aquellos a los que se apela para decidir de manera no-arbitraria los problemas de la vida individual y colectiva. Digo ‘normalmente’ porque, sin duda, también hay argumentaciones monó-

---

10 “Cfr. *Medea*, 199-200, en *Seneca’s Tragedies* (London-Cambridge, Mass.: Heinemann-Harvard, 1953), p. 246.

tonas, aunque éstas sólo correspondan a circunstancias excepcionales, como sucede, por ejemplo, con las demostraciones que encontramos en los Elementos de Euclides. Pero, esa excepción ha servido muchas veces como modelo normativo fundamental, y ha tenido así un enorme peso en la historia del pensamiento.

Sin embargo, no puede afirmarse que en nuestra tradición intelectual se haya desconocido por completo esa no-monotonía, pues desde la Antigüedad encontramos importantes testimonios que pueden interpretarse en ese sentido. Veamos algunos de ellos.

No creo irrazonable pensar que fueron los sofistas –como sucede con tantas ideas profundas de nuestra tradición– los primeros que se fijaron en esa característica de los argumentos corrientes. Claro, aquí, como en tantos casos, nuestra única fuente para el pensamiento sofístico es Platón. Y en verdad, para nuestros presentes efectos, no importa mucho que ese pensamiento provenga de un sofista de carne y hueso y a tiempo completo o de ese sofista que Platón lleva adentro y con el que discute casi permanentemente. Porque nada menos que Platón –tal vez el paladín de la monotonía– en el Libro I de la República y más allá de sus intenciones circunstanciales, nos ofrece dos ejemplos que ilustran el carácter no-monótono de la argumentación moral: aunque en general lo justo sea decir la verdad y devolver lo que hemos tomado en préstamo, dejaría de ser justo que, a quien se ha vuelto loco, le dijéramos toda la verdad o le devolviéramos las armas que nos había confiado cuando estaba en su sano juicio (Resp. 331c).

Cicerón, en *De officiis*, III, 95, retoma uno de esos ejemplos con una leve variante (sustituye por una espada las armas de Platón), y propone otro construido sobre el mismo esquema:

Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? Si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima.<sup>11</sup>

11 “Si alguien, estando cuerdo, te dejó en depósito una espada, y habiendo eloquecido, te pidiera su devolución, sería un acto culpable devolvérsela y un deber no hacerlo. ¿Qué? Si quien te dejó dinero en depósito atacara la patria, ¿se lo devolverías? No creo, pues obraría contra ella, que debe ser lo más querido.”

Pero es en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles (*Ethica Nicomachea*, 1094b 13–26) donde una manifestación de lo que hoy llamaríamos no-monotonía aparece asociada con el reconocimiento de la especificidad del discurso ético-político frente al discurso del matemático. No debe buscarse –nos dice aproximadamente Aristóteles– el mismo rigor en todos los discursos. Lo que caracteriza al discurso que se ocupa, como la Política, de problemas de valor (ta kala kai ta dikaia), es que sólo muestra lo que es verdad a grandes rasgos (pachylo\_s) y en los casos típicos (typo\_i), pues parte de principios que sólo valen por lo general (epí to poly). De aquí que el hombre cultivado no le exija el mismo rigor al matemático y al retórico. Pues parece insensato aceptarle argumentos meramente persuasivos (pinthanologountos) al matemático y pedirle demostraciones al retórico.

Pienso que no es arbitrario interpretar este pasaje de Aristóteles en el sentido de que la diferencia fundamental entre el discurso ético-político y el matemático está en que mientras en éste los principios son estrictamente universales en aquél sólo valen en la mayoría de los casos, o como podría decirse, usando la terminología de lógicos no-monótonos, son *derrotables*<sup>12</sup>.

---

12 Aunque el término “derrotable” ya había sido usado por Hart en “The Adscription of Responsibility and Rights”, recogido en FLEW, A. (ed.). *Logic and Language (First Series)* (Oxford: Blackwell, 1960): pp. 145-166. El término se introduce en la p. 148. Hart hablaba del carácter *defeasible* de muchos conceptos jurídicos en el siguiente sentido. Con ellos no es posible —o sería una mera maniobra verbal— asociar un conjunto bien definido de condiciones necesarias y suficientes como criterio para su aplicación, porque siempre queda abierta la posibilidad de oponer excepciones que vuelven inaplicable el concepto a la situación concreta del caso. De ahí que cualquier aplicación de ese concepto sea, en principio, *defeasible*. Para mostrar que el concepto de *contrato*, por ejemplo, es *defeasible*, Hart se remite, naturalmente, al Common Law; pero no es difícil ilustrar lo mismo con relación a nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 1141 del Código Civil venezolano dice: “Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes. 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita.” Sin embargo, para que la existencia del contrato sea reconocida, no basta que quien la defienda pruebe que se cumplen estas tres condiciones. Porque el artículo 1142 agrega: “El contrato puede ser anulado: 1º Por incapacidad legal de las partes o una de ellas; y 2º Por vicios del consentimiento.” Y esto deja abierta la posibilidad de que la contraparte alegue estas excepciones para anular el contrato. Para una minuciosa revalorización del artículo de Hart por parte de un lógico no-monótono, cfr. LOUI, Ronald P. “Hart’s Critics on Defeasible Concepts and Adscriptivism”

Pero no obstante estos reconocimientos que ya desde la Anigüedad encontramos de la importancia de las argumentos no-monótonos, el enfoque predominante para estudiarlos ha sido monológico. Esto se ha debido, seguramente, al valor paradigmático que se le ha reconocido, ya desde Platón, al tipo de pensamiento representado por los Elementos de Euclides y cuya teoría ofrece Aristóteles en los Analíticos Posteriores. En una disciplina organizada deductivamente como esa geometría, sólo se utilizan inferencias monótonas, y por eso la no-monotonía ya no es una

---

(Preliminary text for The Fifth International Conference on AI and Law). Este texto puede obtenerse en: <http://www.cs.wustl.edu/~loui/hartivism.text>.

Unos años después, en 1966, Geach, en "Dr. Kenny on Practical Inference" *Analysis*, 26,3 (1966): 77, usa "derrotable" para calificar la inferencia práctica, en contraposición con la inferencia teórica. Creo que vale la pena citar el pasaje: "[...] practical inference is *defeasible* [subrayado en el original] in a way that theoretical inference is not. In indicative inference, the addition of a premise cannot invalidate a previously valid inference; if  $R$  is inferable from  $E_p$ ,  $E_q$ , then  $R$  is inferable from  $E_p$ ,  $E_q$ ,  $E_r$ . But if  $R$  is derivable from  $F_p$ ,  $F_q$ , this means that  $R$  gives a means of satisfying one of these consistently with satisfying the other; and thus  $R$  may no longer be derivable from  $F_p$ ,  $F_q$ ,  $F_r$ . For we may have  $t$  entailing  $p$  and  $Ktq$  [la conjunción de  $t$  y  $q$  en notación polaca] consistent without having  $KrKtq$  consistent; and then the inference of  $R$  from  $F_p$  and  $F_q$  will be valid, but the inference of  $R$  from  $F_p$ ,  $F_q$ ,  $F_r$  will be invalid". Geach se apoya aquí en el análisis de la diferencia entre inferencias teóricas e inferencias prácticas propuesto por Anthony Kenny en "Practical Inferenc" *Analysis* 26,3 (1966): 65-75. Las inferencias teóricas se dan entre aserciones; las prácticas entre *fiats*. Un *fiat* es la expresión de que un estado de cosas se considera deseado o debido.  $E_p$  representa la aserción de que  $p$ ;  $F_p$  el fiat de que  $p$ . Usando la terminología de Hare, ambos comparten el *frástico*  $p$  y difieren en el *trópico*. Una inferencia teórica es correcta cuando el frástico de la conclusión es una consecuencia lógica de los frásticos de las premisas. La corrección de una inferencia práctica exige, en cambio, que el frástico de una premisa (la que fija el objetivo) sea una consecuencia lógica del conjunto formado por el frástico de las demás premisas junto con el frástico de la conclusión, y que, además, este conjunto sea consistente. Para poner un ejemplo de inferencia práctica muy elemental inspirado en Aristóteles. Premisas: se quiere que el paciente entre en calor; si el paciente es frotado, entra en calor. Conclusión: el paciente debe ser frotado. El frástico de la primera premisa -el paciente entra en calor- es una consecuencia lógica del conjunto formado por el frástico de la conclusión -el paciente es frotado- y el frástico de la otra premisa -si el paciente es frotado, entra en calor- y, además, ese conjunto es consistente. La conclusión de la inferencia práctica -el paciente debe ser frotado- queda justificada, pues, por las dos premisas indicadas. Pero es obvio que, si a ellas se agrgara otro fiat incompatible con la conclusión -por ejemplo, que el paciente no sea despertado, la conclusión ya no estaría justificada.

razón para adoptar un punto de vista dialógico. Por otra parte, tampoco se verifican las otras circunstancias que, en el caso de la argumentación en general, requieren una perspectiva dialógica.

Porque en verdad, hay otras dos razones además de la no monotonía para asumir un marco dialógico en el estudio de la argumentación en general. La primera enfoca la argumentación globalmente, de afuera, como actividad que sólo tiene sentido en relación con otra actividad. Tal vez lo más básico que pueda decirse a su respecto es que se trata de una actividad que se cumple y sólo resulta en general inteligible en el seno de una interacción mediada por el lenguaje, de una práctica comunicativa especial, la discusión. De ahí que en muchos casos un argumento no será comprensible, evaluable, susceptible de ser descrito y, a veces, hasta ni siquiera reconocible como argumento, si se prescinde de la discusión en la que se inserta, o de las discusiones virtuales que podrían servirle de marco. Argumentar supone, pues, que se discute.

La segunda razón para optar por una perspectiva dialógica se apoya en un cierto análisis de lo que supone el acto de argumentar. En efecto, argumentar aparece como un acto complejo, cuya pretensión esencial es que entre su conclusión, no aceptada por la otra parte, y las premisas, que se suponen ya admitidas, o por lo menos admisibles para ella, se da una relación **R** tal que, al ser reconocida por esa otra parte, vuelve también más aceptable para ella la conclusión. De este modo, quien adelanta un argumento, por el solo hecho de hacerlo, *pretende* varias cosas a propósito del interlocutor real o virtual a quien ese argumento se dirige: (1) que lo que presenta como conclusión es precisamente lo que el interlocutor no acepta (2) que lo que utiliza como premisas es admitido o admisible para éste; (3) que el interlocutor reconocerá que entre premisas y conclusión se da efectivamente la relación **R**; (4) que el interlocutor admite que la existencia de esa relación volvería para él más aceptable la conclusión. Pero hasta no oír la voz del interlocutor no es posible saber si esas cuatro pretensiones a su respecto son verdaderas o falsas. Sin embargo, para evaluar el argumento, esa comprobación es decisiva, porque si dichas pretensiones se mostraran como falsas, el argumento resultaría fallido por no responder a su intención como argumento. De aquí puede concluirse, entonces, que el discurso argumentativo en general es, en principio, esencialmente dialógico en el siguiente sentido: para apreciar



su valor como tal es preciso tomar en cuenta también lo que dice la otra parte que participa en la discusión del caso.

Por el contrario, en el caso de una demostración euclídea, puede decirse que el punto de vista dialógico es innecesario, pues esos cuatro elementos pueden determinarse desde una perspectiva puramente monológica.

En efecto, si consideramos una demostración como una modalidad peculiar de argumentación, habrá que observar que la especificidad del marco dentro del cual se argumenta hace que aquellos aspectos de la argumentación que, en general, requieren ser determinados por relación con un segundo discurso, estén aquí previamente fijados por ese mismo marco, de tal suerte que ese segundo discurso se vuelve por completo superfluo. Porque la intención es llegar a resultados que valgan realmente *erga omnes*, frente a cualquier interlocutor posible. Y para lograrlo, por un lado, sólo se tiene por apropiada para conectar premisas y conclusión una relación **R** si es de carácter monótono; y por otro, sólo se aceptan como premisas enunciados que nadie dejaría de admitir (los axiomas) o que son consecuencias monótonas de aquéllos (los teoremas ya demostrados). De tal suerte, en cualquier caso particular ya está decidido de antemano, por lo menos en principio: (a) lo que puede ser objeto de 'discusión' (todo lo que no ha sido todavía demostrado ni corresponde a los axiomas requiere prueba); (b) las premisas legítimamente utilizables (los axiomas y los teoremas ya probados); y (c) el tipo de relación **R** a la que se puede apelar para pasar de las premisas a la conclusión.

Las demostraciones geométricas aparecen, así, como argumentaciones especialmente atípicas, donde la *altera pars* ha perdido toda significación. A partir de aquí puede comprenderse, entonces, la gravedad de la doble preferencia tradicional por ellas, es decir como objeto de estudio y como ideal de conocimiento. Por un lado, una teoría que las tome como objeto principal de estudio no elaborará ni los conceptos analíticos ni los criterios de evaluación que son decisivos al considerar las argumentaciones en general. Y si se intentara aplicar directamente a éstas el enfoque desarrollado al ocuparse de aquéllas, el resultado será particularmente insatisfactorio. Por otro lado, el adoptar como ideal epistemológico de alcance general el tipo de discurso ejemplificado por las demostraciones geométricas produce una visión distorsionada de

cualquier otro discurso argumentativo que no tenga lugar en las condiciones excepcionales que les sirven de marco a éstas.

De aquí la importancia de liberarse de esa preferencia tradicional por lo que sólo constituye una excepción; y en consecuencia, la importancia que cobra el reconocimiento del carácter no-monótono de la argumentación en general, en cuanto ese reconocimiento coadyuva a liberarse de dicha preferencia.

## **6. NO-MONOTONÍA Y DISCUSIÓN CRÍTICA**

Cuando se dice que la discusión es el marco apropiado para identificar, analizar y evaluar los argumentos, es preciso tener en cuenta que la palabra 'discusión' se aplica corrientemente a prácticas interactivas muy variadas; pero que lo anterior sólo vale si se entiende por 'discusión' una muy peculiar modalidad de interacción lingüística, que es preciso delimitar con cierto cuidado, y que por comodidad llamaré 'discusión crítica'. Ahora bien, pienso que el reconocimiento de la no-monotonía desempeña un papel fundamental para justificar el contenido que se le asigna precisamente al rasgo que singulariza las discusiones críticas.

Discutir, en este sentido de discusión crítica, que es el relevante para una teoría normativa de la argumentación, supone varias cosas: (1) que hay un desacuerdo entre dos partes; (2) que, no obstante, esas partes están de acuerdo en que sería deseable eliminar esa discrepancia; (3) que también concuerdan en que el mejor modo de eliminarla sería servirse del lenguaje para convencer a la otra parte o ser convencido por ella; (4) que ambas partes igualmente admiten que no todo recurso lingüístico eficaz para persuadir es legítimamente utilizable con esa finalidad.

Este cuarto supuesto es de la mayor importancia para una teoría *normativa* de la argumentación. Si las partes no lo aceptan, se está ante otra actividad comunicativa diferente; y en relación con ella sus participantes no podrían hablar de argumentos buenos y malos como algo distinto de los argumentos que logran o no logran la persuasión. En ese caso, tal distinción no podría hacerse a partir de lo que es constitutivo de tal actividad, sino importando, proyectando sobre ella algo que en realidad es constitutivo de una práctica diversa. De esta manera, si una teoría de la argumentación tiene por objetivo establecer criterios que

discriminen entre buenos y malos argumentos, no bastará que tome como marco cualquier tipo de discusión, sino que deberá remitirse más particularmente a ese tipo de discusiones que se singularizan por la aceptación del cuarto supuesto y que he llamado ‘discusiones críticas’.

Nótese que en la noción de falacia esta distinción entre medios simplemente persuasivos y medios persuasivos legítimos, recogida en el cuarto supuesto, ha sido incorporada desde antiguo a las reflexiones sobre la argumentación. Porque la idea más general de falacia es la de un argumento no legítimo pero, no obstante, persuasivo.

Ahora bien, ¿qué contenido darle a esta noción legitimidad de modo que corresponda a ese mismo nivel de amplia generalidad? Porque obsérvese que, si se interpretara legitimidad como *validez*, en el sentido aclarado por la lógica (imposibilidad de que las premisas sean verdaderas y, a la vez, la conclusión falsa), se dispondría de una noción que sólo tendría poder de discriminación aplicada a los argumentos monótonos, pues, como se sabe, los no-monótonos quedan uniformemente clasificados como no-válidos al aplicar esa noción. El problema entonces es establecer sobre qué base podría hacerse esa distinción.

En trabajos anteriores<sup>13</sup>, a partir de una reinterpretación y profundización del distingo de la *Retórica* de Aristóteles entre recursos lingüísticos que persuaden por el *ethos* (i. e. por la imagen que crean del orador), por el *pathos* (por la manipulación de la afectividad del oyente) o por el *logos* (por lo que el discurso mismo muestra sobre el punto disputado), he llegado a la siguiente propuesta<sup>14</sup>.

No sólo discutimos con otros, sino que a veces también discutimos –por así decirlo– con nosotros mismos, en nuestro fuero interno. Pero en una *discusión interiorizada* parece que sólo tendría sentido emplear el último tipo de recurso, i. e., el equivalente de la persuasión por el *logos*. Cuando deliberamos porque no sabemos qué pensar o qué querer, estamos interiormente divididos. En esas condiciones, si nos ponemos a reflexionar,

13 Cfr. por ejemplo, PIACENZA, E. “El ars disputandi de un manuscrito caraqueño del siglo XVIII” en GUTIÉRREZ, Carlos B. (ed.), *El trabajo filosófico de hoy en el continente. Actas del XIII Congreso Interamericano de Filosofía, Bogotá, julio 4 al 9 de 1994*. (Bogotá: Sociedad Interamericana de Filosofía-Sociedad Colombiana de Filosofía, 1995): pp. 495-502.

14 ARISTOTELES, *Retórica*, 1356a 1-21.

a sopesar elementos de juicio y motivos, es porque quisiéramos –como se dice– hacerles justicia. Naturalmente, en tal situación sólo tiene sentido valerse del pensamiento que se atiende escrupulosamente al problema planteado, es decir, que tiene la misma característica que la *Retórica* le atribuye a la persuasión por el *logos*<sup>15</sup>. Por eso, si advirtiéramos, por ejemplo, que la afectividad nos está jugando una mala pasada, que nos está nublando la visión, sentiríamos que se frustra el propósito que anima nuestra reflexión. Hablo sólo de ‘malas pasadas’ que nos pudiera jugar la afectividad, es decir de intervenciones ilegítimas, como cuando incurrimos *wishful thinking*, y suponemos que las cosas son de determinada manera sólo porque nos gustaría que así fueran, o como cuando, al corregir exámenes, nos damos cuenta de que hemos calificado con notas diferentes respuestas sustancialmente idénticas, sólo porque su respectivo autor nos cae en un caso muy simpático y en el otro muy antipático. Me estoy refiriendo, pues, a estas interferencias ilegítimas y no a su papel enteramente legítimo como fuente de las valoraciones *prima facie* que condicionan, incluso, la existencia misma de la perplejidad que la deliberación en el fuero interno busca resolver.

Ahora bien, pienso que esta experiencia de la discusión interiorizada y de lo que resulta compatible o no con su intención básica permite empezar a darle a la idea de legitimidad el contenido general que se estaba buscando. Un medio persuasivo ilegítimo sería aquel que, independientemente de su eficacia actual, no tendría sentido utilizar en una discusión interiorizada.

¿Por qué asociar la legitimidad con esta renuncia a usar con el otro un medio persuasivo que no tendría sentido emplear conmigo mismo? ¿Por qué darle esa importancia a este tratar al otro como me trataría a mí mismo?

Porque parecería que es un requisito imprescindible para poderle otorgar al eventual cambio de opinión del otro su pleno valor como confirmación de la mía. En efecto, si el otro terminara por aceptar mi opinión porque, por ejemplo, he manipulado su afectividad, ese hecho bastaría para descalificar a mis ojos su asentimiento. Sólo si trato al otro como me trato a mí mismo puedo reconocerlo como un igual, y sólo si lo reconozco como un igual puedo reconocer el valor de su confirmación. Y esa confirmación será tanto más importante para mí cuanto más

15 ARISTOTELES, *Retórica*, 1356a 3-4 y 20-21.

expuestas estén mis conclusiones a verse debilitadas por informaciones supervinientes.

Pero esto es lo que caracteriza, justamente, a las argumentaciones no-monótonas. En ellas, la solidez de las conclusiones de mi discurso depende de que el discurso del otro haya tenido la oportunidad de aportar, pero de hecho no haya aportado, esas informaciones. Pero si no trato al otro como un sujeto argumentante autónomo, la circunstancia de que no hecho valer las informaciones que podrían invalidar mi conclusión no significa nada. Que no las haya hecho valer no indica que no existan, sino, simplemente, que los mecanismos que he utilizado inhibirían su expresión aun en caso de que existieran.

Creo que puede apreciarse, entonces, cuál es el vínculo entre la no-monotonía y la regla, constitutiva de las discusiones críticas, según la cual se renuncia a emplear medios persuasivos que no estaría dispuesto a usar en una discusión conmigo mismo. La no-monotonía convierte al otro en un agente necesario para validación de mi propio discurso. Pero el otro sólo estará en condiciones de desempeñar plenamente ese papel, si lo trato como me trato a mí mismo. De aquí que, para permitirle ejercer esa función convalidadora, renuncie a usar con él medios persuasivos que no tendría sentido emplear conmigo mismo.

## **7. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA LÓGICA PARA LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN**

Me limitaré a dos observaciones. La primera es la siguiente. Dado el papel que desempeña en las reflexiones anteriores el concepto de no-monotonía, la afirmación de la importancia de la lógica parecería una tesis difícilmente controvertible. Como se sabe, la noción de monotonía fue definida por Tarski, a comienzo de los años treinta, en el marco de un estudio muy abstracto de las propiedades de la relación de consecuencia lógica<sup>16</sup>. Y la noción de no-monotonía pasó a primer plano, hace algunos años, en el campo de la Inteligencia Artificial, vinculada sobre todo con

---

16 TARSKI, A. "On Some Fundamental Concepts of Metamathematics" en *Logic, Semantics, Metamathematics. Papers from 1923 to 1938*. (Oxford: Clarendon Press, 1956), pp. 30-37 y TARSKI, A. "Fundamental Concepts of the Methodology of the Deductive Sciences", *ibid.*, pp. 60-109.

proyectos que buscaban automatizar los razonamientos de sentido común, cuando algunos investigadores advirtieron que no podrían alcanzar sus objetivos, si no reconocían y estudiaban relaciones de consecuencia de carácter no—monótono. En efecto, en innumerables situaciones, no podríamos vivir como lo hacemos, si no usáramos y reputáramos como perfectamente legítimas ciertas inferencias donde la relación entre premisas y conclusión carece de esa propiedad indicada por Tarski. Si nos dicen que un cierto individuo es un pájaro, sacamos la conclusión de que vuela; y pensamos que ésta es una conclusión enteramente razonable. Pero ello no obsta para que la tengamos como una conclusión cancelable o *derrotable* por un aumento de información. Si nos enteráramos, por ejemplo, de que ese individuo es un pingüino, ya no consideraríamos razonable sacar la conclusión de que vuela. De este modo, podría señalarse que la idea básica de las inferencias no-monótonas es que cuando se obtiene más información sobre un objeto, dejan de ser razonables algunas inferencias que antes, cuando no se contaba con esa información, indiscutiblemente lo eran. Porque sin duda lo eran. Sería por completo irrazonable, y de hecho no podríamos vivir, si, por ejemplo, al saber que algo es un pájaro, nos inhibiéramos de concluir que vuela, porque, si llegara a ser un pingüino, evidentemente no lo haría<sup>17</sup>. Y a partir de este reconocimiento, se desarrollaron varias estrategias para habérselas con estas inferencias no-monótonas que se vuelven cruciales en diferentes contextos. Así, por ejemplo, la *suposición del mundo cerrado*<sup>18</sup>: la información que no se menciona expresamente en una base de datos ni es deducible de ella se supone que es falsa; o los *razonamientos por defecto*<sup>19</sup>: sacamos una cierta conclusión *por defecto*, es decir, mientras

---

17 Una buena introducción a las lógicas no-monótonas es CARNOTA, R. J. “Lógica e inteligencia artificial” en ALCHOURRON, C. E. (ed.) *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, tomo 7: Lógica* (Madrid: Trotta, 1995). Cfr. también los trabajos contenidos en REINFRANK, M., J. DE KLEER, M. L. GINSBERG, & E. SANDEWALL (eds.) *Non-Monotonic Reasoning* (Berlin: Springer, 1989) y BREWKA, G. J. DIX & K. KONOLIGE, *Nonmonotonic Reasoning. An Overview*. (Standford, Cal.: Center for the Study of Language and Information, 1997).

18 Cfr. REITER, R. “On Closed World Databases” in GALLAIRE, H. & J. MINKER (eds.) *Logic and Data Bases* (New York: Plenum Press, 1978), pp. 55-76.

19 Cfr. REITER, R. “A Logic for Default Reasoning” *Artificial Intelligence* 13 (1980): 81-132.

no tengamos una información más específica que nos obligue a cancelarla; o las *lógicas autoepistémicas*<sup>20</sup>: en realidad concluimos sobre la base del reconocimiento de nuestra ignorancia; etc. Y por otro lado, un poco en el estilo de Tarski, se prosiguió el estudio metateórico abstracto de las propiedades formales de las respectivas relaciones de inferencia que quedaban definidas a través de esas estrategias<sup>21</sup>.

La segunda observación es que –como se ve– los lógicos no se han quedado en la definición del concepto, sino que valiéndose de las técnicas de su disciplina, han ido desarrollando instrumentos formales para estudiar sus distintas variedades y manifestaciones. Y dada la importancia decisiva que tiene en la teoría de la argumentación la no-monotonía sería insensato prescindir de tales instrumentos. Es más, ya se cuenta con importantes estudios que buscan aplicar estas técnicas a los argumentos prácticos<sup>22</sup> e incluso a la argumentación jurídica.<sup>23</sup>

- 
- 20 Cfr., MOORE, R. C. "Semantical Considerations on Nonmonotonic Logic" *Artificial Intelligence* 25 (1985): 75-94.
- 21 Cfr., por ejemplo, MAKINSON, D. "General Theory of Cumulative Inference" en REINFRANK, M., J. DE KLEER, M. L. GINSBERG, & E. SANDEWALL (eds.) *Non-Monotonic Reasoning* (Berlin: Springer, 1989), pp. 1-18; o KRAUS, S, D. LEHMANN & M. MAGIDOR. "Nonmonotonic Reasoning, Preferential Models and Cumulative Logics" *Artificial Intelligence* 44 (1990): 167-207.
- 22 Cfr., por ejemplo, NUTE, D. (ed.) *Defeasible Deontic Logic* (Dordrecht: Kluwer, 1997).
- 23 Cfr., por ejemplo, PRAKKEN, H. & G. SARTOR. "A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning" *Artificial Intelligence and Law* 4 (1996): 331-368; y PRAKKEN, H. *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law* (Dordrecht: Kluwer, 1997).

## **Comentario al trabajo presentado por el Profesor Eduardo Piacenza, "Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación" \***

Tulio Olmos Gil \*\*

Con esa singular forma que tiene Piacenza de presentar las cosas, sin duda alguna que hay que conceder que posee, no sólo el don de la elocuencia, sino el de la transparencia: evita, con mucho éxito, y por todos los medios disponibles, contextos opacos que fomenten desviaciones insípidas.

En el caso que nos ocupa, he tenido el placer de disfrutar su exposición sobre el tema de una teoría normativa de la argumentación. He aquí algunas inquietudes que se me ocurren a propósito de la intervención de Piacenza. En primer lugar se me antoja que hay que resaltar el hecho de que una de las premisas sobre las que está sostenida

---

\* Comentario que formulara el autor, conjuntamente con los del Profesor Carlos A. Casanova de la Universidad Simón Bolívar al aludido trabajo de Eduardo Piacenza, con ocasión de la celebración del IX Seminario Itinerante de la Sociedad Venezolana de Filosofía (Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica, Caracas, 1999).

\*\* Instituto de Filosofía, Universidad Central de Venezuela. E-mail: olmost@camelot.rect.ucv.ve



la argumentación consiste en fundamentar la inadecuación de la figura silogística como auténtico ejemplo de argumentación jurídica, sobre la base del análisis de algunos casos, que evidentemente dejan en claro que no se trata de una estructura monótona de argumentación. Este hecho permite a Piacenza pasar a la afirmación tajante y sin cortapisas de que es evidente el carácter *contradictorio* de los procesos judiciales, incluso más adelante nos recuerda la necesidad de escuchar las partes involucradas antes de tomar decisiones judiciales. Pues bien, el asunto se me torna traslúcido, que no transparente, si pienso en los recursos de amparo, o en *habeas corpus*, o en los juicios introducidos ante la Corte Suprema sobre el carácter *originario* de la Asamblea Constituyente convocada por el Presidente, en los cuales si bien hay problemas de interpretación, esto es, la Ley tiene algún resquicio que permite que su aplicación no sea no necesariamente *monótonamente* segura e indiscutible, sin embargo ello no abona la cuenta de los haberes de la *contradictoriedad* del proceso jurídico, o si no téngase presente esa figura tan opaca que suelen invocar los juristas como es *el espíritu de la ley*. El punto que deseo destacar es el siguiente, si bien comparto con Piacenza el carácter no-monótono de la mayoría de las argumentaciones jurídicas, lo que no estaría dispuesto a admitir, por lo menos hasta no agotar mucha más tela de la cortada hasta el momento, es su corte contradictorio, porque y valga la insistencia, hay sin duda alguna y estoy seguro que mi interlocutor concederá este punto, una serie de situaciones que se presentan en el plano de las argumentaciones jurídicas, en los que priva, *el apego a la Ley*, esto es, esa suerte de mordaza que coloca al sujeto que la utiliza como instrumento (bien para resolver problemas, o bien para establecer límites) frente a la disyuntiva a menudo excluyente de aplicar la Ley y lo que en ella se contempla, O incorporar en la decisión elementos externos al instrumento, y por lo tanto, cuya consideración es irrelevante desde el punto de vista legal. (Téngase en cuenta, por ejemplo, el caso del juicio a O.J.Simpson, en donde se aprecian elementos de carácter formal que invalidan la aplicación de la norma, lo cual nos remite otra vez, al asunto de aplicar los instrumentos al pie de la letra (en *el espíritu de la Ley*), o limpiar los elementos probatorios -si los hay- de los vicios de forma.

Hay otro detalle que llama mi atención y está relacionado con la consideración que hace Piacenza de no-monotonía de la argumentación

jurídica tiene que hacer con su condición de contradictoriedad, que la exige y la justifica. Aprecio aquí una suerte de *petitio principii*, ¿en qué sentido? Veamos. Si lo que justifica desde un punto de vista lógico monótono el carácter contradictorio de la argumentación jurídica es su no-monotonía, entonces (y disculpen el enunciado condicional monótono), entonces lo mismo aplica en el sentido inverso, esto es, sólo, es posible justificar la no-monotonía de la argumentación jurídica desde la perspectiva de la contradictoriedad, que evidentemente no será la aristotélica, o ¿acaso podría ser así? Lo que deseo resaltar en este punto es lo siguiente, el hecho de declarar la argumentación jurídica como característicamente no-monótona, la vacuna e inmuniza de las críticas monótonas, ¡punto a favor de Piacenza!

Pasemos ahora a otro de los supuestos de la exposición, en algún momento se señala que

... quien adelanta un argumento... pretende varias cosas... (1) que lo que presenta como conclusión es precisamente lo que el interlocutor no acepta (2) que lo que utiliza como premisas es admitido o admisible para éste (3) que el interlocutor reconocerá que entre premisas y conclusión se da efectivamente la relación **R**; (4) que el interlocutor admite que la existencia de esa relación volvería para él más aceptable la conclusión. Pero hasta no oír la voz del interlocutor no es posible saber si esas cuatro pretensiones a su respecto son verdaderas o falsas”

A propósito de este pasaje me surgen algunas inquietudes que paso a enumerar. En primer lugar, esta caracterización de la argumentación posee una meta-premisa de corte ético, pues postula que la argumentación desde la perspectiva dialógica, está montada sobre una *disposición* hacia la persuasión o al menos hacia la justificación de una simetría argumentativa que expone pruebas a favor y en contra, y simplemente gana o persuade aquel que logra convencer al otro. En segundo término, me extraña el hecho de que el mecanismo planteado como esquema de pretensión argumentativa case casi a la perfección con el archiconocido mecanismo monótono de Reducción al absurdo, en esta caso tendría una nueva denominación, algo así como Reducción al absurdo hasta no escuchar pruebas en contra. Por último y a propósito de lo anterior, se me ocurría una interpretación alternativa a la presentada por Piacenza que dirían algo más o menos así: (1\*) que lo que se presenta como

conclusión tiene más de una interpretación (2\*) que admitir las premisas implica ciertas obligaciones, a la luz de lo anterior, (3\*) que pueden darse otras relaciones **R\***, (4\*) si se acepta lo anterior, se hace necesario reconsiderar la conclusión.

Quisiera culminar esta serie de comentarios al trabajo destacando la preocupación que me genera haber hallado una suerte de reedición del imperativo categórico kantiano, cuando propone la idea de que "... en una *discusión interiorizada* parece que sólo tendría sentido emplear el último tipo de recurso, i. e., el equivalente a la persuasión por el logos". Y más adelante agrega, "... no me interesa convencer al otro por cualquier medio, sino sólo por aquellos que también usaría para 'convencerme' a mí mismo..." Pues bien, aquí creo poder ver la aparición de otra meta-premisa ética al introducir un elemento de corte valorativo personal que se proyecta como la máxima kantiana, en este caso tendríamos que reinterpretar la máxima de la siguiente manera, argumenta de tal forma que no utilices para convencer al otro elementos que estarías dispuesto a aplicar a tu soliloquio argumentativo. Ahora bien, podríamos pensar en un par de situaciones en las que el soliloquio no arrojaría los resultados esperados aún basados en esta suerte de conciencia ético-epistemológica. Primera situación, que además está citada en algún lugar del trabajo, ¿qué hacer si un amigo nos ha entregado en préstamo unas armas y perdida la razón, nos las reclama? ¿Debemos entregárselas aún a sabiendas de que no se encuentra en su "sano juicio"? Segunda situación, una argumentación que conlleva al éxito no necesariamente debe ser ilegítima, esto es, dentro de la valoración ética de ciertos contextos el éxito o la capacidad de resolver problemas es tenido como un valor fundamental, luego, en ese contexto es perfectamente aceptable que utilice las herramientas necesarias para alcanzar la meta propuesta, aún a costa de mi prójimo epistémico, porque a fin de cuentas, tan sólo estaría en juego no la vida de alguien sino su prestigio intelectual o profesional. El propósito de este comentario no es por supuesto trivializar la discusión, sino destacar la peligrosa combinación que surge de mezclar elementos epistémicos con lógicos, como me parece que es el caso, es decir, si bien es cierto que la condición de profesional del Derecho supone una condición ética determinada, no menos cierto es que el ejercicio profesional a la hora de evaluar la coherencia y consistencia de los argumentos no tiene nada que hacer con la Weltanschauung que se tenga.

## **Comentario al trabajo presentado por el Profesor Eduardo Piacenza, "Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación" \***

Carlos A. Casanova \*\*

El trabajo del profesor Eduardo Piacenza encierra gran interés, en un medio como el nuestro, en el que el terreno de la argumentación jurídica ha estado dominado por un kelsenianismo superficial <sup>1</sup> y que, por ello, no ha podido enfrentar con herramientas teóricas satisfactorias el problema de las lagunas o el de la inadecuación de la teoría del silogismo judicial a la práctica efectiva de los jueces. A continuación trataré de destacar algunos de los méritos del trabajo y, también, algunas líneas con las que, quizá, pueda perfeccionarse todavía un poco.

Es cierto que el modelo del silogismo judicial no sólo es simple, en comparación con la complejidad de los casos reales, sino que no tiene

\* Estos comentarios, así como los que seguidamente se insertan del Profesor Tulio Olmos (Instituto de Filosofía, UCV) fueron formulados al trabajo aludido en ocasión de la celebración del IX Seminario itinerante de la Sociedad Venezolana de Filosofía (Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica, Caracas, 1999).

\*\* Departamento de Filosofía, Universidad Simón Bolívar.

1 En realidad, el pensamiento de Kelsen es muchas veces ignorado o no conocido en profundidad.

en cuenta que no puede arribarse a ninguna conclusión judicial válida sin oír a las dos partes, que en la resolución de un pleito jurídico los razonamientos no pueden ser monótonos, en el sentido en que el profesor Piacenza entiende esta expresión (derivado de la tradición de las investigaciones sobre “inteligencia artificial”): hay que tener en cuenta los puntos de vista relevantes, los de todas las partes interesadas, para que sea lógicamente válida cualquier respuesta. El propio autor lo dice de manera más clásica y más literaria, citando la obra *Medea*, de Séneca: “quien ha decidido algo sin oír a una de las partes, aunque haya decidido lo justo, no ha sido justo”. Desde el punto de vista lógico, lo que ocurre es que las “premisas” de las que se extrae la conclusión judicial no tienen valor sino en un contexto que no puede determinarse sin dar oportunidad a los posibles interesados de añadir informaciones que pudieran tener un efecto cancelatorio de los argumentos de los que parecería desprenderse la conclusión válida. Por esto, las argumentaciones jurídicas no pueden valorarse correctamente sino desde una perspectiva dialógica o dialéctica. Y, afirma Piacenza, ésa es una consecuencia teórica “mucho más importante que todos los ajustes, refinamientos, inversiones y ampliaciones de perspectiva a que han dado lugar las otras críticas al silogismo judicial”. Pero, añadamos nosotros que a conclusiones semejantes llegan otros autores (como Theodor Viehweg en su *Tópica y jurisprudencia*), aunque es cierto que: no lo hacen en el contexto de una crítica al silogismo judicial (pero ésta queda implícita), no explicitan tan claramente la necesidad del proceso contradictorio y no conectan la tradición jurídica con la tradición lógica derivada de las investigaciones sobre “inteligencia artificial”.

Igualmente es cierto que, como también afirma Piacenza, la no-monotonía se da no sólo en el razonamiento judicial, sino en áreas muy extensas de la argumentación humana, de las que apenas podrían excluirse algunas excepciones como el razonamiento geométrico de Euclides. Pero esto mismo nos lleva a plantear algunos problemas a Piacenza. Es sabido que la geometría euclidiana supone que el espacio es plano o no-curvo. Si no se considera esto, al menos uno de sus postulados deja de tener validez general y, sin embargo, el resto de su sistema axiomático es consistente. Del mismo modo, dos más dos son cuatro, supuesto que nos movemos en un sistema de base diez. Lo que se dice, se dice siempre en un contexto y señalando un objeto al que se refiere el discurso (como

dice Platón en Fedro, 273 y ss.). Eso ocurre en todos los campos del saber humano, incluidas las matemáticas. Lo cual no quiere decir que no puedan ellas elaborar razonamientos lineales o monótonos. Habría, pues, que pulir más delicadamente, según pienso, la diferencia entre las disciplinas que admiten razonamientos monótonos y las que no los admiten. En tal sentido, me parece de particular importancia la distinción entre las disciplinas teóricas y las prácticas, a la que alude Piacenza en el capítulo 5 de su trabajo, pero sin señalar la causa. En todo discurso humano se suponen contextos de significación, pero las disciplinas prácticas versan sobre la acción humana, que es un ente (accidental) sensible y concreto, que se mueve en un ambiente también sensible y concreto. Por esto, es imposible determinar con total certeza la acción prudente; y las circunstancias exigen limitar la deliberación para no ser irresoluto. Mientras más puntos de vista se tengan de la situación (consejos), mejor podrá actuarse. Y en general la disciplina que intente ordenar el razonamiento práctico tendrá que idear patrones más o menos indeterminados, que remitan a la experiencia, tal como se hace en la Ética a Nicómaco, X, 6.

También pienso que habría que distinguir la *via inventionis* de la *via demonstrationis*<sup>2</sup>. La obra de Euclides es la coronación de muchísimas jornadas de discusiones geométricas sostenidas por varias generaciones de sabios griegos. En todas esas discusiones se usó la dialéctica. Como muestra Aristóteles en los Tópicos, una de las funciones de la dialéctica es la búsqueda de los principios. Pero, una vez encontrados dichos principios, es posible estructurar el razonamiento de modo deductivo,

---

2 Manuel Atienza, en *Las razones del Derecho* (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pp. 22-26), expone una concepción de la *via inventionis* completamente ajena a la que uso aquí. Él vincula, en efecto, la *via inventionis* a “los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc”, que pueden llevar a asumir una postura, teórica o práctica. Su estudio, por ello, se remitiría a “determinadas ciencias sociales, como la psicología social [...]”. Por supuesto, la concepción clásica de la *via inventionis* es distinta. Se trata del proceso racional, que parte de captaciones intelectivas, por medio del cual se llegan a determinar los principios de los que depende una conclusión. Claro que en la deliberación (práctica) hay que tener en cuenta las circunstancias concretas donde va a tener lugar la acción, pero no de acuerdo con decisiones o pasiones arbitrarias, sino de acuerdo con el arte del razonar inventivo, que es la dialéctica.

desde las causas hacia los efectos <sup>3</sup>. Claro que en las materias prácticas, por las razones esbozadas en el párrafo anterior, nunca se alcanza una configuración definitiva.

Un punto más que debe tenerse en cuenta es que el Derecho es una disciplina práctica particular y el razonamiento judicial una parte de esa disciplina. Me parece que la causa de que el contradictorio sea necesario no reside sólo en la no-monotonía del razonamiento judicial, sino también en que hay intereses encontrados que hacen necesaria la intervención de un tercero imparcial. Hay que tener en cuenta, además, que la finalidad del proceso limita las posibilidades de recolectar perspectivas o de permitir a los interesados fundamentar sus respectivos puntos de vista. También debe considerarse una distinción, clásica en la disciplina, entre hechos y Derecho. Claro que el Derecho, en este sentido, no son sólo las normas jurídicas, como creen algunos. Ya son abundantes los autores europeos que hablan de los “principios generales del Derecho” como fines institucionales que determinan incluso la interpretación de las normas y que no son simples generalizaciones a partir del Ordenamiento normativo. Pero claro también que en el contradictorio lo que interesa sobre todo es oír las versiones fácticas de ambas partes, porque “el juez conoce el Derecho”. Por supuesto que esto no quiere decir que el “Derecho” se determine deductivamente. No. Uno de los grandes méritos de la citada obra de Viehweg reside precisamente en

---

3 Debe tenerse en cuenta que la noción aristotélica o platónica de “conocimiento científico” es distinta de la nuestra. Ellos no hablan de un “conjunto ordenado (o sistema) de conocimientos”, sino de *un juicio* cuya verdad se capta a través de una *demonstración*. El modo de esa demostración varía fundamentalmente según la materia de la que trate. Así, es importante la distinción entre disciplinas físicas y matemáticas: “En algunas disciplinas las mismas cosas son más conocidas para nosotros y por naturaleza, como en las matemáticas, que son abstraídas de la materia; y en éstas la demostración procede a partir de lo más conocido *simpliciter* y por naturaleza, es decir, de las causas a los efectos, por lo cual se llama demostración *propter quid*. En otras disciplinas, sin embargo, no son las mismas cosas más conocidas *simpliciter* y para nosotros, es decir, en las disciplinas naturales [físicas], en las cuales muchos efectos sensibles son más conocidos que sus causas; y, por ello, en las disciplinas naturales muchas veces se procede a partir de aquellas cosas que son menos conocidas por naturaleza y más conocidas para nosotros [...]” (Santo Tomás de Aquino. *In Aristotelis Librum De Anima Commentarium*. Libro II, lección 3, n. 245. Marietti. Torino, 1959)

mostrar que el Derecho es una decantación de la experiencia de los juristas a la luz de los problemas y de los casos; una decantación que sigue un modelo tópico de razonamiento, y no sistemático <sup>4</sup>. En todo

- 
- 4 Atienza (en la obra citada, pp. 57-63) hace una crítica despiadada de la obra de Viehweg. Me parece, sin embargo, que no es justa. Los puntos principales son los siguientes: Viehweg atribuye una pluralidad de significados a la palabra “tópica” y de funciones a la realidad a la que se refiere; el Derecho necesita de la lógica y Viehweg parece negarlo, además de no darse cuenta de que en el pensamiento moderno no se adoptó una lógica sistemática para todas las disciplinas, sino que se olvidó enteramente la lógica y se la sustituyó por las disciplinas analíticas; Viehweg no propuso ningún método para el Derecho; y, finalmente, la afirmación del autor alemán según la cual la aporía básica del Derecho es la cuestión de la justicia no pasaría de ser, según Atienza, más que una perogrullada. A todo lo cual podría responderse que, desde su constitución formal en los *Tópicos*, la dialéctica tuvo diversas funciones. No constituye un defecto de la obra de Viehweg, por tanto, que recoja esta tradición milenaria. Es cierto, por otra parte, que el Derecho no puede prescindir de la lógica, pero no creo que Viehweg quiera decir otra cosa que lo enunciado en el texto: el método de razonamiento del Derecho no es sistemático, cosa que, desde luego, se había perdido de vista. Quizá sea cierto que el defecto moderno consistió más en el intento de reducir toda disciplina a un único método y que ese método no era lógico, sino el de las ciencias analíticas (como la geometría o la mecánica analíticas); pero el mérito de Viehweg reside en haber llamado la atención sobre el hecho de que las disciplinas prácticas y humanas necesitan y usan de hecho un método distinto al de las ciencias naturales. El propio Kelsen, que en su *Teoría pura del Derecho* intentó una obra de salvamento de las ciencias humanas (la ciencia del Derecho, al menos) frente a las ciencias de la naturaleza, concedió tanto al positivismo que identificó hasta a la sociología con una ciencia natural y se quedó, por ello, condenado a un voluntarismo extremo. Viehweg, además, no propuso un método para el Derecho, le reprocha Atienza. Y pienso que fue ése un mérito de Viehweg. La Filosofía no tiene por función prescribir su método a las demás disciplinas, y tampoco la lógica. En realidad, desde su constitución formal por Aristóteles, la lógica no es otra cosa que la reflexión sobre el modo “natural” de razonar correctamente de los seres humanos, así como la gramática es una reflexión (y no la regla) sobre el uso del lenguaje. El arte tiene sus propias reglas; la función del filósofo, distorsionada terriblemente desde el intento cartesiano de fundar un método universal, es reflexionar sobre lo que hacen los artistas. Claro que esa reflexión influye luego en el arte. Pero no lo sustituye. Sin duda es una perogrullada decir que la aporía básica del Derecho sea la cuestión de la justicia. Pero esa trivialidad había sido negada en el contexto cultural de Viehweg (por Kelsen, por ejemplo) y la función del filósofo es, muchas veces, salvar las mayores perogrulladas, que son los principios. Así, por ejemplo, Platón defendió en el *Teeteto* que el hombre no es la medida de todas las cosas y Aristóteles en *Metafísica* Gamma que nada puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo



caso, si consideramos la distinción aludida, quizá podremos comprender mejor por qué ha perdurado tanto el modelo del silogismo judicial: porque, aunque no explique la génesis de la sentencia, sin embargo, establece un método de exposición o justificación de las decisiones.

Y, por cierto, también los clásicos hablaron del silogismo práctico. Pero ellos sabían que era del todo peculiar. En el caso de un juez, por ejemplo, el deseo de hacer la justicia es lo que, junto a su formación jurídica (con la que recurre a las reglas del arte, que no son sólo las normas), lleva a conseguir la correcta premisa mayor. En esto parecen acertadas las observaciones de Osvaldo Guariglia.

En cuanto a los cuatro supuestos de una teoría general de la argumentación que propone Piacenza (capítulo 6 de su trabajo), yo añadiría en el cuarto que deben aceptarse los argumentos legítimos, aunque duelan. Esta observación me lleva a pensar que no se ha tenido suficientemente en cuenta la función de los apetitos en la deliberación. Aristóteles la muestra muy claramente en la *Ética a Nicómaco* (libros III; VI; VII; y X, 9), donde, entre otras cosas, dice que el acto en el que termina la deliberación (la elección) es *órexix bouleutiké* y su objeto (lo elegible) es *bouleutòs orektós* (cfr. III, 3, 1113a9-10). Sin un amor recto, no se puede deliberar bien. Sin embargo, es cierto que, en último término, quien se deja arrastrar por un amor desordenado está actuando con un resto de ignorancia y, como dice Platón en el *Gorgias*, “no hace lo que quiere” o, como dice Aristóteles en el libro VII de su *Ética*, no sabe lo que le conviene o, si lo sabe, lo sabe como un borracho que recite versos de Empédocles, sin comprenderlos íntimamente.

El que Piacenza sitúe siempre (o casi siempre) la validez o legitimidad de los argumentos en la aceptabilidad para el interlocutor en una discusión (capítulo 5 de su trabajo) podría conducir a pensar que ha relativizado en demasía los principios de cualquier discusión no

---

aspecto. Por último, debo aclarar que no estoy de acuerdo en todo con Viehweg. Más bien tengo desacuerdos profundos, sobre todo porque él sustituye a la causa final por el “problema”. Sin embargo, esto no me impide reconocer sus innegables méritos. El filósofo, al interpretar a otros autores debe intentar más, me parece, ver su proximidad con lo verdadero que con lo falso. La realidad es la fuente de todas las experiencias, y –por ello– en todas las opiniones humanas puede descubrirse el aspecto de lo real en que han reparado.

geométrica. Sin embargo, habría que corregirse al leer el cuarto supuesto de su teoría de la argumentación, al ver que dicha teoría es concebida como “normativa” y, por tanto, que acepta sólo la persuasión por el logos. Más aún cuando se complementa la exigencia de tal tipo de persuasión con el símil de la deliberación: en principio (dejando a salvo lo dicho sobre la intervención del apetito), en la deliberación queremos ser convencidos por argumentos que realmente tengan peso. Tales son los que admitiría Piacenza en cualquier discusión. En lo cual recuerda a Sócrates, que discutía no para persuadir a otro, sino para persuadirse a sí mismo. Este parecido con el Ateniese lleva, a su vez, a descubrir que lo que constituye la teoría normativa de la argumentación no es simplemente una retórica, sino una filosofía primera. Quizás sea esto lo que mueva a Piacenza a no pretender elaborar un algoritmo que determine cuáles son los argumentos válidos o legítimos. En realidad, un tal algoritmo es un imposible, como ha mostrado tan bien Roger Penrose en su *The Emperor's New Mind* (Penguin Books, 1991, pp. 416-431): los principios del algoritmo sólo pueden conocerse por intelección o, como dice Aristóteles en el último capítulo de sus *Segundos analíticos*, por experiencia.

# **Comentario al trabajo presentado por el Profesor Eduardo Piacenza, "Silogismo judicial, no-monotonía y enfoque dialógico de la argumentación" \***

Oscar Sarlo \*\*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo del Prof. Piacenza, así como otros anteriores, me resultan de enorme interés para la teoría de la argumentación jurídica, porque la pone en conexión con marcos conceptuales más amplios, y aporta sutiles observaciones acerca de una cuestión crucial para una teoría jurídica completa. Es sin duda remarcable que un filósofo del nivel de Piacenza se 'anime' con un tema tan dificultoso como el que nos ocupa.

---

\* Comentario que formulara el autor al aludido trabajo presentado por Eduardo Piacenza, con ocasión de la celebración del IX Seminario Itinerante de la Sociedad Venezolana de Filosofía ( Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica, Caracas, 1999) El Prof. Sarlo no estuvo presente en el Seminario Itinerante de la Sociedad Venezolana de Filosofía, pero aceptó escribir su comentario, luego de la exposición que, en setiembre del mismo citado año, hiciera el Prof. Piacenza sobre el mismo tema en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay ( Montevideo).

\*\* Profesor del Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay (Montevideo).

Mi observaciones, pues, parten del reconocimiento de los innegables méritos del trabajo, y de las dificultades que pudieran derivarse del hecho de moverse en un campo generalmente opaco para quienes no han cultivado el punto de vista interno, como es el caso de Piacenza.

Estas observaciones, además, tienen un carácter meramente provisional y sólo buscan contribuir a una investigación que promete resultados interesantes.

## **2. LA DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Sin perjuicio de que pudieran señalarse otras, he de considerar tres tesis contenidas en el trabajo de Piacenza, referidas a la argumentación jurídica (en adelante: AJ):

a) tesis lógica: el modelo silogístico judicial es inadecuado para representar la argumentación jurídica, porque no toma en cuenta un rasgo característico de la AJ: un aumento de información invalida la conclusión, lo cual no sucede en la deducción silogística. Mientras que la AJ sería no-monótona, la deducción silogística es monótona.

b) tesis histórico-política: la administración de justicia sobre la base de un contradictorio es requerida por el hecho de que la AJ es no-monótona, esto es: que no hay garantías de que con mayor información no varíe la conclusión.

c) tesis epistemológica: la elaboración de una teoría normativa de la AJ (que es el objetivo de la investigación de Piacenza) requiere un abordaje dialógico para comprenderla.

Veamos, pues, por separado estas tres tesis.

## **3. TESIS ACERCA DEL CARÁCTER NO-MONOTÓNICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

### ***3.1. Una cuestión previa: el plano de análisis***

El Prof. Piacenza ha advertido correctamente, la necesidad de delimitar lo mejor posible la dimensión en que quiere plantearse la cuestión, cosa que suele no suceder. Sin embargo, me temo que él mismo sucumbe –por momentos– ante la misma dificultad. Por ejemplo en el §

2, al criticar los ejemplos ‘escolares’ de silogismo, utiliza uno muy común, consistente en poner como premisa mayor la norma general que castiga el homicidio, como premisa menor la constatación de la comisión de un homicidio por S, y como conclusión la sentencia de que S será penado con presidio. A mi juicio, el uso de este ejemplo es inadecuado en dos aspectos.

a) el ejemplo en sí <sup>1</sup> es erróneo, porque mezcla premisas normativas (la mayor) y no-normativas (la menor), y especialmente porque extrae una conclusión fáctica (predicción de un hecho), con lo cual en todo caso el silogismo no puede siquiera presentarse como jurídico. En la formulación clásica del ‘ejemplo escolar’, al menos la conclusión es normativa: ‘S *debe ser* penado con presidio’.

b) pero la observación que me parece más importante resulta del hecho que no se especifica adecuadamente el punto de vista para evaluar el silogismo. Por un lado, parecería que se quiere evaluar la corrección de un silogismo judicial, esto es, pronunciado por un juez, y por otro lado, parecería que se evalúa la corrección de la premisa mayor. Me parece que son dos cosas bien distintas. La evaluación de supuesto un silogismo judicial debería examinar únicamente la comunicación de verdad que pudiera existir entre premisas y conclusión. En cambio, si nos planteamos la posible validez de la premisa mayor (como argumenta Piacenza al plantear el adiconamiento de nueva información) pues lo que ha sucedido es que la premisa mayor no era válida, pero esto no invalida el silogismo como deducción, sino el contenido de verdad de la conclusión. Por consiguiente, se hace necesario distinguir cuidadosamente cuál es el objeto de crítica (o pretensión de corrección): si la enunciación de las premisas generales en derecho, o la deducción silogística hecha por un juez.

Conectado con lo anterior, pues, me parece que la argumentación de Piacenza pierde de vista que cuando un Juez justifica silogísticamente un fallo, lo que hace es reconstruir racionalmente una justificación de su conclusión, y para ello ha seleccionado las premisas que conduzcan a la

---

1 Que a juzgar por una transcripción anterior, ha tomado de Jañez, T. Lógica jurídica. Hacia una argumentación jurídica, p. 433-434.

conclusión. Pero a esa altura, el razonamiento ya está clausurado, y se supone que tomó en cuenta toda la información que en tiempo y forma fue puesta en conocimiento de la causa. Si cometió un error en la intergración de esa información, pues habrá errado en la captura de las premisas, pero no necesariamente en el silogismo.

Por consiguiente, me parece que no tiene sentido atacar el silogismo diciendo que el mismo quedaría invalidado si apareciera esa información adicional. Porque en materia judicial, existen principios fundamentales como que todo caso debe ser resuelto, en un tiempo determinado y con carácter definitivo. Se asume, así, que en principio, ninguna información posterior podrá modificar la validez de la conclusión.

En todo caso, tal circunstancia invalidaría una hipótesis general – de la ciencia descriptiva del derecho- que afirmase –por ejemplo- que *toda vez que intencionalmente alguien haya dado muerte a alguna persona deberá ser penado con presidio...* porque resultaría fácilmente falsable en los casos de inimputabilidad, justificación, eximentes, o inclusive falta de pruebas. Por lo tanto, para seguir coherentemente con el ejemplo, habría que señalar que si se agregaran las premisas que propone el Prof. Piacenza, cambiaría la conclusión, pero *no por ello* se invalidaría el silogismo: tan sólo se habría demostrado que la premisa mayor debía formularse de manera más completa, como por ejemplo: “El que [siendo mayor de edad] [y respecto del cual no se configurase ninguna causa de justificación o irresponsabilidad] [etc] intencionalmente haya dado muerte a alguna persona [todo lo cual resulte probado conforme a derecho] será penado...”. Luego, si corresponde en la premisa menor que “S [que es menor] ha dado muerte intencionalmente a B”, pues parece imponerse la conclusión de que “S no debe ser penado...”, con lo cual no está vedado el presentar tal conclusión en el modo silogístico.

Como lo muestra diáfananamente el modelo de Alchourrón-Bulygin, lo que ha sucedido es simplemente que ha cambiado el sistema dentro del cuál se operó la deducción, por una modificación de las premisas o axiomas; y es claro que ello implica cambio de las conclusiones admitidas.

En otras palabras, si lo que se evalúa es la corrección de la deducción del juez, pues no hay más remedio que ponerse en su lugar, y allí siempre está implícita una premisa compuesta por las exigencias procedimentales o normas de competencia (como diría Kelsen) según las cuales el juez

está obligado a fallar, en un determinado plazo, y respetando cierto orden de proceder; cumplido todo ello, deberá tomar (honestamente) todas las premisas (informaciones) que resulten para construir su sistema axiomático (para el caso) que fundamente la conclusión. Lo que no haya sido introducido en ese sistema, por las partes o el propio juez cuando está autorizado para hacerlo, pues lisa y llanamente no existe en el mundo ... jurídico de ese juicio, y por tanto, la conclusión no puede ser invalidada. Y ello no excluye que frente a propuestas de premisas divergentes formuladas por las partes, el Juez termine adoptando simplemente una decisión acerca de qué premisas ha preferido, lo cual no está impuesto por ningún algoritmo normativo.

### **3.2. La cuestión de la no-monotonía.**

A la luz de estas consideraciones, creo que debería especificarse más cuál podría ser el interés en la aplicación de las lógicas no-monotónicas a la AJ. Me parece que lo más interesante es mostrar que en la AJ lo crucial es la captura de las premisas, esto es, lograr su aceptabilidad. Y ésta se rige por una argumentación abierta, informal, donde se elaboran las premisas; sólo a partir de que quedan 'estabilizadas' las premisas es posible juzgar la corrección de la inferencia que haga el Juez; de lo contrario sería como juzgar la corrección de un silogismo desde un sistema diferente de premisas.

Ahora bien, esto me parece que no invalida el modelo no-monotónico, sino que pretende llamar la atención acerca de su alcance específico. La crítica de la monotonía en el silogismo judicial es válida y de recibo en cuanto con este modelo se ha querido mostrar el camino que supuestamente sigue el Juez para fallar. Es obvio que en la medida que no partimos de un sistema axiomático, sino que éste se va construyendo dialógicamente, el procedimiento no puede ser silogístico. La doctrina del silogismo se muestra así como ideológica porque ostensiblemente quiso ocultar el verdadero proceso de argumentación que subyace a nivel de las premisas, para seleccionar las cuales no existe un algoritmo ni cosa que se le asemeje: aquí estamos en un contexto de descubrimiento abierto, sólo contingente por las reglas de corrección procedimental y algunos condicionamientos muy generales provenientes del lenguaje ordinario y el técnico elaborado por la dogmática.

Además, me parece que la valiosa investigación de Piacenza debería desarrollar tomar en consideración en qué medida la no-monotonía se funda en la imprevisibilidad de nuevas informaciones, y en qué medida en el manejo de un lenguaje ordinario, cuya imprecisión no se quiere –funcionalmente– eliminar.

Es cierto, como afirma Piacenza, que en los debates jurídicos no hay garantía de que un aumento de información no invalide las conclusiones, pero ello no es debido a una particular forma de la deducción jurídica, sino al hecho de que las premisas de que se parte no están completas. El juez que se enfrenta a un caso para resolver, tiene a su disposición hipótesis normativas generales (las normas) de las cuales se servirá para ir aproximándose a la solución. Esas hipótesis generales no son más que indicadores de criterios de relevancia para conectar las consecuencias sancionatorias. Pero como la concurrencia de criterios de relevancia para imputar la consecuencias deben extraerse del caso mismo (se deben construir desde el caso) pues no hay más remedio que abrir una instancia cuyo objetivo es precisamente –entre otros- argumentar acerca de los criterios de relevancia para conectar las consecuencias normativas.

Desde luego, esta instancia puede ser vista como un intercambio de información, pero es más interesante verlo como un campo argumentativo acerca de la relevancia de los distintos aspectos que presenta un caso, a fin de que –a través de ello- determinar la pertinencia de una u otra premisa mayor.

Quiere decir pues, que la particularidad de la argumentación jurídica está en que se orienta a la captura de las premisas; por eso se propugna la tópica como modelo. Ahora, después que se ha cancelado la discusión acerca de las premisas, la conclusión puede evaluarse como una deducción.

Otro aspecto que –a mi juicio- debería examinarse más detenidamente es la circunstancia de que en las controversias judiciales argumentamos en el lenguaje natural, el cual es forzosamente impreciso. Desde este punto de vista, habría que considerar si en lugar de un aumento de información, o una argumentación en pos de premisas plausibles, el debate judicial no apunta también a la especificación o delimitación de las hipótesis más generales. Muchas controversias que se presentan como



disputas interpretativas, apuntan o se resuelven en precisiones, clasificaciones o distinciones semánticas que inciden sobre el nexo consecucional o sancionatorio.

Este aspecto quizás no sea diverso del planteado en 2.1., y ciertamente no es excluyente, pero creo que merecería una consideración especial.

#### **4. EL PROCESO CONTRADICTORIO COMO NECESIDAD DERIVADA DE LA NO-MONOTONÍA DE LA ARGUMENTACIÓN**

En un plano que he denominado histórico-político, Piacenza avanza una tesis fuerte:

la administración de justicia mediante un proceso contradictorio no es una pura contingencia histórica, sino algo requerido por la índole de las razones que pudieran esgrimirse para defender el derecho cuya protección se pide. como los argumentos jurídicos son de carácter no-monótono (...) para apreciar su peso habrá que darle ocasión de manifestarse a aquellos que podrían debilitarlos, y por eso también la conclusión alcanzada será tanto más segura cuanto mayor oportunidad haya habido de contar con esas informaciones que obligarían a cancelarla (§ 3).

Según este enunciado, parecería que la naturaleza interna de la AJ (no-monotonía) determina -o se impone a- las variables sociales o institucionales (administración de la justicia sobre base contradictoria). Me parece que no existe evidencia para una tesis tan fuerte, si consideramos lo siguiente:

a) la tesis supone que los procedimientos judiciales se organizan para alcanzar la verdad o al menos la verdad más plausible en cuestiones conflictivas referidas a acciones sociales. La investigación debería considerar que existen otras teorías que ponen el énfasis en la funcionalidad de los procedimientos judiciales en la legitimación de los sistemas políticos. En especial, cabría considerar la teoría de Luhmann, que sostiene que los procedimientos judiciales cumplen la función de disolver las tensiones políticas, aislando a los sujetos bajo un modelo de disputa personal, descolectivizada (destribalizada) con lo cual se

desactivan conflictos que de otra manera se volverían inmanejables para la sociedad. En esta óptica, lo central es la organización dialógica del procedimiento, sin importar que en la práctica exista o no un mejoramiento de la información monológica. Lo que importa es la forma, más allá de todo resultado informacional.

b) esto es importante, porque si se parte del supuesto que parece aceptar Piacenza, deberíamos evaluar como mejor aquellos fallos en los cuales ha existido un mayor aporte de información, o hasta apreciaríamos más la mayor apertura informativa del proceso. Sin embargo, podemos sostener que para el derecho es tan correcta una sentencia en la cual ha habido un extenso cambio de información, como aquella en la cual no lo hubo; el juicio de corrección es insensible a esta contingencia. Más aún, el derecho parece apreciar mucho el hecho que los litigantes eliminen el contradictorio por cualesquiera de las llamadas formas no controversiales, o modos anómalos de terminar un juicio. Todos ellos merecen la majestad del valor de cosa juzgada, porque la cuestión no es la verdad, sino la paz social. Y para ello no hace falta mayor información sino administrar equitativamente las oportunidades, y hacer responsable a cada uno por su utilización.

## **5. LA TESIS EPISTEMOLÓGICA**

La tercera tesis que quisiera comentar, es la denominé 'epistemológica', porque postula la adecuación del abordaje dialógico para comprender la AJ.

Al respecto, Piacenza afirma que tal abordaje viene impuesto porque:

1º) es el único que se adecua al carácter no-monótono de su objeto (la AJ)

2º) las AJ sólo se comprenden en el marco de una discusión, lo cual supone al menos dos contradictores.

3º) las pretensiones presupuestas en quien argumenta no se pueden validar hasta tanto no se 'oiga' al contradictor, que es quien puede confirmar o contradecir esas pretensiones.

El primer argumento, deberá aquilatarse en función de la especificación del objeto que señalé supra § 3.1, y por tanto la pertinencia queda supeditada a ello.

El segundo argumento, ya supone el análisis de la AJ en sede judicial, *previa a la sentencia*, y por tanto está ya especificado el ámbito de análisis. En este contexto, la pertinencia es clara, pero entonces creo que la investigación deberá tomar en consideración que la discusión judicial no es una discusión bajo los supuestos que plantea Piacenza en §5 párrafo 9. El modelo que maneja Piacenza no toma en consideración que no se discute para llegar a la verdad, sino para convencer al Juez que ha de decidir la cuestión. Esto no quita que la AJ pueda caracterizarse como discurso, por estar sometida a criterios de corrección, tal como sostienen Alexy y Habermas. Los criterios de corrección apelan a la razón procedimental, pero no a la búsqueda desinteresada de la verdad, al modo que suponemos en la ciencia. Para el derecho es perfectamente válido que dos personas persigan fines opuestos en un juicio, y que para hacerlo, construyan o apelen a premisas diversas. Casi diría que ningún litigante espera ser convencido en el juicio, al menos por la contraparte. En todo caso, la experiencia jurídica muestra que no es fácil hacer generalizaciones en este campo.

La tercera razón aducida por Piacenza va más allá de lo justificado: que no es necesario oír al otro para validar la argumentación de quien promueve la discusión se demuestra simplemente por la circunstancia de que ningún procedimiento judicial se basa en tal audiencia, sino tan sólo –y cada vez más enfáticamente- por la sola circunstancia de haberle dado la oportunidad de hablar. La AJ se valida por el procedimiento formal seguido para concluir, y esto no incluye oír al otro, sino tan sólo darle la oportunidad, que –contingentemente- utilizará o no, según sean sus posibilidades o intereses.

Por esta vía, también me parece que se resiente el modelo imaginario de la *argumentación interior* que propone Piacenza (§ 6) como criterio de corrección. En efecto, si no se trata de una discusión entre dos sujetos que persiguen la verdad discursivamente, porque falta la mediación de un tercero (el Juez) a quien se le pide que custodie valores comunitarios (equidad procedimental y principios normativos constitutivos) pues entonces, la discusión interior no da cuenta cabalmente de las circunstancias en que se argumenta judicialmente.

# La formación del abogado\*

Ricardo Hernández Álvarez\*\*

*A la memoria de Fernando Pérez-Llantada (S.J.),  
formador de abogados.*

Por decreto 223 del 21 de junio de 1971, el presidente Rafael Caldera estableció como Día Nacional del Abogado el 23 de junio por ser ese el del natalicio del Dr. Cristóbal Mendoza<sup>1</sup>, egregio abogado, primer presidente de la República y figura esclarecida de la dignidad civil y del procerato moral de la patria. Para la celebración correspondiente a este

---

\* Discurso de orden pronunciado por el autor en el acto conjunto que, para conmemorar el Día del Abogado, realizaron la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela. El acto tuvo lugar en la sede de la primera de dichas instituciones (en el Palacio de la Academia), el 21 de junio de 2001.

\*\* Abogado por la Universidad Central de Venezuela, Fundador y Ex Director del Centro de Estudios Jurídicos J.M. Domínguez E. , Barquisimeto, Estado Lara.

1 El decreto respectivo salió publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela ejemplar N° 29.540 del mismo 21 de junio de 1971. La iniciativa corresponde al Colegio de Abogados del Estado Falcón, que formuló su proposición el 15 de enero de 1955 (Cf. BRICEÑO PEROZO, Mario: "Cristóbal Mendoza, el Sabio que no Muere Nunca". Págs. 25 y 135 y 136. Academia Nacional de la Historia. El libro Menor. Caracas 1990)

año, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela acordaron la realización conjunta de este acto y me confirieron el inestimable honor, que compromete altamente mi gratitud, de designarme para decir las palabras que el uso impone en ocasiones semejantes.

Para corresponder a tan señalada distinción como es la de venir a esta Casa de la Inteligencia Venezolana a cumplir tan honroso cometido, me dispongo a hacer algunas reflexiones sobre un tema que me preocupa altamente y al que atribuyo singular importancia en esta hora de nuestra historia. Tal tema es el de la formación del abogado. No son consideraciones de un especialista, ni de alguien que pretenda dictar cátedra sobre el particular. Son simplemente la expresión de la inquietud de un abogado que siente amor couturiano<sup>2</sup> por su profesión, de un venezolano a quien le duele el país en carne propia, de un universitario convencido de la grave responsabilidad que corresponde al Alma Mater en la búsqueda de la solución a los problemas que nos afectan y de que, concretamente, las graves deficiencias de nuestro poder judicial y en general de nuestros servicios jurídicos no podrán ser superadas si las facultades no cumplen la elevada misión de formar abogados de alta calidad profesional, de sólidos principios éticos, de amplia cultura y de fina sensibilidad social.

Todo los años egresa de nuestras facultades una cantidad cada vez mayor de abogados, sin que nadie responsablemente se haya preguntado si ella guarda relación con nuestras necesidades sociales ni haya examinado la aptitud del mercado de trabajo para asimilar sanamente el creciente contingente de profesionales del derecho que anualmente le arrojan las universidades<sup>3</sup>.

El Instituto de Previsión Social del Abogado fue creado por la Ley de Abogados del 12 de diciembre de 1966, que hizo obligatoria la

---

2 “AMA A TU PROFESIÓN” es el décimo y último de los “Mandamientos del Abogado” de Eduardo J. Couture. Ediciones Depalma. Buenos aires 1962. Pág. 12

3 El Artículo 18 de la Ley de Universidades dispone que el Consejo Nacional de Universidades está encargado de planificar el desarrollo de éstas “de acuerdo con las necesidades del país”, y el artículo 22 señala entre las atribuciones de la Oficina de Planificación del Sector Universitario “hacer el cálculo de las necesidades profesionales del país a corto, mediano y largo plazo” (Num. 2)

pertenencia de todos los abogados al nombrado Instituto y les concedió un plazo de seis meses para formalizar su inscripción. En 1970 el INPREABOGADO tenía seis mil novecientos sesenta y cuatro miembros, cantidad ésta que es legítimo considerar como la casi totalidad de los abogados existentes en el país para la fecha. Venezuela tenía entonces diez millones treinta y seis mil ochocientos noventa y cuatro habitantes; es decir que había, en números redondos, un abogado por cada mil cuatrocientos cuarenta y un habitantes. Para el 25 de abril de este año el INPREABOGADO tenía ochenta y seis mil setecientos setenta y ocho inscritos y el número de habitantes de Venezuela es de veinticuatro millones seiscientos treinta y un mil novecientos, o sea que, también en números redondos, existe un abogado por cada doscientos ochenta y cuatro habitantes.

Es interesante destacar el crecimiento promedio de la abogacía venezolana en las últimas décadas, tomando siempre como referencia las inscripciones en el INPREABOGADO: en la década de los setenta el promedio anual de nuevos inscritos fue de mil cien, en la de los ochenta de mil seiscientos, en la de los noventa de cinco mil. De lo dicho podemos observar que el incremento del promedio de inscritos en el referido Instituto en la década de los ochenta aumentó en 45% con respecto al promedio de la anterior y el de la década de los noventa aumentó en un 212,50% con respecto al de los ochenta.

En el año dos mil hubo seis mil nuevos inscritos y de enero al 25 de abril de dos mil uno se habían inscrito tres mil nuevos abogados<sup>4</sup>.

El Boletín Estadístico de Educación Superior, editado por la Oficina de Planificación del Sector Universitario, en su Nº 18 correspondiente a 1998 (el último publicado) señala que ese año egresaron de las universidades del país tres mil trescientos cuarenta y cinco abogados, obviamente la más numerosa de las promociones seguida de la de médicos que alcanzó a mil seiscientos seis graduados (es decir algo menos de la

---

4 Los datos relativos a las inscripciones en el INPREABOGADO fueron obtenidos en el referido Instituto, por diligencia del Dr. José Luis Machado Astudillo, a quien expreso mis más cumplidas gracias. Los referentes a la población de Venezuela están tomadas de la publicación de la Oficina Central de Estadística e Informática (OCEI) denominada "VENEZUELA: Estimaciones y Proyecciones de Población 1950-2035". Caracas 2000.

mitad). No deja de ser interesante señalar que el número de ingenieros civiles fue de quinientos treinta y tres y el de ingenieros petroleros de ciento treinta y cinco<sup>5</sup>.

Según la misma fuente para 1998 había treinta y tres mil seiscientos ochenta y un estudiantes inscritos en las escuelas de Derecho del país. En Medicina y Economía, para citar otros dos ejemplos, la matrícula alcanzaba a diez mil ochocientos cuarenta y dos y cuatro mil setecientos ochenta y siete, respectivamente<sup>6</sup>.

Ante estas cifras no puede uno dejar de recordar a Calamandrei quien señaló que “en la abogacía todo exceso de profesionales produce, como inevitable consecuencia, la decadencia cualitativa de la profesión; más aun y precisamente la anulación de su razón de ser”. “El excesivo número de abogados, continúa, destruye por consiguiente todas las ventajas de la abogacía libre; y el problema fundamental de ésta consiste, pues, en impedir a través de una severa selección intelectual y moral que el número de profesionales de la abogacía salga fuera de los límites compatibles con las finalidades públicas de la profesión” y con énfasis concluye: “*Son necesarios pocos abogados y bien escogidos; de otro modo la utilidad social de la abogacía es una mentira y una ironía*”<sup>7</sup> (cursivas P.C.).

Esta superabundancia de abogados tiene su explicación en la preferencia de los jóvenes bachilleres por la carrera y en la proliferación de facultades de Derecho que se ha producido en el país especialmente en los últimos años. Averiguar las causas de una y otra circunstancia es importante para conseguir el remedio a lo que no dudo en calificar de una patología social.

Calamandrei señala la presencia en la facultades de “una gran masa de jóvenes en busca del pan cotidiano que no tiene por los estudios jurídicos más predilección que la que deriva de la confianza ilimitada en su facilidad”<sup>8</sup>. Y al exponer las conclusiones de su trabajo expresa: “Las causas inmediatas de la actual decadencia de la abogacía italiana hay

---

5 La información respectiva se consigue en las Págs. 549, 544, 539 y 540

6 La información respectiva se consigue en las Págs. 143, 136 y 143.

7 CALAMANDREI, Piero. “Demasiados Abogados”. Págs. 59 y 60. EJE (Breviarios de Derecho) Buenos Aires 1960

8 Ib. Pág. 161

que buscarlas, aparte del general decaimiento de la enseñanza media, en la excesiva facilidad con que los jóvenes salidos de las escuelas secundarias logran licenciarse en Derecho y luego ingresar en el ejercicio profesional”<sup>9</sup>. La presencia de este mismo fenómeno entre nosotros es evidente. Con la claridad que las anécdotas de la vida cotidiana explican los hechos sociales mejor que muchos tratados, la influencia que el facilismo (uno de los males más perversos que afecta al país) tiene en la predilección de nuestros liceístas por los estudios de derecho, se hace patente una que me contó hace algunos años un ilustre abogado larense por quien tuve sentimientos de afecto y de admiración grandes, el Dr. Eligio Anzola Anzola. Ya retirado de toda actividad pública, y recién radicado de nuevo en Barquisimeto, quiso visitar su pueblo natal, Río Claro, un hermoso villorrio enclavado en una zona eminentemente agrícola, ubicada a escasos kilómetros de la capital del Estado. Se acercó hasta el liceo, construido bajo su gestión de gobernante, y se dispuso a conversar con los alumnos. Le llamó la atención que casi todos querían ser abogados y le preocupó la ausencia de vocaciones por las ciencias del agro. La respuesta a su interrogación acerca del motivo por el cual les atraía tanto la idea de ingresar a una facultad de derecho no pudo ser más decidora: “porque ahí uno se gradúa ligero sin matarse mucho”.

A los jóvenes recién bachilleres que ingresan a las facultades de derecho, hay que añadir los renegados de otras carreras que, asustados por las dificultades que encontraron, van a buscar cómodo refugio en la nuestra; de ellos habla Calamadrei cuando refiere el caso de “esos hijos pródigos que huyen de los estudios de Matemáticas, de Medicina o de Letras y retornan al seno, al dulce amor de la fiel jurisprudencia; y la razón que dan para explicar esa retirada suya a mitad de año, es siempre la misma: ‘me he dado cuenta de que era preciso trabajar demasiado’”<sup>10</sup>. Los jubilados, las amas de casa que terminaron de criar sus hijos y se aburren en las tareas del hogar, los practicantes de otros oficios a quienes les queda un “tiempito” para ir a la universidad, también forman parte del conglomerado humano que asiste a las escuelas donde se forman (digo mejor, recordando a Cecilio Acosta<sup>11</sup>, se fabrican) abogados.

9 Ib. Pág. 297.

10 Ib. Pág. 163

11 “Cosas Sabidas y por Saberse”. En Obras Completas. Tomo II. Pág. 670. Fundación La Casa de Bello. Caracas 1982



Son, pues, muchos los que aspiran a estudiar Derecho. Y son también muchas las facultades donde pueden hacerlo. En Venezuela existen quince facultades de Derecho, casi todas con turnos diurno y nocturno. Cuatro de ellas son públicas y las once restantes son privadas. Lo que esta cifra significa en nuestro ámbito universitario sólo se valora comparándola con otras; así, por ejemplo, el número de facultades de Medicina es de ocho (todas públicas) el de Odontología es de siete (cinco públicas y dos privadas) y el de Ingeniería Agronómica ocho (de las cuales sólo una es privada)<sup>12</sup>.

Del total de facultades de Derecho, ocho son de creación mas o menos reciente; todas privadas.

¿Cuál es la causa de la proliferación de facultades de Derecho en nuestro país? La misma perversa razón que impulsa a los jóvenes a preferir los estudios jurídicos: el facilismo. Es muy fácil crear una escuela de Derecho. Es muy fácil “inventar” un profesor de Derecho si se consigue a alguien con mucha audacia, algo de labia y pocos escrúpulos. Es muy fácil, y sobre todo muy barato, equipar un local con los requisitos mínimos indispensables para la enseñanza jurídica. No deja de ser significativo que todas las escuelas de Derecho creadas en los últimos tiempos sean de carácter privado.

En 1986 el Dr. Levis Ignacio Zerpa<sup>13</sup>, profesor de las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, a la sazón Secretario del Directorio de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela y actual Presidente de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, alertó sobre el riesgo que esto significaba y que era todavía incipiente. Entonces dijo:

Un peligroso fenómeno ha surgido en nuestra profesión: La privatización comercial acelerada de los estudios de derecho (...) Existe el riesgo inmediato de convertir la formación del abogado en una simple

---

12 “Oportunidades de Estudio en las instituciones de Educación Superior en Venezuela”. Págs. 128, 65, 68 y 50. Consejo Nacional de Universidades, Oficina de Planificación de la Educación Superior, Oficina Central de Orientación y Admisión a la Educación Superior. Caracas. 2000

13 “Abogacía, Democracia y Universidad –Un Discurso y Once Notas-“. Pág. 9. Ediciones Para El Nuevo Derecho. Caracas 1986

actividad mercantil privada, donde el título puede llegar a obtenerse sin contar con la imprescindible formación científica y careciendo, además, de la conciencia ética y social necesaria para llegar a ser verdadero abogado y no simple graduado en derecho. (...).

La propensión a hacer de sus escuelas de jurisprudencia la fuente principal para la obtención de recursos económicos en las universidades privadas fue estudiada en Colombia por Jairo Parra Quijano<sup>14</sup>, quien hace tajantes señalamientos sobre el particular:

Generalmente, los particulares que pretenden fundar universidades, encuentran en la facultad de derecho el recurso fácil y útil que les permite conseguir dinero para construir sede y así fundar otras facultades.

Las facultades de derecho, como funcionan en su mayoría en el país, no requieren mayores recursos, como sí lo exigen otras facultades. Es muy común oír decir: ‘para hacer una facultad de derecho solo se requiere una persona que hable, un tablero, un borrador y una tiza.’. Otras facultades requieren laboratorios, materiales, etc.

Fundada una facultad con los criterios anteriores, se convierte en una proveedora de profesionales sin mayor dotación de tipo científico.

Puedo afirmar que muchas facultades de derecho no son más que un burdo negocio para favorecer a ciertas instituciones que aspiran, seguramente por vanidad de sus directivos, a convertirlas en universidad, pero no con el criterio del pedagogo informado por el deseo de diseñar un hombre mejor para nuestra sociedad, sino con fines egoístas.

No quisiera ser tergiversado y que se entendiera como que todo lo hasta aquí dicho implica una condena absoluta a cuanto se hace en el seno de nuestras Facultades. Conozco de obras de docencia, de investigación y de extensión que se hacen en ellas dignas del mayor encomio. Son numerosos los profesores que cumplen con ejemplar seriedad su elevada misión. De su seno salen publicaciones de calidad: las revistas y los fondos editoriales de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, para citar dos ejemplos, constituyen el más importante material de estudio y de consulta con que contamos

---

14 “Las Facultades de Derecho por Dentro”. Pág. 66. Tercera edición. Rodríguez Quito Editores. Bogotá. 1985.

los abogados de Venezuela. Sé también de la existencia de abundantes jóvenes, con verdadera vocación por los estudios de jurisprudencia, que hacen un serio esfuerzo por prepararse con el anhelo de obtener mayores conocimientos para servir al país. Pero la existencia del facilismo en las escuelas de Derecho es un terrible mal que es preciso diagnosticar con claridad para proceder a erradicarlo con prontitud para que ellas puedan cumplir a plenitud el gran compromiso que tienen con la nación<sup>15</sup>.

Que el mal sea viejo y exista en otras latitudes (como lo vimos con las observaciones de Calamandrei) no es excusa para tolerarlo.

También debo decir (con el mismo objeto de que no se mal interpreten anteriores afirmaciones) que la presencia del sector privado en la educación es algo que me merece la mayor consideración y que ha producido indudables beneficios al país. Conozco instituciones universitarias –y concretamente facultades de Derecho– privadas dignas de todo respeto. Pero todo el mundo sabe que hay otras (lamentablemente no tan pocas) a quienes importa más la rentabilidad que la respetabilidad.

Que haya universidades y facultades que sean unas mejores que otras es algo natural. Lo que resulta inadmisibles es que existan universidades unánimemente calificadas de “piratas”. Que unas estén mejor dotadas que otras, es también normal; pero que haya algunas que no tengan ni siquiera una biblioteca que merezca el nombre de tal, es algo que tiene que ser rechazado. Que haya profesores que tengan mayores destrezas que otros, no debe causar extrañeza a nadie; pero

---

15 En el discurso que pronunciara en el acto de instalación de las “Jornadas de Reflexión Sobre el Pensum de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello”, celebradas del 10 al 12 de diciembre de 1984, el Dr. Alfredo Morles Hernández, ex decano de la Facultad de Derecho de la nombrada universidad e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, señaló un hecho demostrativo de este mal y que pervirtió lo que podía ser una buena idea pedagógica: el establecimiento de materias electivas. La tendencia a lo que él llamó “la persistencia de la línea del menor esfuerzo en los alumnos” determinó que estos soslayaran materias importantes a cargo de profesores exigentes en beneficio de otras “menos significativas, en las cuales es fama que todo el mundo saca buenas notas.” El importante discurso forma parte del valioso material de trabajo de dichas Jornadas, el cual permanece inédito y me fue facilitado por gestiones de la Dra. Ana María Guarío, a quien expreso el testimonio de mi agradecimiento. Igualmente agradezco a la Directora de la Escuela, Dra. Magali Vásquez, haber dispuesto que me fuera entregado.

que haya (como los hay y en número no pequeño) individuos profesando asignaturas sobre las cuales no están en capacidad de aprobar un examen medianamente riguroso, tiene que producir indignación.

Si serio es el problema de la plétora profesional representado por el gran número de abogados existentes en el país, más grave aún es la bajísima formación con que están egresando de las facultades, como es inevitable que sea una vez que el facilismo, como hemos visto, se ha instalado en ellas.

De nuevo aclaro: no quiero incurrir en una totalización injusta pues sé (he tenido la fortuna de conocerlos y tratar con ellos) que hay jóvenes brillantes, con densa formación, que apenas graduados aventajan largamente a muchos veteranos. Los reiterados triunfos que estudiantes ucabistas han tenido en certámenes internacionales son clara demostración de la existencia de una juventud que debe llenarnos de orgullo y de esperanzas. Pero es un hecho notorio que la formación promedio de nuestros egresados deja mucho que desear; quien pida demostración empírica de lo afirmado está incurriendo en un acto de fariseísmo.

El que se disponga a compilar una antología nacional del disparate jurídico encontrará abundante material y lo más grave es que el mayor reservorio lo hallará en decisiones judiciales y administrativas; de allí la gran inseguridad jurídica que reina en país y la debilidad de nuestro Estado de Derecho; males estos que si queremos enfrentar de verdad y a fondo, tenemos que hacerlo desde las facultades y si queremos hacerlo deberíamos comenzar por preguntarnos cuál es el tipo de abogado que necesita la Venezuela de hoy y, por supuesto, en qué sentido debería orientarse su proceso formativo.

Particularmente creo que antes de una abogacía altamente especializada, cargada de conocimientos de reglas técnicas, con la memoria atiborrada de leyes y de aforismos, de datos jurisprudenciales y de referencias doctrinarias lo que necesitamos es una abogacía más culta. Cultura, gustaba recordar Luis Beltrán Guerrero, quiere decir cultivo<sup>16</sup>.

---

16 Cf.. "El Instituto.", "Leer, ver, escuchar", "La tarea", "Cultivo y culto" en "Candideces". Segunda Serie Págs. 103 a 113. Editorial Arte Caracas 1963. "Estado y Cultura" en "Candideces". Décima Serie. Págs. 270 a 273. Editorial Arte. Caracas 1979. "Salvación por la Cultura" en "Candideces". Décima Sexta Serie, Págs. 82 a 86. Academia Nacional de la Historia. Caracas 1994

Cultivo de la mente, del espíritu de la sensibilidad. El hombre culto es, pues, el hombre cultivado y por tanto distinto del bien informado y aún del erudito: aquel más que sapiencia tiene sabiduría y sobre todo aptitud para comprender y analizar los hechos que ocurren a su alrededor examinándolos en la inmensa complejidad que, aún las cosas más sencillas, suelen tener. El hombre culto es, fundamentalmente, uno que sabe comprender; que está afanoso de comprender.

Si algún profesional ha de ser culto es el abogado. La materia objeto de su trabajo (la conducta humana en su vida de relación) así lo requiere. Nada más contrario a la misión que corresponde al profesional del Derecho que la de limitarse a la aburrida tarea de subsumir hechos de los hombres en tipos legales, con la misma displicencia de quien coloca las piezas de un artefacto en los sitios diseñados para cada una de ellas; el padre Luis María Olaso (S.J), una de las personas que más trabajó en Venezuela para formar abogados que fueran al mismo tiempo verdaderos juristas, decía que para que aquellos alcanzaran esta categoría deberían diferenciarse de lo que él llamaba “electricistas del Derecho”. “Electricista, expresaba, es el que sabe hacer conexiones, unir cables para que pase la electricidad; pero no sabe, ni le preocupa qué es la electricidad. Llamo ‘electricista del Derecho’, continuaba, al titulado que sabe introducir una demanda, cómo oponer una excepción, cuándo presentar tal documento etc. para que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas; pero ignora que es el Derecho y no se preocupa lo más mínimo por la Justicia”<sup>17</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaba Mario Briceño Irragorri quien, en un ensayo de 1956 (y desde un exilio que sólo físicamente lo mantuvo alejado de la patria), se preguntaba “¿Se ha preocupado la universidad por crear de verdad en sus doctores una conciencia de juristas y de filósofos? ¿Ha mirado la problemática de la Facultad a algo más que a la formación de profesionales y pleitistas?” “A los profesionales del derecho, decía, corresponde por gravedad de disciplina, la orientación de la conciencia jurídica del pueblo”, por ello consideraba que la Universidad estaba obligada a “producir juristas y filósofos del derecho más que

---

17 “Juristas Abiertos ante un Mundo en Cambio”. En “Derechos Humanos, Pensamiento Comunitario y Otros Temas”. Pág. 459. UCAB - Centro de Investigación. Caracas, 1985.

abogados” pues éstos “se truecan con frecuencia en enemigos eficaces del Derecho” (...) llegando “algunos a convertirse en enemigos del pueblo y de la nación”. Para lograr estos propósitos abogaba por “un retorno a las humanidades”<sup>18</sup>. Convencido de que “la cultura humanística (...) aporta una serie de elementos que ayudan a la conquista de un saber útil” propone que al principio de cualquier curso se estudien materias como lógica, lenguas clásicas, gramática superior, antropología y ontología, pues piensa que por ahí “debe empezar toda disciplina superior”, que sin esos “ingredientes iniciales se hace difícil entender en forma provechosa el Derecho, la Historia, la Política”<sup>19</sup>.

El abogado debe ser un humanista a quien nada humano le sea ajeno, conforme a la clásica expresión. El que tiene formar la universidad de hoy ha de ser un humanista del Siglo XXI a quien no le bastan los saberes tradicionales y cuyo afán de comprender debe extenderse a los predios de la Ciencia y de la Tecnología desde los cuales se pretende orientar la marcha del mundo con resultados que serán funestos sino se inspiran en principios de bien colectivo, de justicia y de paz; es decir de humanismo. Para que los adelantos de la Ciencia y de la Técnica se traduzcan en mayor felicidad para el género humano han de estar regidos por preceptos jurídicos adecuados. Formar juristas capaces de elaborar y aplicar tal preceptiva es grave responsabilidad de la universidad contemporánea.

El Derecho no es un esquema montado en el vacío, ni está encerrado en una campana neumática. Tampoco salió de los sesos de los juristas, como un conejo del sombrero del mago. Inspirado en principios universales y eternos, su formulación concreta es producto de una larguísima evolución histórica, fruto de las más disímiles confrontaciones entre los distintos grupos humanos, está constantemente presionado por los hechos sociales y económicos, sometidos a las exigencias que imponen la evolución de las ideas y los cambios de la mentalidad y hasta de los gustos de las gentes; desde siempre (pero especialmente en nuestros días y más aún en los que vendrán) ha estado

---

18 “La Hora Undécima” en “Obras completas”, Vol. IX, Págs. 219, 220 y 221. Ediciones del Congreso de la República. Caracas, 1990.

19 Ib. Pág. 212.

retado por la Ciencia y por la Técnica, cuyas innovaciones exigen respuesta jurídica. Comprender el Derecho, entonces, implica necesariamente el estudio de la Filosofía, de la Historia, de la Sociología, de la Economía, de la Psicología, de la Teoría de Las Ciencias. Un estudio puramente normativista, como el que fundamentalmente se hace, da como resultado a un abogado que no comprende el Derecho; lo que equivale a un “no abogado”, tal vez a un mero operador de las leyes: a un “electricista del derecho”, para volver a usar la expresión del padre Olaso.

Algunas de estas materias se ven en las facultades, otras no; pero las que figuran en los respectivos curricula son consideradas casi como materias de relleno. Tal es el tratamiento que se da a disciplinas tan fundamentales como la Sociología y la Economía.

Desde Carlos Marx (con su determinismo económico) hasta Bill Clinton, que tildaba de estúpido a quien desconociera las implicaciones económicas de cualquier decisión política, el alto rango que tiene la Economía dentro de la enciclopedia de las ciencias humanas parece ser reconocido por todos. Por todos menos por los abogados, que engeñados por la “codiguitis”, parecíamos creer que lo que no está en los códigos no está en el mundo. La idea del costo (en términos económicos) de cualquier regulación jurídica es totalmente ajena para la mayoría de nosotros, fundamentalmente porque de eso no se nos habló en la facultad; los autores que han tratado el tema nos son desconocidos y sus libros figuran en poquísimas bibliotecas jurídicas<sup>20</sup>. Las consecuencias de esta ignorancia las pagan los clientes de los abogados dedicados al ejercicio privado, pero las sufre el país cuando se trata de los que están al servicio del Estado. Entre las causas de la crisis fiscal que padecemos debe incluirse, en lugar destacado, la existencia de numerosas disposiciones legales o reglamentarias cuyo costo económico fue ignorado a la hora de su aprobación. Este es también (y ello implica una gravedad

---

20 Una breve pero ilustrativa reseña del estado actual de los estudios de la relación entre Economía y Derecho la hace Ramón Escovar León en la introducción a su trabajo “Algunos Aspectos Procesales de la Inflación, con Referencia a la Demanda, Contestación y Casación”. Ponencia presentada a las XXII Jornadas J.M Domínguez Escovar. Derecho Procesal Civil (El C. P. C. Diez Años Después) En el Libro-Memorias de dicho evento. Págs. 173 a 175. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto 1996

especial) uno de los más serios defectos que tiene la actual Constitución de la República.

Junto con un mayor estudio de la Economía y de las Finanzas, nuestras facultades deben proporcionarle a los estudiantes la oportunidad de adquirir un grado satisfactorio de conocimientos acerca de las disciplinas contables. Las relaciones entre la Contabilidad y el Derecho son cada vez más estrechas. En el ejercicio de su profesión el abogado tiene que internarse frecuentemente por los predios de aquella y suele hacerlo con la torpeza de un ciego que camina por terreno desconocido sin lazarillo que lo ayude. Lo que le dice el contador o lo escrito en documentos contables tiene para él el misterio de lo indescifrable y muchas veces debe aceptarlo resignadamente sin poder captar sus consecuencias. Particularmente peligrosa resulta tal situación en el ámbito del Derecho Penal. Cuando el Juez Penal acepta ciegamente una experticia contable o la aplica equivocadamente debido a su imposibilidad para comprenderla, las consecuencias de su torpeza se reflejan en los bienes más preciados que tiene el hombre, la honra y la libertad; precisamente aquellos por los que, conforme al decir del Caballero de La Mancha, “se puede y debe aventurar la vida”<sup>21</sup>.

Lo mismo que ocurre con la Economía o la Contabilidad sucede con la Informática, la ciencia que ha producido una de las revoluciones más grandes de la historia de la humanidad; revolución que sólo muy tímidamente ha entrado al foro, pues se ha colado por las rendijas. Para que penetre con plenitud es preciso que se le abra la puerta desde las facultades. Informática Jurídica y Derecho Informático son asignaturas que deben ocupar importante lugar en sus pensa; pero fundamentalmente debe procurarse que el egresado salga dotado de una cultura informática que es mucho más que saber manejar con destreza una computadora: es saber descifrar el lenguaje en que estará escrita la ciencia del futuro.

---

21 El texto completo, de singular hermosura y profundidad, es como sigue: “La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre. Por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida; y por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres” (CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. “El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha”. Parte Segunda. Capítulo LVIII. Pág. 419. UTHEA. México. 1961).



La globalización es el fenómeno más trascendente que, en el orden económico, social y cultural, ha ocurrido en los últimos años y cuya significación habrá de ser mayor todavía en los que han de venir. La importancia de sus implicaciones jurídicas es obvia y al futuro abogado deberá adiestrarse para saber comprenderlas y manejarlas, pues de lo contrario se le estará dando una formación anacrónica y se estará dejando al país sin defensores ante una realidad compleja y frecuentemente controversial.

Hernando Grisanti Aveledo, jurista de amplia cultura, fina pluma y aguda ironía dijo que “la prosa de los abogados suele ser... prosaica. Vale decir áspera, alicorta y desgarbada. Plena de lugares comunes y frases hechas”<sup>22</sup>. Humberto Cuenca (cuya obra tiene tanta hondura científica como elegancia literaria) atribuyó como característica general de la escritura jurídica la abundancia de “expresiones pleonásticas, lisas como monedas de tanto uso” un como “chirriar de ejes mohosos” que hacían de ella “una prosa apelmazada” y un lenguaje vulgar, lleno de lugares comunes<sup>23</sup>. A mi juicio el problema actual es más grave que el de la pobreza estética en la redacción profesional de gran número de abogados. Mucho más serio es el que representa su ignorancia total de las reglas elementales de la sintaxis, o –lo que es peor– su incapacidad para comprenderlas; de allí que muchos de sus escritos sean sencillamente ininteligibles; existen libelos que son verdaderos galimatías que un juez severo debería negarse a admitir... alegando que no están escritos en idioma castellano. La grave deficiencia que el abogado promedio venezolano tiene en el manejo del lenguaje constituye severo obstáculo para el cumplimiento de su misión, pues éste representa para él –en igual grado que la ley– un instrumento fundamental de su trabajo ¡Cuántos pleitos pueden perderse por mala redacción de los escritos procesales! ¡Cuántos conflictos surgen de la oscuridad de los contratos que debían resolver la situación entre las partes!. Peor es la situación cuando nos topamos con esas redacciones confusas, ambiguas y hasta incomprensibles en reglamentos, en leyes y aún en la propia Constitución. Es urgente que

---

22 “Pequeña Antología de un Gran Maestro”. Diario de Tribunales. Ejemplar Nº 5.440 18 de junio de 1992. Pág. 19.

23 “El Derecho Procesal en Venezuela”. Pág. 48. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas 1956

las facultades entiendan que el abogado debe ser tan diestro en el manejo del lenguaje como en el de la ley. Y se dispongan a darle la instrucción necesaria al respecto. No se trata formar juristas que sean al mismo tiempo artistas de la palabra, como lo fueron –por caso– Marcano o Loreto, sino abogados que tengan esa capacidad a la que Mariano Picón-Salas se refirió en frase tan sencilla como expresiva: “saber decir con precisión lo que queremos”<sup>24</sup>.

Y si es fundamental que la Universidad le garantice al abogado un buen dominio del castellano, es también importante que le ofrezca el conocimiento-al menos instrumental-de una lengua extranjera moderna. Cuenca considera que “la falta de dominio de idiomas extranjeros para vincularnos a otras culturas jurídicas tal vez haya sido la causa de este aislamiento, de éste enfermizo légame en que ha estado hundida nuestra cultura”<sup>25</sup>. En este sentido hemos experimentado un verdadero retroceso: En 1841 se estableció el inglés como materia indispensable para obtener la licenciatura en Derecho<sup>26</sup>. La mayoría de los abogados que egresaron hasta los primeros años de la década del cuarenta leía francés.

He insistido en la necesidad de que en las facultades se enseñe o se amplíe la enseñanza en asignaturas que no son propiamente jurídicas; es posible que se espere que ahora entre a referirme a las diversas ramas del derecho que allí se estudian: que me pronuncie por la eliminación de éstas, por la ampliación de aquellas, por cambios en la orientación con que se examinan éstas y aún por la inclusión en los planes de algunas que actualmente no figuran. No lo haré, pues ni quiero hacer más larga esta disertación ni me siento capacitado para tan variados y casuísticos pronunciamientos. Sobre este particular me limitaré a recordar una afirmación que, en esta misma tribuna y en ocasión semejante a ésta, hizo el Dr. Allan Randolph Brewer Carías, jurista y catedrático universitario, miembro muy distinguido de esta Academia: No podemos empeñarnos en enseñar un derecho que pertenece a otra época; el peso de la tradición

---

24 “Hablar y Escribir”, incluido en la colección de ensayos “El arte de Escribir” que a su vez figura en la compilación “Viejos y Nuevos Mundos”. Pág. 517. Biblioteca Ayacucho. Caracas, 1983

25 Ob. Cit. Pág. 67

26 Cf. GUERRA IÑIGUEZ, Daniel. “La Enseñanza del Derecho en Venezuela”. Pág. 44. Grafiunica. Caracas. 1978

no puede hacernos olvidar jurídicamente del futuro<sup>27</sup>. Es preciso, además, tener en cuenta que el Derecho se transforma constantemente, como lo señaló Couture<sup>28</sup>, y que las facultades más que nadie deben estar atentas a esos cambios: lo que ayer se acogió como última novedad es hoy un concepto superado y envejecido y que si ayer fue catalogada como vanguardista la escuela que lo incorporó a sus programas, hoy podría considerarse retrógrada si todavía lo mantiene. Ojo atento y espíritu sereno es lo que se requiere para no quedarse rezagados frente al progreso, ni confundir éste con la novelería.

Tampoco me pronunciaré por las distintas formas de la enseñanza: la tradicional lección magistral (cuyo nombre deriva, como lo señala Juan Ramón Capella, del “supuesto, que raramente responde a la verdad, de que quien la dicta es un verdadero maestro en su especialidad”)<sup>29</sup>, el llamado método de la enseñanza activa<sup>30</sup> o el sistema de estudio de casos<sup>31</sup> etc. Las mismas razones que me hicieron inhibir en las cuestiones referidas en el párrafo anterior, son valederas para las tratadas en éste.

Creo que tanto unas como otras cuestiones deben ser objeto de estudio por parte de especialistas, para cuyo análisis deberán dirigir la mirada a la experiencia ocurrida en otros países pero teniendo siempre bien asentados los pies sobre la realidad nacional<sup>32</sup>.

---

27 “La Formación del Abogado y los Problemas del Ejercicio de la Abogacía” (Discurso con motivo de la celebración de la semana del Abogado, leído en la sesión solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 22 de junio de 1982. Publicado en el Boletín de la nombrada Academia Nº 91. Pág. 37).

28 Ob. Cit Pág. 11.

29 “El aprendizaje del Aprendizaje. Una Introducción al Estudio del Derecho”. Pág. 25.. Editorial Trotta. Madrid 1995

30 Véase PARRA QUIJANO, Jairo. Ob. cit. Págs. 110 a 116.

31 Véase GUERRA, Luis Beltrán. “Algunas Consideraciones sobre el Método de Casos” (The Case Method) en la Enseñanza del Derecho Administrativo, Sus Ventajas y Beneficios” En Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Nº 25. Pág. 209 y ss.

32 Abundante material que responde a las preguntas ¿Qué enseñar? y ¿Cómo enseñar? puede encontrarse en el Libro-memorias de la II Conferencia Sobre La Enseñanza del Derecho y el Desarrollo. Pontificia Universidad Católica del Perú-Perugraph Editores. Lima 1975. También en los trabajos de las “Jornadas de Reflexión sobre el Pensum de Derecho en la universidad Católica Andrés Bello”, a los cuales ya se hizo referencia.

Pienso que si algo debe tenerse claro como objetivo de la enseñanza jurídica es que antes que procurar la memorización por parte del estudiante de un caudal de reglas, mucho más importante es enseñarlo a “a razonar en derecho” o como hubiera dicho Luis Loreto (uno de los más altos juristas que haya nacido en Venezuela) “a pensar metódicamente sobre la realidad del mundo jurídico”<sup>33</sup>. Esto implica un énfasis especial en la enseñanza de la Filosofía y de la Teoría General del Derecho; un esfuerzo por trabajar más con los Principios Generales que con artículos de la ley; un exigir más ejercicios de razonamiento que aprendizaje memorístico; un adiestramiento en la búsqueda de la explicación por las causas que sustituya a la mediocre conformidad de darse por satisfechos con la invocación simplista, mecánica y dogmática de un precepto o de una opinión. Reflexionar y argumentar son funciones básicas en la actividad de abogado, enseñarle técnicas y método para que una y otra sean más fecundas y eficaces resulta, entonces, obligante cometido de los centros encargados de su formación. La Lógica Jurídica y la Axiología deben ocupar un lugar preferente entre las asignaturas impartidas en las escuelas de jurisprudencia<sup>34</sup>.

---

33 De la dedicatoria (a la Universidad Central de Venezuela) de su libro “Ensayos Jurídico”. Ediciones Fabretón-Esca. Caracas. 1970. Tal ofrenda, hecha por quien llegó a tener tan completo dominio de la Ciencia del Derecho, constituye, a mi juicio, uno de los mayores reconocimientos a nuestra Primera Casa de Estudios, que debe llenarnos de orgullo a los ucevistas.

34 Sobre el particular se han pronunciado, entre otros, Levis Ignacio Zerpa y Tarcisio Jañez. Del primero son las siguientes afirmaciones: “La lógica jurídica, entendida como disciplina que comprende el estudio de las formas del razonamiento de los abogados, se muestra así como una materia del mayor interés para la formación integral del profesional del derecho. Ella debe ser más conocida y mejor cultivada en las Facultades de Derecho. Su importancia para moldear el pensamiento jurídico es fundamental”. “El Razonamiento jurídico está vinculado en forma estrecha con la axiología. Como mecanismo de explicación y justificación de las decisiones, el razonamiento que se hace con las normas jurídicas está orientado por los valores existentes en la sociedad.” (“EL Razonamiento jurídico”. Lección magistral de clausura en un curso de postgrado de especialización en Derecho Mercantil: En Temas de Derecho Mercantil. Vol. I de la Colección Anales de Postgrado. Págs. 303 y 308. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1989). El segundo, por su parte, ha dicho: “Cada día se aprecia más y mejor la necesidad de una formación lógico jurídica (No olvidemos que la lógica es actividad procesal ordenada, cuyo origen precisamente se debió, en gran parte, a disputas de índole jurídica)... Tras la búsqueda de una específica y relevante formación científica del jurista se

En su actividad profesional el abogado debe realizar una constante labor de investigación. Llegar a una conclusión con la cual de ha trabajar suele suponer una prolija revisión de textos legales, de repertorios de jurisprudencia, de tratados de doctrina. “Libros y más libros son los instrumentos que tenemos que manejar todos los días y a toda hora”, dice el ilustre académico René De Sola<sup>35</sup>. Nada de esto aprendió en la universidad: el “apuntismo” es moneda corriente en nuestras facultades y ello explica el inadmisibles contrasentido de que haya algunas sin biblioteca. Desterrar el “apuntismo” es una urgente medida orientada a la finalidad de lograr un abogado bien formado. La universidad debe enseñar a sus estudiantes a amar a los libros, inculcarles la idea de la importancia fundamental que en su vida de profesional debe tener la biblioteca<sup>36</sup>. Este alejamiento de ellas por parte del estudiante de derecho, determina la indiferencia que frente a tan importante instrumento de cultura sienten numerosos abogados y es la explicación de por que los

---

van formulando distintas teorías hacia la configuración de una Lógica jurídica, que le sirva de matriz.” (“Lógica Jurídica. Hacia una argumentación Jurídica”. Pág. XXIX. Universidad Católica Andrés Bello). Emiro García Rosas en su interesantísima obra “Una Visión Quijotesca de la Abogacía (Instituto de la Cultura. Colegio de Abogados del Estado Aragua, Maracay, Junio de 1993), dice que “el abogado, más que ningún otro profesional está obligado a conocer profundamente el mundo filosófico de la estimativa y a incorporar los valores a su quehacer.”. (Pág. 17).

35 “Discurso pronunciado en el acto de graduación de la promoción de abogados Dr. René De Sola de la UCAB”. En “La Universidad y la Profesión de Abogado”, Pág. 22. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1992.

36 “Nunca se ponderará bastante el soporte que presta la biblioteca a la formación del Jurista”, escribió Francisco Ramos Méndez ( “Como Estudiar Derecho”. Pág. 197. J. M. Bosch Editor S. A. Barcelona. 1991) Particularmente expresivo es Piero Calamandrei: “La Biblioteca es para el jurista lo que para el nadador el agua” (“La Universidad del Mañana”.Pág. 121. EJE (Breviarios de Derecho) Buenos Aires 1961). René De Sola destaca, en hermosas palabras, lo que significa la biblioteca para el abogado al decir que con ella “nutre su mente, perfecciona su raciocinio y aprende las formas más convenientes de la expresión científica” y en ella “ no sólo acrisola su espíritu en contacto con el pensamiento jurídico de todos los tiempos y con las nuevas tendencias que divulgan las revistas profesionales y científicas que recibe, sino que también enriquece su sensibilidad con los tesoros de arte y de belleza a que le dan acceso las obras más representativas y variadas de la literatura universal” (Discurso pronunciado en el acto inaugural de la segunda semana del abogado, en Ob. Cit. Pág. 31).

Colegios de Abogados, de ordinario, no consideren una prioridad el sostenimiento de una adecuada<sup>37</sup>.

Gran parte del producto de la investigación y de la reflexión del abogado se concreta en un texto escrito. Si antes dije que enseñarle, en su época estudiantil, el manejo del lenguaje tenía una importancia fundamental, ahora debo plantear la que tiene instruirle, desde el inicio de la carrera, acerca de las técnicas de presentación y organización del referido tipo de trabajos. Mucho mejor lograrán su propósito los escritos procesales, los dictámenes, los contratos, los estatutos si ellos están concebidos y estructurados a partir de criterios metodológicos claros y coherentes. Pero hay algo más importante todavía: las fallas de técnica legislativa que afecta a la mayoría de nuestra producción normativa encuentran una de sus causas en el hecho de que los abogados redactores no recibieron ninguna preparación en materia de Metodología durante sus días de estudiantes. Al referirme a este punto quiero expresar algo que me preocupa: la tendencia de algunos profesores de la materia en convertir a la Metodología en una camisa de fuerza que ahogue lo más valioso de todo trabajo intelectual: la creatividad; la propensión a valorar más las formas que la sustancia y la conformación de una suerte de cofradía de la intolerancia, el mas anti universitario de todos los defectos. La Metodología ha de ser un cauce para la más fluida y organizada expresión del pensamiento, no una cartilla dogmática que la restrinja.

Hasta aquí me he referido a lo que la universidad debe darle a los estudiantes de jurisprudencia en el orden de su formación intelectual. Ahora quisiera tratar brevemente de lo que pienso debe proporcionarle en lo que a valores respecta.

El valor fundamental en la configuración espiritual de un abogado es la Justicia. Un abogado no es un condotiero que ofrezca sus servicios a cualquiera sin juzgar acerca de la justeza de su pretensión. Para asumir la defensa de una causa no debe contentarse sólo con la licitud de la

---

37 Con particular orgullo puedo decir que entre las excepciones está el Colegio de Abogados del Estado Lara, que desde 1996 asumió la responsabilidad de organizar y poner en funcionamiento su biblioteca, la cual adscribió a su unidad académica: el Instituto de Estudios Jurídicos.

misma, debe estar convencido de su justeza<sup>38</sup>. En la facultad debe enseñársele, desde el primer día, que su función en la sociedad es la de contribuir, aún en la posiblemente muy pequeña medida de sus posibilidades, a que haya mas justicia entre los hombres.

Pero cuando hablamos de Justicia no debemos a limitarnos a la que garantiza el equilibrio en las relaciones interindividuales. Es preciso, y más en un país como Venezuela donde la pobreza alcanza cifras tan alarmantes, que la universidad forme abogados con claro sentido de Justicia Social. El Padre Olaso pensaba que una manera de fomentar la sensibilidad social del futuro abogado era convertir a las llamadas “asignaturas prácticas” en clínicas jurídicas que, además cumplirían la función de prestar un servicio a la comunidad<sup>39</sup>. Comparto la conveniencia de incluir a las “clínicas jurídicas” en los pensa de nuestras facultades<sup>40</sup>. pero no en sustitución de “las prácticas”, que deben ser objeto de otras reformas. Una de las consecuencias más valiosas que esto traerá es que el estudiante así sensibilizado, una vez obtenido el título e incorporado al gremio de abogados, procurará que nuestros colegios cumplan con una obligación largamente descuidada: la de brindar asistencia gratuita a los necesitados, y se conviertan en los primeros fomentadores de clínicas jurídicas en todo el territorio nacional<sup>41</sup>.

---

38 Cf. ZERPA, Levis Ignacio “Deontología Profesional y Derecho de Familia” en “XV JORNADAS DR. J. M. DOMÍNGUEZ ESCOVAR (DERECHO DE FAMILIA)” “4. LA DECISIÓN DEL ABOGADO DE TOMAR EL CASO”. Págs. 297 a 299.

39 OLASO J., Luis María (S.J). “Introducción al Derecho”. Tomo I Pág. 488. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1986

40 Acerca de la experiencia latinoamericana sobre el particular puede verse la Memoria del “Primer Seminario Latino Americano sobre Enseñanza Clínica del Derecho y Asistencia Legal”. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile 1973. El aludido libro incluye el informe que sobre la situación en Venezuela presentó Miguel Santana Mújica, el más esforzado paladín de tan noble causa entre nosotros

41 En Carora, Estado Lara, funciona, patrocinada a titulo particular por un grupo de abogados de esa colectividad, una clínica jurídica que adoptó el nombre del ilustre jurista caroreño Dr. Ambrosio Oropeza. El meritorio esfuerzo que realiza el grupo de colegas que se encuentra frente a ella es digno del mayor encomio y debe ser resaltado como ejemplo de la función social que pueden cumplir los abogados en Venezuela.

Deben también inculcarle las facultades a sus estudiantes sentido de tolerancia<sup>42</sup>, espíritu de conciliación, capacidad para entender las razones “del otro”. Debe desterrarse de su espíritu la idea de que el abogado es un litigante a ultranzas y privilegiar en su mente la misión que le corresponde como consejero, como componedor<sup>43</sup>. No estará demás recordarles con frecuencia que Carnelutti consideraba a la litigiosidad una plaga social equiparable a la delincuencia<sup>44</sup>. El serio problema que significa el congestionamiento de causas en los tribunales se aminoraría grandemente si los abogados indujeran a sus clientes a formas de arreglo de sus controversias sin la intervención del órgano judicial. Por eso las facultades deben dar a conocer a sus alumnos toda la gama de posibilidades que brindan los medios alternos de resolución de conflictos<sup>45</sup> y adiestrarlos para desenvolverse exitosamente en ellos.

Para último he dejado el más importante de todos los temas: el de la formación moral que la facultad debería darle a los estudiantes. No basta con una asignatura llamada “Deontología” o “Ética Profesional”, que casi nunca existe y que cuando está presente en los programas se le da un tratamiento “como de segunda”. Es preciso que en cada escuela de derecho impere un clima moral que haga que el estudiante se sienta imbuido desde el principio de la grave responsabilidad ética que implica el ser abogado. Que la conducta de cada profesor constituya un modelo digno para la imitación. Que en la orientación general de la escuela se sienta la preeminencia de un principio rector vinculado a valores de honradez, de integridad, de buena fe, de virtud.

El mundo del abogado es el de las pasiones y de los intereses de los hombres. Asumir la responsabilidad de defender las causas de unos

---

42 “Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya”, dice el sexto de los “Mandamientos” de Couture. Ob. Cit. Pág. 12.

43 ZERPA (Ib. Págs. 300 a 302) considera un deber profesional del abogado “propiciar la conciliación para solucionar el caso”. Comparto plenamente tal opinión.

44 Cf. CARNELUTTI, Francesco. “Como Nace el Derecho”. Pág. 4. Temis. Bogotá 1989.

45 Sobre este tema versaron las XXVI Jornadas J.M. Domínguez Escovar y sus conclusiones pueden verse en el respectivo Libro Memorias editado por el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto. Primera Edición (diciembre de 2000) Segunda Edición (mayo de 2001). El Colegio de Abogados del Estado Lara está creando un centro de resolución de conflictos, que empezará a funcionar muy pronto.



frente a las de otros, que es función primordial suya, implica ubicarse en un terreno ético que no es de fácil conceptualización y que de hecho no ha sido nunca bien comprendido ni por el vulgo ni por los estudiosos de la materia. El planteamiento de Vaz Ferreira acerca de la posible inmoralidad intrínseca de la abogacía, no puede ser más revelador de cuanto estoy diciendo<sup>46</sup>. La particular naturaleza de su trabajo hace que, como dijo Couture, la tentación pase siete veces cada día frente a él<sup>47</sup>. Añádase la potencialidad dañosa del abogado que desvía su conducta y se comprenderá cuan grave es la responsabilidad de la facultad en dotar a sus egresados de una severa conciencia ética. ¿La ha cumplido?. La respuesta es negativa, dolorosamente negativa. La cuestión moral no ha estado dentro de las preocupaciones fundamentales en torno a las cuales se ha estructurado la enseñanza del Derecho.

Es tal vez por eso que son muchos los abogados de deshonesto conducta. Y son también muy variadas las formas que asume esa deshonestidad. Allí está el que hace de la chicana su forma normal de actuar en el litigio; más allá el que se colude con su adversario, traicionando así a su cliente; éste es el que corrompe funcionarios y aquel el que se las ingenia para defender malas causas o para redactar contratos que amparan la iniquidad. Hay uno que golpea sin piedad al débil y se humilla servil ante el poderoso y otro que dirige su mirada envidiosa al que “algo tiene” a ver que le quita. A todo lo largo de nuestra historia, sin embargo, ninguno ha causado daño social más profundo ni más perdurable que aquel a quien Andrés Eloy Blanco estigmatizó en el poema inmortal: “El pretoriano que se robó la toga”<sup>48</sup>. Es el que ha estado al lado de cada caudillo justificando la arbitrariedad, el atropello y el desmán. Es el que ha estado siempre dispuesto a dictar la sentencia complaciente, a redactar el dictamen a la medida del deseo del déspota, a preparar el decreto o el proyecto de ley que haga posible los caprichos del “jefe”.

Pero son también muchos los que, por la limpieza de sus ejecutorias, tienen derecho a que se les considere no solamente buenos abogados,

---

46 Cf. VAZ FERREIRA, Eduardo “Moral para Intelectuales”. La Biblioteca Ayacucho. (Caracas 1979) publicó en un solo volumen la referida obra y “Lógica Viva”. El capítulo “Moral de Abogados” comprende las Págs. 216 a 229

47 Ob. Cit. Pág. 17.

48 “Canto a los Hijos”. “Pórtico”. Incluido en el Poemario Giraluna. En Obras Completas Tomo I (poesía).. Pág. 646. Ediciones del Congreso de la República. Caracas 1973.

sino, lo que es más importante, abogados buenos porque, como dice Mario Briceño Irragorri, en el trabajo suyo que hemos venido citando, “cumplen su deber sin en pensar ni en penas ni en premios”<sup>49</sup>.

Una buena manera como las facultades cumplirían su deber de fortalecer el sentido ético de los estudiantes es hacerles dirigir la mirada a aquellas figuras de la abogacía que, aún en las más difíciles circunstancias, hicieron prevalecer el imperativo moral por sobre todas las fuerzas. Es recordarles que este ínclito Cristóbal Mendoza, a quien hoy conmemoramos, tuvo el coraje de sostener la primacía del Derecho frente a la pretensión caudillesca del general Páez, sin que lo intimidara ni la multitud enardecida ni la presencia amenazante de la fuerza armada; todo el poder de “la primera lanza del mundo” resultó insuficiente frente a la férrea voluntad de este jurista inerme<sup>50</sup>. Es mostrarles como siguen

---

49 Ob. Cit. Pág. 223.

50 En 1826 Venezuela vivió una compleja crisis política. En un momento de ella Cristóbal Mendoza y José Antonio Páez desempeñan papeles principales y antagónicos. Páez quiere imponer su proyecto y Mendoza (intendente de Venezuela) se opone por considerar que contraviene a la Ley. Juristas complacientes buscan una fórmula para darle apariencia legal a la arbitrariedad: “inventan” una “asamblea popular” que aprobará los designios del caudillo. La asamblea se reúne bajo la presencia intimidatoria de la fuerza armada y pronto degenera en tumulto. Mendoza, apoyado en razones poderosas, expone, con energía y serenidad, sus puntos de vista. Pero aquella asamblea no se había reunido para escuchar razones; su objetivo era específico: complacer al jefe militar. Y lo cumplió. Para Mendoza no quedarán sino la destitución y el exilio. El papel que el prócer civil desempeñó en aquellos acontecimientos es relatado por él mismo en carta al Libertador: “El abuso de todos los principios –escribe desde su exilio-, el aparato de la fuerza armada, la ofensa que se hacía al buen sentido y al pueblo entero, no permitían mirar tranquilamente el asesinato de la República; yo hice ver a mis enemigos que todavía quedaba un hombre libre en aquella tierra desgraciada.” En carta para él, Bolívar le dice: “al recordar la conducta que usted ha observado en medio de la tempestad más fuerte, no encuentro expresiones capaces de experimentar a la vez mi sentimiento y mi satisfacción”. En enero de 1827 el Libertador entra a Caracas e impone su autoridad y deja resuelta, al menos momentáneamente, la crisis. Hace restituir a Mendoza en la Intendencia y obtiene de Páez garantías de respeto y consideración para aquel. Justo es reconocer que no sólo se las dio sino que valoró altamente lo que Mendoza significaba en ese momento y apreció lo importante de su colaboración para el gobierno. Así se lo hizo saber a Bolívar en una carta que le enviara y a la que éste responde con una de sus más sabias y desoidas enseñanzas: “el modo de hacerse popular y gobernar bien es el de emplear hombres honrados, aunque sean enemigos” (Véase al respecto mi trabajo “Cristóbal Mendoza Prócer Cimero de la Abogacía

brillando las luces jurídicas de Cecilio Acosta, encendidas desde su incomodo aislamiento en el llamado “cementerio de los vivos”, cuando sólo son recuerdo registrado en los anales de la ignominia, las lámparas votivas que ofrendaban al llamado “autócrata civilizador” los “guzmaníacos” de “la adoración perpetua.”<sup>51</sup>. Es preciso hacer sentir al estudiante toda la fuerza espiritual que a su profesión comunicaron abogados como Tomás Moro, como Abraham Lincoln, como Benito Juárez, como Gandhi. Una asignatura que ponga en contacto a los estudiantes con los grandes próceres morales de la abogacía venezolana y universal es una manera de irle preparando al país juristas de mejor textura ética.

Es evidente que un abogado con un perfil como el aquí trazado no puede lograrse en los cinco años en que actualmente se cursa la carrera. Máxime si se piensa en las deficiencias de nuestro bachillerato, denunciadas hace ya más de cuarenta años por Ángel Rosenblat<sup>52</sup>, lo

---

Venezolana. Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto, 1993, Págs. 47 al 53 o Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello No. 49, Págs. 416 a 420).

- 51 La obra Jurídica de Cecilio Acosta así como su actuación profesional y la significación de ambas en nuestro país, es destacada por el Dr. René de Sola en su laureado ensayo “Al Encuentro de Cecilio Acosta” (en “Premios Andrés Bello”. Academia Venezolana Correspondiente de la Real Española. Caracas 1983. Págs. 274 a 276 ). El mismo autor señala que pese a su enfrentamiento con Guzmán Blanco durante su primer gobierno (el llamado Septenio) decidió, a diferencia de muchos, permanecer en el país cuando este ejerció por segunda vez la presidencia ( período que se conoce con el nombre de “El Quinquenio”) “expuesto a que impredeciblemente se descargara sobre su persona el golpe fatídico del rencoroso mandatario” (Pág. 283). “El cementerio de los vivos” denominaba el mismo Guzmán a esa suerte de limbo que los venezolanos llamamos “ninguneo” al que se jactaba de condenar a todos aquellos a quienes como Acosta les faltaba “la ductilidad necesaria para sacrificar sus íntimas convicciones como partida de un camino de fáciles triunfos políticos” (De Sola. Ib. ib) Con los mote de “Círculo de la Adoración perpetúa” y de “Guzmaníacos” se conoce a la corte de aduladores que rodeó a Guzmán Blanco durante su largo predominio en la vida política venezolana (Cf. MIJARES, Augusto. “Los Guzmaníacos”. En “Lo afirmativo venezolano”. Ediciones del Ministerio de Educación. Caracas 1970. Pág.79). “Guzmán Blanco, El autócrata civilizador” es el título de una conocida obra de R. A. Rondón Márquez (Imprenta García Vicente. Madrid, 1957).
- 52 Cf. “Nuestro Bachillerato es un Lamentable Fracaso (artículo publicado en El Nacional el 25 de febrero de 1959) y “El Fracaso de Nuestro Bachillerato: Rectificaciones y Conclusiones” (artículo también publicado en EL Nacional el 1 de abril de 1959). Ambos están recogidos en la compilación “La Educación en

que hace necesario destinar buena parte del tiempo inicial a una enseñanza propedéutica destinada a hacer al joven bachiller apto para la comprensión de más profundas disciplinas; quizás lo primero sería cultivarle el amor por la lectura y llevarlo al convencimiento de que degustar buena literatura es tan útil para su formación de abogado como leer jurisprudencia<sup>53</sup>. Al Maestro Rafael Pizani le escuché decir que consideraba como de uno de los grandes errores que se habían cometido en la estructuración de la educación superior venezolana haber reducido a cinco- cuando debieron aumentarse a siete- los años necesarios para culminar los estudios de abogacía. Es obvio que el simple aumento del período de duración de la carrera no es suficiente, pero si indispensable. En el interés del país (que debe prevalecer sobre el de cualquier particular) no está el de contar con graduados de 23, de 22 y hasta de 21 años, sino con profesionales maduros y bien formados. Es preciso, además, comenzar por alguna parte a erradicar esa situación en la que obtener el título de abogado sea tarea tan fácil como la de “coger mangos bajitos”.

Concluido el análisis referido al periodo de escolaridad universitaria es oportuno plantearse, como lo hizo el Profesor Brewer Carías en la exposición ya citada<sup>54</sup>, dos nuevas cuestiones: ¿Debe exigirse, como se hacía décadas atrás, y como todavía se hace en otras escuelas, una tesis de grado? ¿Debe habilitar el título académico para el ejercicio inmediato de la profesión?. Al igual que Brewer mi respuesta es afirmativa para la primera pregunta y negativa para la segunda.

He venido abogando contra el facilismo y en pro de esfuerzos que fortalezcan el espíritu y la mente y eduquen la voluntad. No hay duda que la exigencia de una tesis está orientada en ese camino. Su principal mérito radica como lo señala el nombrado autor en que constituye un ejercicio que obliga al graduando “a aplicar (con mayor o menor

---

Venezuela”. Monte Ávila Editores. Quinta Edición Caracas. 1990. Págs. 21 a 25 y 27 a 37 respectivamente.

53 GARCÍA ROSAS al señalar lo “que debe ser el abogado” indica como primera condición: “El abogado de ser un buen lector” (...) “que sepa escoger buenas lecturas que alimenten su corazón y su cerebro” Más adelante añade: “Quien carece del hábito de leer no puede ser buen abogado porque no dispone de un nutrimento esencial para su formación. Cuantas veces en una novela o en un poema está el alma de un alegato” (Ob. Cit. Pág. 24)

54 Ob. Cit. Págs. 24, 36 y 37

intensidad; paréntesis RHA) un método científico en la elaboración escrita de un estudio”. Como resultado de ese requisito señala Brewer se produjeron unas tesis buenas y otras malas (también algunas excelentes, añado yo)<sup>55</sup> pero en definitiva quedó “una abundante bibliografía en el campo de las ciencias jurídicas y políticas”.

La exigencia de un lapso posterior al grado académico durante el cual el licenciado en derecho debía cumplir pasantías o limitarse a un ejercicio tutelado de la profesión tuvo larga vigencia en Venezuela<sup>56</sup>. Es

---

55 La lista la encabeza la de Rafael Caldera: su celebre “Derecho del Trabajo”, pieza fundamental en la doctrina patria en esa rama del derecho y al mismo tiempo uno de los libros más consultados y citados entre nosotros, no sólo en textos científicos y académicos sino en libelos, contestaciones, informes, sentencias y dictámenes; es también punto de obligada referencia en los estudios iuslaboralísticos latinoamericanos. Lugar relevante en dicho elenco ocupan las de Joaquín Sánchez Covisa (“La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”), Francisco López Herrera (“Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela”) y José Luis Aguilar Gorrondona (publicada en dos volúmenes respectivamente intitulados “La Tutela de Menores en el Derecho Venezolano. Teoría General” y “Necesidad, apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano”), importantísimas e insuperadas monografías en sus respectivas materias. La de José Rafael Mendoza Mendoza (“La orfandad Legal del Hijo Adulterino A Padre”) plantea un problema que tiene tantas implicaciones jurídicas como sociales y morales y da inicio a uno de los más notables debates jurídicos que tuvo lugar en el país, dilucidado tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial, y que sólo concluyó con la reforma que en 1982 se hizo al Código Civil. Posteriormente, en virtud de la reforma según la cual las universidades, al concluir los estudios de pregrado, pasaron a otorgar el título de Abogado, el de Doctor en Derecho se convirtió en uno de postgrado y habiéndose eliminado el requisito de presentación de tesis para el primero pasó a exigirse para el segundo: brillantes trabajos, en número significativo, han sido elaborados con ese fin; el objeto de estos comentarios, sin embargo, se limita a la conveniencia de exigir la presentación de una tesis como requisito previo al otorgamiento del título correspondiente a la finalización de los estudios de pregrado.

56 Para la época en que el Dr. Cristóbal Mendoza obtuvo su título universitario se requería una pasantía de cuatro años con abogados acreditados. Mendoza hizo su pasantía en santo Domingo, Caracas, Trujillo, Mérida, Barinas y otra vez Caracas. Graduado en 1794 es recibido como abogado por la Real Audiencia en 1797, después de haberle concedido la gracia de reducirle en cuatro meses el tiempo necesario para culminar su etapa de pasante (Cf. mi citado trabajo, Págs. 19 a 21 en la edición del Colegio de Abogados del Estado Lara y 395 a 397 en la Revista de la UCAB) Mario Briceño Perozo -el jurista e historiador cuyo nombre lleva la condecoración con que hoy se me distingue en la honrosa compañía de los Dres

también lo común en países de mayor desarrollo jurídico. Volver a ese sistema es considerado por Brewer como una manera de “revalorizar la profesión”. Particularmente pienso que si lo hiciéramos estaríamos contribuyendo a la finalidad de dotar a Venezuela de mejores abogados y estaríamos logrando mecanismos de selección como los que pedía Calamandrei para garantizar una abogacía capaz de cumplir su honrosa misión<sup>57</sup>.

No puedo, sin embargo, ocultar un temor que me asalta al abogar por estos requisitos para licenciarse y para habilitarse para el ejercicio profesional. La corrupción, lamentablemente tan presente en todos los estratos de la Venezuela actual, puede desvirtuarlos totalmente y convertirlos en oportunidad para indecentes negociados. Por eso su adopción debe estar rodeada de todas las precauciones que impidan su desnaturalización en beneficio de mercaderes inescrupulosos.

Me he extendido porque, como dije al principio, le concedo alta prioridad al tema dentro de la agenda de las cuestiones nacionales por resolver y porque, además, me parece que las dos instituciones organizadoras del acto, La Federación de Colegios de Abogados de Venezuela (nuestro organismo gremial cúpula) y la Docta Corporación en cuya sede nos hallamos (el más conspicuo senado del pensamiento científico

---

José Melich Orsini, Jorge Rosell Senhen y Gamal Richani Nasser- comenta la exigencia de este requisito con palabras particularmente atinadas: “ Para entonces, con más rigor, quizás, que ahora, no se daba como suficiente el título universitario para salir al ejercicio de la profesión, el diploma académico acreditaba la obtención de un bagaje de conocimientos en el campo especulativo de las ciencias jurídicas, pero esto debía completarse con un entrenamiento largo y cuidadoso, indispensable para manejar con pericia la intrincada madeja de la actuación profesional. Sabían los maestros de la época que el error en Jurisprudencia era tan grave como en Medicina; las escuelas del mal son imponderables en una y otra parte: porque si en ésta se mutila inútilmente un órgano, en aquélla se cercena un derecho, y ambos contribuyen a cimentar la vida del ser humano”. (“Don Cristóbal Mendoza, Abogado de la Libertad” en Cristóbal Mendoza El Sabio Que No Muere Nunca”. Academia Nacional de la Historia. El Libro Menor. Caracas. 1990. Pág. 39)

57 El artículo 253 de la Constitución dice que “el sistema de justicia está constituido por (...) los abogados autorizados y abogadas autorizadas para el ejercicio”, lo cual da base para hacer una distinción entre éstos y otros no autorizados; esto a su vez permite disponer que la autorización se otorgue después de obtenido el grado universitario y previo el cumplimiento de determinados requisitos que deben ser establecidos por la Ley.

en materia jurídica, política y social que existe en el país) pueden jugar un papel muy importante en promover la discusión sobre estos asuntos y, sobre todo, tienen una palabra excepcionalmente valiosa que decir. El tema debe ser discutido con las universidades, pero no sólo por las universidades. Si bien son éstas quienes en definitiva tomarán las medidas del caso, su palabra debe estar precedida de un prolongado escuchar a todos los sectores que puedan aportar algo. No debe confundirse la autonomía con el autismo universitario.

Un largo manto de silencio ha cubierto el decaimiento de la abogacía venezolana. Las pocas voces que se han pronunciado al respecto no han encontrado eco. Llegó el momento en que todos tenemos que hablar. Simplemente porque, para decirlo con palabras de un autor francés, aunque aplicadas a otro contexto, “ya no es posible callar”<sup>58</sup>.

No se me escapa que en un proceso de discusión de esta naturaleza aparecerán los más variados personajes queriendo orientarlo: los que desean acallar la discusión lo más pronto posible para continuar en su modorra conformista; los que, un poco más inteligentes, aspiran a cambios cosméticos para que al final, según la fórmula gatopardiana, todo quede igual<sup>59</sup>; los que quieren acentuar el compromiso con la mediocridad y hacer del campus universitario predio de la violencia y de la intolerancia, como esos estudiantes –de bajísimos promedios y larga repitencia– que tomaron el salón sesiones del Consejo Universitario de la UCV con la misma insolencia bárbara con que Millan Astray profanó el recinto de Salamanca. También –¡imposible que falten!– aquellos “ingenuos ideólogos tropicales” que una de las mentes más luminosas que ha dado este país –Alberto Adriani– caracterizó como una “vieja plaga”, presente a todo lo largo de nuestra historia estorbando (cuando no impidiendo) cuanto intento se ha hecho de realizar un cambio beneficioso y posible

---

58 Tal es el título de un libro de Roger Garaudy de 1970 que trata, según lo expresa el subtítulo, “sobre la crisis del comunismo francés e internacional”. Existe una edición de Monte Ávila Editores de 1971, con la cual la referida editorial inauguró su colección *Documentos*.

59 Es importante tener en cuenta, como lo señala MORLES en su discurso citado, que “las Facultades de Derecho han sido consideradas, tradicionalmente, como los refugios de las más conservadoras concepciones sobre los fines de la educación y sobre la metodología de la enseñanza”.

al sembrar la confusión que surge de sus elucubraciones etéreas, de sus abstracciones desconectadas de la realidad, de su afición a andar por las nubes y de su repugnancia por tocar tierra<sup>60</sup>. Por eso pienso en que nadie tiene más calificación que estas instituciones para dirigir ese proceso porque tanto nuestros dirigentes gremiales como los ilustrísimos Numerarios de esta Academia sabrán garantizar que se desarrolle con amplitud, con altura y con eficacia.

Por ahora no me queda sino desear que se comience a hablar del asunto; que se hable intensamente y con pluralidad de voces. No olvidemos lo que con su infinita sabiduría nos enseña el Evangelio: *En el principio fue el verbo*.

---

62 “La vieja plaga y nosotros”. En “Labor Venezolanista”. Págs. 275 a 280. Cuarta Edición. Academia Nacional de Ciencias Económicas-Consejo de Profesores Universitarios Jubilados. Caracas 1984.



---

**SECCIÓN DE DOCTRINA**  
**Extranjera**

---

# **El Tribunal Constitucional Español ante la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida**

Rafael Bernad Mainar\*

## **Sumario**

I. Relato de los hechos. II. Argumentos de la parte recurrente. III. Argumentos de la Abogacía del Estado. IV. Fallo del Tribunal. V. Voto Particular. VI. Comentario Crítico.

## **I. RELATO DE LOS HECHOS**

Por medio de escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el día 27 de febrero de 1989, don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, comisionado por 63 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y subsidiariamente contra parte del apartado II del preámbulo, los arts. 1; núms. 1 y 4; 2, núm. 4; 4; 6, núm. 1; en relación con los arts. 5, núms. 1 y 5; 7 a 10; 11, núms. 3 y 4; 12, núms. 1 y 2; 13; 14, núms. 3

---

\* Profesor de Pre y Post Grado en Derecho. Universidades Católica Andrés Bello (UCAB) y Central de Venezuela (UCV), Caracas, Venezuela.

y 4; 15; 16, núms. 1 y 2; 17 y 20, así como la disposición final primera, apartados a) y e), por contradecir los arts. 9, 10, 15, 39 y 81 de la Constitución.

Mediante providencia de la Sección Tercera del Tribunal de 13 de marzo de 1989, se acordó admitir a trámite el recurso; dar traslado de la demanda al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno; recabar, conforme al art. 88.1 de la LOTC, el expediente de elaboración de la Ley recurrida, y publicar la formalización del recurso en el Boletín Oficial del Estado. Asimismo se acordó denegar la petición de suspensión de la aplicación de la Ley, por no estar prevista dicha posibilidad respecto a Leyes del Estado y, en cuanto a la solicitud de práctica de prueba, remitir cualquier decisión a un momento ulterior.

Por escrito de fecha 4 de abril de 1989, el Presidente del Congreso de los Diputados comunica el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de igual fecha por el que se decide su no personación en el procedimiento y trasladar al Tribunal el expediente de tramitación de la Ley recurrida. Mediante escrito de 29 de marzo de 1989, el Presidente del Senado comunica el Acuerdo por el que se solicita se tenga por personada a la Cámara, y por ofrecida su colaboración a los efectos previstos en el art. 88.1 LOTC, así como traslada al Tribunal copia del expediente de tramitación de la Ley, cuyo original fue devuelto al Congreso una vez concluida su tramitación en esa Cámara.

El Abogado del Estado, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 4 de abril de 1989, suplicó la concesión de una prórroga por ocho días para formular alegaciones, lo que le fue concedido por providencia de la Sección Tercera de 6 de abril siguiente.

Por nueva providencia de la Sección Tercera de 12 de febrero de 1990, se acordó volver a recabar del Gobierno la remisión del expediente de elaboración de la Ley impugnada. En escrito de fecha 22 de febrero ulterior, el Ministro Secretario del Consejo de Ministros comunica la inexistencia de expediente alguno al respecto, toda vez que la Ley impugnada tuvo su origen en una Proposición de Ley tomada en consideración por la Cámara.

Por nueva providencia de la Sección Tercera de 23 de abril de 1990, se acordó dar traslado a las partes personadas del anterior escrito, otorgándoles además vista por diez días de los expedientes en su día

remitidos por el Congreso de los Diputados y el Senado, para que pudieran examinarlos y formular las alegaciones que tuvieran por oportunas<sup>1</sup>.

Por providencia de 22 de noviembre de 1994, y en atención al segundo otrosí de la demanda, la Sección Tercera acordó conceder a las partes un plazo de diez días para que alegaran cuanto estimasen pertinente en orden al recibimiento a prueba del recurso. Dicho trámite sólo fue cumplimentado por la Abogacía del Estado, que en escrito de 29 de noviembre de 1994 interesa se dicte Auto denegatorio de la práctica de la prueba propuesta.

Por Auto del Pleno del Tribunal de 31 de enero de 1995, se tuvo por decaída la pretensión relativa al recibimiento a prueba del proceso, que consiguientemente se deniega, toda vez que los recurrentes dejaron transcurrir sobradamente el plazo otorgado al efecto.

Por providencia de 15 de junio de 1999, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año<sup>2</sup>.

## II. ARGUMENTOS DE LA PARTE RECURRENTE

Basan su impugnación los recurrentes en las alegaciones que a continuación se exponen:

- 
- 1 Mediante nuevo escrito presentado en el Tribunal el 9 de mayo de 1990, el Abogado del Estado señala el evidente error en que incurriera el primer otrosí de la demanda, al ser fruto la Ley impugnada de la propia iniciativa parlamentaria. En lo que se refiere a los expedientes parlamentarios, llama la atención el representante del Gobierno sobre el Informe de la Secretaría General del Congreso de los Diputados relativo al carácter o no de orgánico de la Proposición de Ley en cuestión, cuyas conclusiones reproduce para concluir el nuevo escrito de alegaciones insistiendo en que la Ley impugnada en modo alguno constituye desarrollo de ninguno de los derechos fundamentales sometidos a esa reserva específica, con cita de la STC 95/1988, fundamento jurídico 5.
  - 2 Estaba el Pleno del Tribunal Constitucional compuesto por don Pedro Cruz Villalón, Presidente, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña María Emilia Casas Baamonde.

1. Como primer motivo de inconstitucionalidad, y referido a los arts. 1, núm. 1; 5, núms. 1 y 5; 6, núm. 1, y 7 a 10 de la Ley, se invoca la garantía institucional de la familia, a juicio de los recurrentes deducible de los arts. 1, 9.3, 10.1, 15, 18, 27, 32, 33.1, 35 y 39 de la Constitución. Este conjunto de preceptos constitucionales configuraría una auténtica garantía institucional de la familia en la Constitución, de la que resultarían una serie de principios jurídico-constitucionales constitutivos del núcleo normativo indisponible delimitador de los rasgos de la institución familiar en la Constitución, entre los que se encontraría el matrimonio heterosexual como núcleo originario, y del que pueden desprenderse relaciones paterno-filiales legalmente determinadas conforme al principio de seguridad jurídica.

Este panorama constitucional de protección de la familia no sería innovación alguna de la Constitución, sino la plasmación de una realidad social consecuencia de siglos de asunción de valores sociales, con directo reflejo en múltiples instituciones del derecho de familia y áreas conexas, latentes y persistentes en nuestra sociedad a pesar de los múltiples daños producidos a la institución familiar, a juicio de los recurrentes, por medidas de todo orden. Entre ellas sitúan justamente a la Ley recurrida, que, so pretexto de regular las técnicas de reproducción asistida, contiene un ataque directo a la esencia de la institución familiar que, prescindiendo de otros calificativos, o calificaciones, debe considerarse y declararse como inconstitucional.

Ante todo destacan los recurrentes la incongruencia en que incurriría la Ley por cuanto su art. 1 designa como objeto de la misma un ámbito institucional mucho más limitado que el que a continuación se regula en su texto, incongruencia que se denuncia además como vulneradora del principio de interdicción de la arbitrariedad por cuanto, mediante manipulaciones del lenguaje y perversión de los conceptos, se encubren la regulación de cuestiones o materias pertenecientes a otro ordenamiento y quebrantan la garantía institucional básica de la familia en la Constitución española. Así ocurriría específicamente con los arts. 6 a 10 de la Ley recurrida, por contener unas consecuencias para el matrimonio o para las relaciones de filiación no mencionadas en el objeto de la Ley (art. 1), y que no deberían regularse en normas ajenas al propio ordenamiento civil, ni menos aún subvertir sus principios institucionales.

La misma incongruencia se achaca a otros pasajes de la Ley: mientras la exposición de motivos se refiere a la pareja humana –lo que de por sí desconocería la protección constitucional del matrimonio–, el art. 6 se refiere a la mujer sola, o toda mujer; la alusión a los derechos y libertades fundamentales de la exposición de motivos no sería sino una evidente muestra de perversión del lenguaje que subvierte el ordenamiento y supone una arbitrariedad del legislador a la que el Tribunal está llamado a poner coto.

La finalidad, en principio loable, de la Ley, terminaría por conducir a una sustancial alteración de la concepción de la familia y de los derechos de los hijos, al posibilitar la concepción por mujeres solas, manteniendo al padre –donante– en el anonimato. Ahora bien, la consideración de este problema debe partir de una idea fundamental: la técnica no prescinde, no puede prescindir, del padre biológico. Es cierto que junto a la paternidad biológica pueden existir otras legales, educacionales o de deseo, como también lo es que la institución de la adopción significa la sustitución de los vínculos de la familia originaria por los de la nueva familia en adopción. Pero, en estos casos, la sustitución de la paternidad o maternidad biológica por otra legalmente determinada trata siempre de proteger el interés del hijo proporcionándole una familia legal. Por el contrario, opinan los recurrentes, el supuesto que nos ocupa no trata de proteger tal interés, sino lisa y llanamente de prescindir del vínculo biológico que une a la familia formada por padre, madre e hijo. En particular, el conjunto institucional de las relaciones paterno-filiales constituye un haz de derechos y obligaciones generado desde el momento de la concepción y consolidado con el nacimiento del hijo, y que, en el sistema de la Ley, desaparecería desde el momento en que se veda al hijo el conocimiento de quién sea su progenitor. Por ello, la Ley resultaría claramente vulneradora del art. 39.2 C.E., así como del contenido esencial de la protección de la familia a que alude el art. 39.1.

2. Como segundo motivo de inconstitucionalidad, los recurrentes denuncian la vulneración del art. 15 de la Constitución. Tras una amplia referencia al informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana, así como a la exposición de motivos de la Proposición de Ley que dio origen al texto recurrido, consideran los recurrentes que el texto articulado finalmente aprobado

no define con precisión el *status* jurídico de los embriones, lo que supondría incumplir el deber constitucionalmente impuesto a los poderes públicos, y en particular al legislador, de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales (STC 53/1985). Al omitir una regulación positiva del estatuto del embrión, y subordinar la vida y el desarrollo del fruto de la concepción a lo decidido por médicos u órganos administrativos, la Ley le estaría negando la protección constitucionalmente obligada durante toda la gestación.

Realizan a continuación los recurrentes un extenso análisis sobre la completa ausencia de rigor científico en que incurrirían tanto el informe de la Comisión especial como la exposición de motivos de la Ley, al dar por supuesta la inexistencia de vida humana individualizada hasta el día decimocuarto posterior a la fecundación –para distinguir así entre embriones y preembriones, con criterio constitucionalmente inadmisibles a juicio de los recurrentes–, que contrastaría además con varias de las máximas sentadas en la STC 53/1985, así como con la jurisprudencia que considera delito de aborto a los atentados contra el fruto de la concepción, de modo que las disposiciones de la Ley que autorizan o imponen la manipulación de embriones o su destrucción son contrarios al Código Penal y en consecuencia nulas de pleno derecho por violación de una norma de rango superior como es el Código Penal, que tiene rango de Ley Orgánica, aparte de su oposición citada con la Constitución. Todo ello conduciría además a la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley por contravenir, además del derecho fundamental contenido en el art. 15, la reserva de Ley Orgánica en materia penal establecida en el art. 81 de la Constitución y por atentar al principio de seguridad jurídica (...) en cuanto pretende amparar conductas delictivas sin previamente modificar el Código Penal (...). Tales tachas vendrían reforzadas, a juicio de los recurrentes y por imperativo del art. 10.2 C.E., por la protección internacional del derecho a la vida de todo individuo (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966), que debe interpretarse, a juicio de los recurrentes, como el derecho a la vida del fruto de la concepción en sus diversas fases.

Como consecuencia de este núcleo argumental, tachan los recurrentes de inconstitucionales los siguientes preceptos: a) Art. 1, núm. 4, en cuanto prevé la autorización de la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados; b) Art. 2, núm. 4, que permite a la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida solicitar su suspensión en cualquier momento de su realización, petición que debe ser atendida; c) Art. 4, por prever la transferencia al útero únicamente del número de preembriones científicamente considerado como suficiente para asegurar razonablemente el embarazo; d) Art. 5, núm. 1, que admite la donación de gametos y preembriones, lo que supondría una patrimonialización de los mismos incompatible con la dignidad humana; e) Art. 11, núms. 3 –que permite la criopreservación por cinco años de los preembriones sobrantes de una fecundación *in vitro*– y 4 –por incluir a los preembriones, asimilándolos a los gametos, en la posibilidad de que pasen a disposición de los bancos de preembriones correspondientes; f) Art. 12, núms. 1 –relativo a la investigación sobre preembriones, en cuanto permite que como resultado de la misma se desaconseje su transferencia al útero– y 2 –que prohíbe toda intervención sobre los embriones vivos fuera de los casos en que, con fines diagnósticos, tenga por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo, a menos que esté legalmente amparada–; g) Art. 13, por permitir, *sensu contrario*, intervenciones sobre el preembrión, embrión o feto con fines distintos a los estrictamente terapéuticos; h) Art. 14, núms. 3 –que obliga a que los gametos utilizados en investigación o experimentación no se utilicen para originar preembriones con fines de procreación– y 4 –que permite el test del hámster y la autorización de otras fecundaciones entre hombre y animal, completamente incompatibles con la dignidad de la persona humana–; i) Art. 15, en cuanto autoriza la investigación o experimentación, bajo determinados requisitos, sobre los preembriones vivos; j) Art. 16, núms. 1 –que autoriza diversas hipótesis de investigación, en particular las que resulten autorizadas por la Comisión Nacional prevista en la Ley– y 2 –que prohíbe la experimentación en preembriones vivos en tanto no se pruebe científicamente la inadecuación para los mismos fines del modelo animal, y que asimismo prevé la autorización de experimentaciones sobre preembriones vivos no viables–; k) Art. 17, sobre preembriones muertos o no viables; l) Art. 20, por no establecer la sanción correspondiente a las infracciones que tipifica, en contra de las



exigencias del principio de legalidad sancionador, además de prever como meras sanciones administrativas diversos supuestos merecedores de sanción penal, según la doctrina establecida en la STC 53/1985; m) Disposición final primera, apartados a) –por autorizar la existencia de bancos de preembriones y de las células tejidos y órganos de embriones y fetos–, y e) –que faculta al Gobierno para establecer en plazo de seis meses los requisitos para autorizar la experimentación sobre gametos, preembriones, embriones y fetos.

3. Como tercer y último motivo del recurso, tachan los recurrentes a la Ley de inconstitucional por infracción del art. 81.1 C.E., al carecer de carácter orgánico, y ello pese a afectar al desarrollo de derechos fundamentales de la persona (arts. 10, 15, etc., de la Constitución), invadir por medio de Ley ordinaria el ámbito de la garantía penal reservado al legislador orgánico –en cuanto al art. 20 de la Ley– y la protección integral de los hijos constitucionalmente obligada –art. 39.2 C.E.–, que incluye la posibilidad de que se investigue la paternidad.

Todo ello conduce a los recurrentes, en definitiva, a solicitar de este Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de la Ley impugnada, en su totalidad y subsidiariamente por lo que respecta a los preceptos específicos ya señalados. Mediante sucesivos otrosíes, asimismo solicitan los recurrentes se recabe del Ministerio de Justicia y Cámaras Legislativas la remisión de cuantos antecedentes constituyan el expediente de tramitación de la Ley impugnada (art. 88.1 LOTC), práctica de prueba para determinar el momento en que comienza la vida del *nasciturus*, a realizar mediante informes periciales, y se acuerde la suspensión de la aplicación de la Ley.

### **III. ARGUMENTOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO**

Tales alegaciones se presentaron el siguiente 14 de abril en el Registro del Tribunal, y en ellas se comienza por exponer que el único motivo de inconstitucionalidad aducido frente a la totalidad de la Ley es el tercero de los contenidos en el recurso. Pero, con carácter preliminar, considera necesario el Abogado del Estado recordar la doctrina ya establecida en la STC 36/1981, fundamento jurídico 7, que niega a los preámbulos, o exposiciones de motivos, de las Leyes valor normativo

suficiente para que sea posible articular sobre ellos una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, por lo que considera innecesario entrar en el examen de la alegación subsidiaria relativa al de la Ley impugnada.

1. Entrando ya en el análisis de los motivos del recurso, y comenzando por el tercero en su orden, comienza el Abogado del Estado por recordar la doctrina contenida en las SSTC 5/1981 y 76/1983 en orden a la necesaria consideración restrictiva de la exigencia constitucional de Ley Orgánica, negando que tal exigencia sea predicable de la Ley recurrida, en primer lugar, por su específico carácter relativo a la Administración sanitaria, ya que, se nos dice, tiende a hacer efectivo un aspecto del derecho a la protección de la salud, recogido en el art. 43 C.E. y por ello excluido del ámbito reservado al legislador orgánico. La Ley no se presenta, pues, como desarrollo de ninguno de los derechos fundamentales o libertades públicas a que se refiere la reserva de Ley Orgánica.

Asimismo, el argumento que exponen los recurrentes sobre el art. 20 de la Ley y relativo a la reserva de Ley Orgánica en materia penal, lo niega el Abogado del Estado por cuanto las conductas que en él se sancionan se producen con anterioridad al proceso gestativo, que es el momento temporal que, de conformidad con la STC 53/1985, marca el comienzo de la vida; por ello, el legislador democrático no se encuentra para ese momento constitucionalmente obligado a establecer el sistema de protección de la vida humana, incluida su protección penal, a que se refiere la mencionada Sentencia, sino que goza, por el contrario, de un amplio margen de disposición en el ejercicio de su libertad de configuración normativa.

Examina a continuación el Abogado del Estado la alegación relativa a la supuesta arbitrariedad de la Ley, así como a su carácter pretendidamente vulnerador de la garantía institucional de la familia.

Comenzando por el supuesto carácter arbitrario de la Ley, se nos argumenta que las supuestas cuestiones extrañas al objeto descrito por el art. 1 de la misma son justamente los problemas más complejos que se vinculan a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en particular los relativos a la filiación de los así nacidos cuando ha habido aportación de gametos de donante. A ello cabría añadir que corresponde

a la pura oportunidad política discernir si la legislación que afecta a una materia determinada debe realizarse por partes o de una sola vez (STC 72/1984, fundamento jurídico 5.), de modo que el legislador democrático no tiene por qué estar obligado a incluir normas del tipo de las impugnadas en el Código Civil, sino, todo lo más, a respetar la unidad interna del orden jurídico, como conexión de sentido cuya realidad, o no, es lo único que podrá ser enjuiciado por este Tribunal. Por lo demás, la pretendida incongruencia de la Ley no puede afirmarse, menos todavía como arbitrariedad, al no demostrarse ninguna falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados para su consecución (SSTC 99/1987 y 70/1988).

2. Por lo que se refiere al supuesto atentado contra la garantía institucional de la familia, como garantía de la existencia de la institución y de los rasgos que el acuerdo social vigente considera esenciales y definitorios, pero no de su configuración concreta, no encuentra el Abogado del Estado ninguna contradicción con dichos rasgos de la concepción que late en la Ley impugnada, que denomina concepción funcional de la familia, que permite acoger en la definición constitucional de dicha institución esquemas convivenciales distintos a los tradicionales, siempre que perviviera una comunidad humana formada por padres e hijos, no incompatible con la posibilidad, prevista en la Ley, de aplicar las técnicas de reproducción asistida a lo que aquella denomina mujeres solas: todo ello entraría en el ámbito de disposición que corresponde al legislador democrático como cuestión de oportunidad política.

Cuestión distinta constituye, para el Abogado del Estado, la determinación de la paternidad cuando el gameto masculino procede de donante, cuyo anonimato protege la Ley con alguna excepción (art. 5, núm. 5). Esta cuestión se analiza en el escrito de alegaciones como centro de un complejo conflicto de intereses: por un lado, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica o sanguínea, que algunos autores (...) consideran como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona; de otro, el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres jurídicos y la protección que el Estado debe dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares; en fin, el derecho a la intimidad del donante. La solución legal, a juicio del Abogado del Estado, responde a criterios de razonabilidad en este conflicto de intereses.

Continúa el Abogado del Estado reprochando al escrito de alegaciones su olvido de que las nuevas técnicas reproductivas abocan a la separación de los conceptos de padre y de progenitor, separación que no es tampoco ninguna novedad en el ordenamiento. Del art. 39 C.E., se afirma, no cabría deducir una suerte de responsabilidad derivada de la titularidad del gameto, pues basta tener en cuenta la nula relevancia de la voluntad del donante y la intercambiabilidad y aleatoriedad del material genético, como demuestra la dicción del art. 6.5 de la Ley (no recurrido y que somete la elección del donante, bajo ciertas condiciones, a la responsabilidad del equipo médico interviniente), así como la del art. 5.7, tampoco objeto de impugnación.

3. El último apartado de su escrito lo dedica el Abogado del Estado a negar que la Ley vulnere el derecho recogido en el art. 15 C.E., para lo que parte de las máximas expuestas en la STC 53/1985, fundamentos jurídicos 5. y 7., para afirmar a continuación que la Ley impugnada en modo alguno desplaza o suprime el sistema legal de defensa de la vida vigente. Problema distinto sería que el legislador democrático estuviera constitucionalmente obligado a establecer un sistema, incluso penal, de protección de los denominados preembriones, que el Abogado del Estado considera células germinales anteriores al inicio del proceso gestativo. Tal y como se nos expone, la necesidad incondicionada y absoluta de una *ratio* penal en defensa de la vida del preembrión no se presenta así (en la demanda) como una consecuencia derivada del análisis de la Constitución, sino como un *prius* condicionante de su interpretación. Sin embargo, de la Constitución (...) no se desprende la obligación del legislador democrático de configurar un sistema penal de protección para la defensa de la vida del preembrión (...). Ello descarta cualquier duda de constitucionalidad sobre la práctica totalidad de los preceptos impugnados, si bien entiende necesario el Abogado del Estado realizar alguna precisión adicional respecto a los arts. 2, núm. 4, y 4 de la Ley: en cuanto al primero, para negar que con él se pretenda introducir una nueva causa de aborto, pues bastará entender, como se deduce de la sistemática de la Ley, que la suspensión de las técnicas reproductivas sólo podrá tener lugar hasta que se produzca la transferencia de los preembriones al útero materno, o, en todo caso, al iniciarse el proceso de gestación propiamente dicho; respecto al art. 4, niega el Abogado del Estado que en él se determine el destino de los preembriones residuales,

pues con él sólo se persigue asegurar razonablemente el embarazo, siendo en el art. 11, núms. 2 y 3, donde se prevé el destino futuro de los preembriones sobrantes.

Por todo ello, y en conclusión, suplica el Abogado del Estado se tengan por formuladas en nombre del Gobierno las alegaciones aquí resumidas y se dicte en su día Sentencia desestimando en su integridad el recurso interpuesto.

#### **IV. FALLO DEL TRIBUNAL<sup>3</sup>**

El Tribunal Constitucional inicia su fallo delimitando el objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado. Así, respecto a la solicitud de inconstitucionalidad de cierto pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley de 1988<sup>4</sup>, se reitera ya jurisprudencia anterior (STC 36/1981; 150/1990; 212/1996; 173/1998), según la cual, las Exposiciones de Motivos carecen de valor normativo y, por ende, no constituyen objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad. Tampoco será objeto de recurso, a juicio del Tribunal, el art. 20.2 B) letras a, k, l, v, por haber sido derogados estos apartados por la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, de Reforma del Código Penal; es decir, se produce una pérdida sobrevenida de la idoneidad para ser objeto del presente recurso (STC 160/1987; 213/1998; 102/1995).

Por lo que se refiere al alegato de los recurrentes de la necesidad de Ley Orgánica para regular la materia, al tratarse de derechos fundamentales, ser materias penalmente protegidas por este tipo de leyes y constituir dicha inobservancia la privación de los derechos paternofiliales, el Tribunal esgrime también doctrina reiterada, en virtud de la cual, los derechos fundamentales y libertades públicas reservadas a Ley Orgánica en su desarrollo (ex art. 81, 1 de la Constitución) son los previstos en la Sección Primera Capítulo Primero (arts. 15-29), y no a otros (STC

---

3 Recurso de inconstitucionalidad. SENTENCIA NÚMERO: 116/1999. APROBACIÓN: 17-06-1999. PUBLICACIÓN-BOE: 08-07-1999. NÚMERO-REGISTRO: 376/1989. PONENTE: don Pablo García Manzano

4 Dicho pasaje era el siguiente: "el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica pues, anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre".

70/1983), como por ejemplo, el derecho a la dignidad de la persona humana, incluido en el art. 10, 1 de la Constitución. Además, se reafirma que el derecho a la vida del art. 15 de la Constitución es de titularidad de las personas nacidas (STC 53/1985), no extensible a los *nascituri* (STC 212/1996). En consecuencia, dado que la Ley de 1988 regula las técnicas referidas a períodos previos a la formación del embrión humano, no afecta al desarrollo del derecho fundamental a la vida del art. 15 de la Constitución y, por ende, no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida por el art. 81,1 de la Carta Magna. Todos estos argumentos planteados llevan al Tribunal a rechazar la impugnación realizada por los recurrentes dirigida a la totalidad de la Ley.

Así pues, el Tribunal se apresta al enjuiciamiento de la constitucionalidad de los preceptos concretos cuestionados por los recurrentes.

Se alega por los recurrentes la vulneración del contenido esencial del derecho a la vida por la indebida distinción entre preembriones y embriones, con el consiguiente tratamiento jurídico diferente. El Tribunal reitera (STC 53/1985) que los no nacidos no son titulares del derecho a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución, lo cual no significa que sean desprotegidos de la tutela constitucional, a través de las garantías institucionales, principios rectores y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Es más, ello no es óbice para que el Estado esté obligado tanto a abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, como a establecer un sistema legal efectivo de defensa de la vida (STC 212/1996).

Otro punto controvertido es el relativo a la investigación y experimentación con embriones. El Tribunal entiende que no hay vulneración del derecho a la vida, ni tampoco el de los *nascituri*, puesto que los gametos humanos en sí (espermatozoides y óvulos) constituyen una fase anterior al de la propia fecundación. Y así, el art. 14, 4, 2<sup>o</sup> atiende al resultado de la fecundación, sino a la realización de ésta en sí misma si se autoriza por las causas debidamente justificadas, y a título excepcional, sin que ello suponga una desconexión con la taxativa

---

5 “Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente, o en su caso, de la Comisión Nacional multidisciplinar, si tiene competencias delegadas”.

prohibición de fecundar óvulos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Respecto a los arts. 15 y 16 de la Ley, sobre los requisitos para la investigación o experimentación con preembriones, el Tribunal no niega la mala redacción de los preceptos, pero remarca que los preembriones obtenidos por fecundación *in vitro* sólo pueden utilizarse con fines científicos de experimentación si no son viables y siempre que se acredite que el modelo animal no es apto para conseguir el fin conseguido, y así lo autorice la autoridad administrativa competente. La Ley no permite experimentar con preembriones viables ni ninguna investigación que no sea diagnóstica, terapéutica o de prevención. En consecuencia, los preembriones no viables no se reputan ni siquiera como *nascituri*, por lo que no se infringe en este caso la protección del derecho a la vida.

También se alega la inconstitucionalidad por el hecho de que la mujer pueda suspender este tipo de técnicas en cualquier momento (art. 2, 4 de la Ley). Sin embargo, el Tribunal acota que la suspensión se prevé sólo para el caso de que las técnicas estén todavía realizándose. Dejan de estarlo cuando los gametos masculinos o preembriones se transfieren al cuerpo de la mujer. La posible suspensión no se trata de un caso de aborto no punible, puesto que, una vez concluida la práctica de tales técnicas, el precepto no autoriza a suspender la gestación.

Con relación a la posible inconstitucionalidad de los embriones sobrantes (arts. 4; 11,3 y 4; 5, 1), el Tribunal opina que es un hecho científicamente inevitable su eventual existencia, sin que la crioconservación atente contra la dignidad humana; constituye el único remedio para una mejor utilización de los preembriones existentes y, por ende, evitar así fecundaciones innecesarias. Y es que ni los preembriones no implantados ni los simples gametos son persona humana. En consecuencia, el hecho de guardarlos en bancos al efecto tras el paso de cierto plazo no supone un atentado contra el derecho a la vida.

Sobre la pretendida patrimonialización de la donación de gametos y embriones del art. 5, 1 de la Ley, y la consideración de objeto de todo individuo fruto de la concepción, el Tribunal entiende que dicho precepto trata de garantizar que tanto los gametos como los preembriones no sean reputados como bienes comerciables.

Por lo que respecta a las intervenciones sobre los preembriones con fines diagnósticos o terapéuticos de los arts. 12 y 13 de la Ley, el Tribunal opina que las garantías proporcionadas por la Ley son más que suficientes, pues se excluyen en los casos de posible enfermedad hereditaria o cuando sea desaconsejable la transferencia, y en todo caso, la decisión última recaerá en la madre receptora. Además, el art. 13 desautoriza cualquier intervención distinta de la terapéutica. Cuando la intervención recaiga sobre el embrión o feto, sólo será constitucional en la medida y límites marcados por el art. 417 bis del Código Penal.

A la hora de analizar la posible inconstitucionalidad de la Ley por atentar contra la garantía institucional de la familia, el Tribunal estima que la Constitución garantiza la familia y la existencia de un reducto indisponible o núcleo esencial de la misma. Sin embargo, ello no significa la identificación de la familia que ha de ser protegida con la matrimonial exclusivamente, puesto que la noción constitucional de familia incluye también la propia relación sin descendencia (STC 184/1990 y 222/1992). Es más, la identificación familia natural-familia jurídica carece de todo respaldo constitucional, de modo que las técnicas de reproducción asistida no implican menoscabo alguno en la protección constitucional de la familia, y por ende, es lícita la disociación que existe entre el padre biológico y el legal.

También se esgrime por los recurrentes la incongruencia normativa del legislador en ciertos preceptos de la Ley (arts. 1, 1; 6-10). Sin embargo, el Tribunal considera que sólo puede hablarse de arbitrariedad normativa en el caso de carecer de toda explicación racional (STC 108/1986). En consecuencia, el legislador puede regular los requisitos de las mujeres que se sometan a estas prácticas, pues tales aspectos son una consecuencia jurídica inescindible de su aplicación.

Una colisión de derechos importante es la que suscita el art. 5, 5 de la Ley entre el anonimato del donante y la libre investigación de la paternidad. En este sentido, el Tribunal sólo afirmaría su inconstitucionalidad en la medida que se impidiera sin razón alguna la investigación de la paternidad. Y es que el anonimato reconocido por la Ley no supone la absoluta imposibilidad de determinar la identidad del donante, pues excepcionalmente sí se puede obtener. Además, se concede el derecho a recabar una información general de los donantes a reserva de su identidad,



lo cual evita que hablemos de una situación de desprotección para los hijos, que les ocasione consecuencias perjudiciales.

Sí que se reconoce la inconstitucionalidad del art. 20, 1 de la Ley<sup>6</sup>, que regula infracciones y sanciones, por remitirse de manera muy genérica a los arts. 32-37 de la Ley General de Sanidad y, por tanto, infringir con ello el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución.

Se recurre la constitucionalidad de la tipificación con sanciones administrativas de conductas que atentan contra el bien jurídico de la vida humana. En este apartado, el Tribunal expresa que la protección penal de los derechos fundamentales no puede aspirar a revestir un carácter absoluto, de manera que, fuera de casos extremos, el legislador puede determinar la protección penal que ha de dispensar a bienes y derechos de los ciudadanos. Es decir, no hay una reserva absoluta de Ley Orgánica en materia sancionadora, ni una obligación constitucional para el legislador para establecer una sanción penal a todas y cada una de las interdicciones de la ley, por lo que no se puede hablar en este caso de inconstitucionalidad, máxime cuando muchas de estas conductas tipificadas como infracciones administrativas han pasado a ser delitos en el ámbito del Código Penal.

En cuanto a la posible inconstitucionalidad de la habilitación concedida al Gobierno para reglamentar en seis meses los requisitos técnicos y funcionales, así como las correspondientes autorizaciones administrativas (Disposición Final Primera a) y e), el recurso se considera sin objeto, puesto que el mandato del Gobierno no se agotaría en ordenar dicha actuación, sino que, además, éste tuviera lugar en el plazo mencionado (STC 212/1996). Pasado el plazo, cualquier disposición reglamentaria con los límites legales descansaría en la potestad reglamentaria del Gobierno, y no en una prescripción decaída en el tiempo.

En consecuencia, el fallo considera la desaparición sobrevenida del objeto del recurso en la Disposición Final Primera letras a) y e);

---

6 “Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 a 37 de la Ley General de Sanidad”.

estima parcialmente el recurso respecto al art. 12, 2 de la Ley, pues sólo será constitucional si se interpreta con arreglo al art. 417 bis del Código Penal, así como declara la inconstitucionalidad del inciso final del art. 20, 1 de la Ley; y desestima el recurso en todo lo demás.

## **V. VOTO PARTICULAR<sup>7</sup>**

Dicho voto particular se sustenta en el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana, reconocido en el art. 10 de la Constitución española, que constituye un apoyo y base principal del orden político y la paz social del propio texto constitucional, vertebrado a su vez en derechos inviolables inherentes a ella, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad; la integridad física y moral; la libertad de ideología y creencias; o el honor, intimidad personal y familiar y de la propia imagen. Todo ello implica que la dignidad de la persona se eleva a la categoría de valor espiritual y moral inherente a la persona.

Por tal motivo, dado que nos hallamos en presencia de un derecho fundamental, especialmente tutelado incluso a nivel constitucional, quedaría dentro del ámbito de las reservas materiales de Ley Orgánica, puesto que cuanto es inherente a un derecho fundamental, con protección reforzada, ha de regularse mediante Ley Orgánica. El Estado tiene la obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales y concederles, por ende, la mejor tutela posible, lo que nos llevaría a proteger en este caso a la dignidad de la persona a través de las máximas garantías aportadas por las Leyes Orgánicas.

Puesto que la dignidad de la persona humana se hace presente sin discusión en La Ley de 1988, desde el momento en que regula materias incluidas esencial y directamente en el ámbito del mencionado valor, hubiera sido conveniente y oportuno que la democracia de consenso hubiera actuado plenamente y se hubiera requerido para su aprobación la mayoría cualificada que la Constitución exige para las Leyes Orgánicas,

---

7 Voto particular discrepante que formula con fecha 18 de Junio de 1999 el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/89, al que presta su adhesión el Magistrado don Fernando Garrido Falla.

ante las grandes divisiones políticas, morales, sociales y culturales que el tema abordado en esta Ley plantea y suscita.

## **VI. COMENTARIO CRÍTICO**

### **1. El contenido esencial del derecho a la vida**

La referida sentencia resulta muy categórica respecto al tratamiento de la titularidad de este derecho fundamental: no corresponde a los concebidos y no nacidos (*nascituri*), sino solamente a los ya nacidos. Lo cual resulta un tanto contradictorio, a nuestro entender, con afirmaciones expuestas por el propio Tribunal en sentencias anteriores, en las que compelió al Estado a establecer todo tipo de medidas en torno a la efectividad de este derecho, así como a no interrumpir ni obstaculizar en modo alguno el proceso natural de gestación. El Tribunal ha consagrado que el derecho a la vida constituye un derecho fundamental esencial y troncal sin el cual los demás derechos no podrían existir; que la vida es un proceso que comienza en la gestación, que ha de ser protegida incluso en la etapa inicial en que no goza de independencia; y, por tanto, si las leyes no defienden toda la vida humana, este derecho no está totalmente protegido, y la vida del *nasciturus*, por cuanto encarna un valor fundamental, constituye un bien jurídico cuya tutela encuentra apoyo a nivel constitucional.

Pudiera entenderse, al amparo de lo anterior, que el alegato a ultranza en defensa del derecho a la vida podría estar seriamente amenazado al no reconocer al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida humana, cuando, biológicamente, sin duda, en esta fase del proceso de gestación ya existe vida humana. Y es que, si se reconoce el derecho a la vida humana, habría de serlo en todas las etapas del desarrollo gestativo del ser humano, pues, de lo contrario, estaríamos recortando y limitando esta protección y, por ende, no sería absoluta ni total, como lo exige este derecho fundamental. Por ello, pareciera como que el argumento empleado por el Tribunal acogiera una contradicción en sus propios términos: defensa del derecho a la vida y exclusión de esta protección absoluta para los *nascituri*, a los que no se les reconoce la titularidad de este derecho, a pesar de que se encuentran ya en una fase evolutiva del proceso que constituye la vida humana.

## **2. La investigación y experimentación con preembriones y embriones. Su posible comercialización**

El Tribunal entiende que en este caso no hay vulneración del derecho a la vida, ni tampoco una desprotección de los derechos de los *nascituri*, puesto que los gametos humanos en sí (espermatozoides y óvulos) constituyen una fase anterior a la de la propia fecundación. Se sustenta para ello en una opinión científica que traslada al campo del Derecho y asume como propia, lo cual por ser una opinión doctrinal, aún mayoritaria, no escapa a posibles críticas y reparos, ya que con base en un criterio eminentemente médico-científico se toma una postura que condiciona y sustenta el pensamiento jurídico, hasta el punto de excluir de la tutela del derecho a la vida a los gametos humanos, por considerar que constituyen una fase anterior al de la fecundación de la vida humana, obviando que ésta representa todo un proceso continuado y encadenado.

En la misma línea apuntada, el fallo del Tribunal establece que los preembriones obtenidos por fecundación *in vitro* sólo pueden utilizarse con fines científicos de experimentación si no son viables y siempre que se acredite que el modelo animal no es apto para conseguir el fin conseguido, y así lo autorice la autoridad administrativa competente, puesto que la Ley no permite experimentar con preembriones viables ni llevar a cabo ninguna investigación que no sea diagnóstica, terapéutica o de prevención. En consecuencia, pues, según opinión del Alto Tribunal, también cuestionable, los preembriones no viables no se reputarían ni siquiera como *nascituri*, por lo que no se infringiría en tal supuesto el derecho a la vida.

## **3. Los embriones sobrantes**

El Tribunal opina que es un hecho científicamente inevitable su eventual existencia y que la crioconservación no atenta contra la dignidad humana, sino que constituye el único remedio para una mejor utilización de los preembriones existentes y, por ende, evitar así fecundaciones innecesarias.

Las legislaciones hablan de transferir al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Evidentemente, estas normas, que podrían encuadrarse en el ámbito médico-sanitario, guardan una relación estrecha

con el derecho fundamental a la vida, tanto en lo relativo a los preembriones sobrantes, como a los implantados con destino cierto a morir. Sin embargo, para el Tribunal, ni los preembriones no implantados ni los simples gametos son persona humana, por lo que, en consecuencia, el hecho de guardarlos en bancos al efecto tras el paso de cierto plazo no supone un atentado contra el derecho a la vida. Ahora bien, ¿qué hacer con ellos, una vez superado el plazo legal de conservación y almacenamiento? No se pueden implantar, tampoco investigar con ellos. ¿Acaso es recomendable la práctica administrativa británica que permitió la destrucción de más de tres mil embriones congelados por un plazo superior a cinco años?

Ante esta polémica, quizás fuera más conforme y ajustado al principio de la dignidad humana la donación de los embriones sobrantes a las parejas que lo necesitaran, por entenderse más positiva esta vía que su mera destrucción, u otras prácticas más deleznable que tendieran a su empleo y destino con fines comerciales o de investigación.

Por tanto, aunque se pudiera aceptar, no sin reparos ante la posible amenaza del derecho a la vida, la visión aportada por el Tribunal en este fallo, sobre la consideración de los embriones sobrantes como un mal menor y necesario para evitar fecundaciones innecesarias, el problema que se plantea de más hondo calado tanto jurídico como ético es el destino de los mismos, una vez pasado el plazo considerado óptimo para su congelación y si, en consecuencia, han de ser conservados y almacenados indefinidamente o, si por el contrario, han de ser destruidos ante el riesgo de conseguir un *stock* muy elevado sin empleo o utilidad concretos.

#### **4. La garantía institucional de la familia**

El Tribunal estima que la familia goza de protección constitucional, así como reconoce la existencia en ella de un reducto indisponible o núcleo esencial. Sin embargo, en su opinión, ello no significa la identificación de la familia que ha de ser protegida con la matrimonial exclusivamente, puesto que la noción constitucional de familia se extiende, incluso, a la propia relación sin descendencia (STC 184/1990 y 222/1992).

Es más, la identificación familia natural-familia jurídica carece de todo respaldo constitucional, de modo que las técnicas de reproducción

asistida no implican menoscabo alguno en la protección constitucional de la familia, y por ende, es lícita la disociación que existe entre el padre biológico y el legal. En este punto, el Tribunal adopta una posición muy acorde con las nuevas realidades del Derecho de familia, que, sin duda, ha abierto una gran brecha respecto del tradicional, donde la familia matrimonial ya no es la única existente, y donde ya se habla de diversas modalidades de paternidad y maternidad: genética, biológica, legal, educacional, y de deseo. Con ello, el tradicional Derecho de Filiación queda desfasado y merecedor de una reforma que se ajuste a las necesidades de los nuevos tiempos, puesto que se ha producido tal conmoción sobre el particular en tan breve lapso temporal que podemos afirmar sin reparos que nos hallamos ante una nueva etapa del derecho filiatorio que, sin duda, amerita y exige su reubicación en la sociedad en que vivimos.

#### **5. *La colisión de derechos: anonimato del donante versus libre investigación de la paternidad***

En este apartado nos hallamos ante una colisión de derechos más que interesante, puesto que tanto el anonimato del donante como el derecho a la libre investigación de la paternidad cuentan con razones más que convincentes para sostener un criterio u otro.

Así, en defensa del anonimato del donante se esgrimen alegatos variados: una finalidad eminentemente práctica, pues de no mantener la confidencialidad, se podría correr el riesgo de carecer de donantes, ante las posibles implicaciones y responsabilidades en las que se verían afectados; el mayor bienestar del niño, puesto que la revelación de la identidad del donante podría ocasionarle traumas psíquicos ante el posible rechazo social que su origen le acarrearía; la protección de los que deciden el nacimiento del niño y que, a la postre, serán los padres jurídicos, que no biológicos, ante un posible rechazo del niño hacia ellos; el propio derecho a la intimidad del donante, que tendería a evitar que otras personas pudieran conocer el empleo y destino de su propio material genético; incluso, el principio del orden público y la paz familiar, por la presencia de un tercero en el seno de la familia.

Por otro lado, el pretendido derecho a la investigación de la paternidad, consagrado constitucionalmente, aboga claramente por

desvelar la identidad del donante, por razones igualmente defendibles como: el derecho del hijo a conocer su origen genético y biológico, así como la identidad de los donantes; el principio de la igualdad constitucional, puesto que los hijos nacidos por medios naturales pueden instar la investigación de la paternidad y maternidad biológica; y el derecho a la integridad física y moral, ya que se impide la posible reconstrucción del origen biológico de la persona, y las posibles consecuencias peligrosas en los casos de enfermedad o accidente, o bien en el terreno psicológico por el impedimento de lograr que la persona alcance el desarrollo de su propia identidad y personalidad.

El Tribunal sólo afirma la inconstitucionalidad de la Ley por atentar contra el derecho a la libre investigación de la paternidad en la medida que se impidiera sin razón alguna. Y es que el anonimato reconocido por la Ley no supone la absoluta imposibilidad de determinar la identidad del donante, pues excepcionalmente sí se puede obtener en algunos casos determinados. Incluso, se concede el derecho a obtener una información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo cual evita que se pueda hablar de una situación de desprotección para los hijos, que les pudiera ocasionar y acarrear una serie de consecuencias perjudiciales. Resulta cuando menos discutible que sólo con los supuestos excepcionales permitidos por la Ley para conocer la identidad de la persona del donante pueda verse colmado y satisfecho en todos sus extremos el derecho de todo individuo a la libre investigación de la paternidad, pues por regla general, dicho derecho quedaría reducido a la mera obtención de información general sobre el donante pero no al conocimiento de su identidad y, en consecuencia, el cumplimiento efectivo del derecho a la libre investigación de la paternidad, piedra básica y angular del nuevo Derecho de Familia, resultaría frustrado e insatisfecho.

## **Proceso y Etica\***

Carlos Manuel Ferreira Da Silva\*\*

**I-** Al iniciar mi intervención en este panel, mis primeras palabras son, necesariamente, para agradecer el honor de haber sido invitado para participar en él. Pero más importante aun es felicitar a la organización por la elección de este tema: Proceso y Ética.

En verdad, si bien que nadie pondrá en duda que todo el proceso, todo el sistema de justicia debe ser presidido por una idea de ética, no es menos cierto que muchas veces eso es, en el día a día, olvidado.

La multiplicidad de normas y su integración en Códigos, acabaron por transformarse en un sistema tan vasto y tan complejo que la preocupación de los teóricos y prácticos viene a centrarse en problemas técnicos de interpretación y de armonización, olvidando de algún modo el principio último que es su encuadramiento ético.

Entretanto, hace mucho tiempo que en la ciencia procesal se abandonó la tesis que veía el proceso como un aglomerado de formas

---

\* Exposición del autor sobre el tema que bajo el mismo nombre fuera discutido durante el panel Proceso y Etica dentro del XX Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Octubre 1999.

\*\* Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Portugal, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.



de carácter éticamente neutro - la ética solo estaría dirigida al derecho de fondo a aplicar y no a las propias reglas procesales.

En este momento, incluso sin hacer un expreso esfuerzo, son claras las preocupaciones éticas que están por detrás de la generalidad de los temas en que se centra hoy la ciencia procesal, por ejemplo:

- El acceso a la justicia;
- el combate a la morosidad;
- la tutela de los intereses difusos y colectivos;
- el reclutamiento y formación de los protagonistas procesales: Jueces y abogados.

No obstante, aunque hoy la ciencia procesal se encuentre ya dominada por el deseo de la concretización de los valores, en la sociedad imperan otras líneas de fuerza que chocan con la ética:

- En el plano del Estado, es la racionalización de su actividad solo con base en criterios económicos, del tipo coste/provecho, propias, hasta hace bien poco tiempo, de la iniciativa privada, olvidando que los derechos fundamentales, designadamente el de obtener justicia, no tienen precio.

En el plano individual, es la lógica exclusiva del suceso, sin considerar los medios para alcanzarlo.

Es, pues, cada vez mas necesario comenzar a pensar en la ética, hablar de ética, regresar a la ética.

Y es en este sentido que la elección del tema de este panel fue extramadamente feliz y oportuna.

La evolución del derecho en su conjunto hizo posible que las preocupaciones éticas dejaran de ser eminentemente teóricas, para tornarse en derecho vivo.

Y su asiento privilegiado –dejando aparte los tratados internacionales, que no vamos a considerar– son las Constituciones.

La Constitución dejó, de hecho, de contener solo las reglas relativas a la mera organización del Estado, para pasar a dar guarida a la enumeración cada vez más exhaustiva de los derechos fundamentales en sus más variadas vertientes.

Pero a la Constitución no puede bastarle hacer un simple elenco de los derechos fundamentales, debiendo necesariamente preocuparse por su efectividad y, en esta base, los tribunales desempeñan un papel último y definitivo.

De aquí que tengan que tener asiento constitucional todas las reglas básicas que garanticen:

- El acceso de todos y cada ciudadano a los tribunales, como derecho de una protección jurisdiccional eficaz y temporalmente adecuada;
- que a cada derecho pueda corresponder su efectivización a través de los tribunales;
- que el proceso sea equitativo, o que sea el “debido proceso de ley” (*due process of law*);

Una intervención de apenas minutos no me permite analizar todos los requisitos para que un sistema garantice el acceso a los tribunales, y el proceso equitativo.

Sólo quiero acentuar que un sistema ético empieza en la Constitución de cada Estado y está estrictamente dependiente de ella. Pero no basta con una Constitución perfecta en sus estatutos.

El encuadramiento moral de un sistema no se mide por las normas sino por lo que ocurre en el plano de los hechos, pues, en verdad, donde hay una norma se genera el desvío y un sistema ético exige una atención constante a esos desvíos.

No resisto en proponer un ejemplo.

Creo que, en este momento, todos los países medianamente desarrollados procuran garantizar, a los desprovistos de medios económicos, el no pago de los gastos judiciales y el contar con una debida defensa prestada por intermedio de un abogado. El problema ya dejó de ser ahora, para los más desfavorecidos, las dificultades de acceso a la justicia en términos absolutos, para enfrentarse con él la deseada igualdad de las partes.

Para ello debe procurarse que el beneficiario de la asistencia jurídica disponga, adecuadamente, de un abogado tan competente y eficaz como el de su contraparte.

Esta cuestión nos remite a la consideración de los también problemas derivados de los pagos a los abogados, cuando los mismos han sido designados de oficio para atender a una de las partes en el proceso.

En Portugal, en un primer período, el abogado designado no era remunerado. En este momento existe una remuneración por parte del Estado, según una tarifa bastante inferior a la que un abogado aplicaría en su bufete, lo que conlleva a que los abogados no estén muy interesados en los nombramientos de oficio y que sean designados, mayoritariamente, abogados muy jóvenes (en fase de aprendizaje) por lo tanto menos hábiles y conocedores.

Hay también la sospecha, o la posibilidad, de que los abogados designados no se empeñen tanto como en sus casos particulares.

Así, parece ser una exigencia ética en los sistemas que contemplan designación de abogados de oficio que sean remunerados tal como si estuviesen en ejercicio libre y por tanto cobrar libremente honorarios como si se tratara de un cliente particular, lo que sería el único medio de asegurar una verdadera igualdad de las partes.

Pues bien, parece ser que en Holanda, donde los abogados practicantes son remunerados por el Estado de acuerdo con la cuenta que presenten como si se tratara de un cliente normal, eso llevó a que, por ejemplo, en un divorcio simple con asistencia jurídica se dedujesen todos los incidentes y recursos, acabando siempre el proceso en el Tribunal Supremo, al contrario de lo que normalmente sucede en los casos sin asistencia jurídica. Quiere esto decir que el sistema ideal —ético— de remuneración de los abogados designados de oficio, introdujo una distorsión, un resultado no ético y más que la solución expedita y consensual del caso, que es lo que interesa sobre todo en derecho de familia, lo que finalmente se obtuvo fue la radicalización de posiciones, con miras a engordar los honorarios.

Parece útil referir este caso para acentuar que la procura de la ética es un trabajo que jamás estará completo, exigiendo una preocupación y una atención constante pues, repito, la ética, en último análisis, se mide por el resultado práctico y no por la abstracción de la norma.

Por ejemplo, la Constitución Portuguesa prevé en su artículo 20º que “todos tienen derecho a que una causa en la que intervengan sea objeto de decisión en plazo razonable”.

Más que interesa esta norma perfecta en su planeamiento, si todos los días se constata que los procesos, por las más diversas razones, se arrastran en los tribunales años y años y en enorme porcentaje, de tal manera que la decisión final acaba por carecer de efectividad —el acreedor, cuando obtiene el reconocimiento de su crédito, ya quebró por no haber logrado el cobro en tiempo útil. La indemnización de un daño moral ya no es recibida por quien sufrió el dolor, si no por sus herederos... ?

A propósito de la ética efectiva del sistema, creo necesario alejar una idea que parece ser común a muchos operadores judiciales y hasta a los estudiosos de la ciencia procesal: la de que la resolución de los problemas del sistema de justicia pasa exclusivamente por el Código de Proceso Civil, por la marcha del proceso.

Por ejemplo, en la enseñanza del Derecho Procesal Civil normalmente, por lo menos en Portugal, se estudian solo las normas del C.P.C. En verdad, desde un punto de vista estrictamente práctico eso es imprescindible, pero hoy, la conformidad ética del sistema, en mi opinión, ya no pasa tanto por el Código de Proceso Civil como por una correcta organización de los tribunales y por el número y calidad de los operadores judiciales.

Los problemas que un C.P.C. debe resolver, por lo general ya han encontrado fórmulas de gran aceptación, mientras que los que deben ser resueltos por la ética, no terminarán de acabarse formalmente nunca. Son los casos, p ex.:

- De la igualdad procesal de las partes;
- del principio de lo contradictorio;
- de la resolución del caso con vista a la verdad material;
- del encuadramiento del proceso según los derechos fundamentales;
- de la necesidad de fundamentar las decisiones;
- de la supresión de condicionantes indebidos para que se profiera una decisión sobre el fondo (p. ex., en Portugal, un proceso no proseguía sin que estuviesen pagados los impuestos relativos al contrato que se pretendía hacer efectivo, obstáculo claro al acceso a la justicia, que sólo hace dos años fue suprimido).

Lo que fundamentalmente está por resolverse son los graves problemas que devienen de las dificultades para el acceso a los Tribunales y en particular el de la notoria morosidad con la cual se dicta justicia.

Como se podrá observar, la efectiva solución de tales problemas, más que depender de una adecuada normativa para los mismos en el Código de Procedimiento Civil, radicará en lo que atiene a Organización Judicial, la cual, a su vez, depende directamente de los recursos que el Estado tenga dispuestos para atender a la administración de Justicia.

Los tribunales tienen que estar localizados estratégicamente cerca de los justiciables, cerca de las personas, de las partes y de los testigos; por lo tanto para su adecuada ubicación geográfica necesariamente tendrá que ponderarse lo que atiene a que, con ella, se logre el efectivo acceso de todos a la justicia.

El número de Jueces tiene que ser suficiente para que los procesos obtengan solución en tiempo útil, pues, como decía D. Duarte, un rey portugués de principios del siglo XV: “Aquellos que tarde vencen, quedan vencidos”.

El tiempo que se nos tiene asignado es corto, por ello resumo, dentro del mismo no era posible abordar todas las exigencias de un sistema de Justicia ético.

Por ello opté por acentuar algunas de sus ideas básicas, a saber.

- La necesidad de que en él impere una constante referencia a la ética.
- La conveniencia de que sean los textos constitucionales, los lugares apropiados para establecer cuales son los principios éticos que rigen ese determinado sistema.
- Poner de manifiesto que la ética no se mide ni se obtiene por la vía de las normas que la establezcan sino por su efectividad y concretización práctica.
- La solución de los problemas y déficits éticos dependen hoy cada vez más de lo relacionado con la Organización Judicial (número y localización de los tribunales, nombramiento y formación de jueces, etc.) que del contenido y adecuación de las normas contempladas en los Código de Procedimiento Civil.

**II-** Durante muchos años, en Portugal la magistratura permaneció intocada e incontestada, creemos que fundamentalmente por tres factores:

- 1.- La tradición histórica: la función de juzgar era una emanación de la soberanía ejercida por delegación del Rey; la supremacía e incontestabilidad del Rey se mantenía en sus delegados.
- 2.- La neutralidad de la función y su pasividad: a los jueces bastaría asistir a la exposición de las razones por las partes y después decidir; en este contexto, una única cualidad le sería exigible: la independencia.
- 3.- La atomización de los Jueces, su no organización, lo que implicaba que no asumiesen posiciones comunes y que si un Juez era “malo”, ese descrédito no se extendiese al conjunto.

Todos estos factores se alteraron:

- 1.- Si la función de juzgar continúa siendo una manifestación de soberanía, también es sobre todo en lo que atañe a la justicia civil, un servicio público: los ciudadanos requieren, unos contra los otros, que les sean reconocidos sus derechos, cada vez más, masivamente, y exigen que ese reconocimiento y su efectivación sea pronta y correctamente ejercida; la justicia pasa a ser una prestación de servicio equiparada, por ejemplo, a los servicios de salud.
- 2.- Al juez le dejó de ser atribuido exclusivamente un mero papel de árbitro, ajeno a los problemas y por tanto irresponsable ante los resultados de los litigios, ahora se le impone como cometido descubrir la verdad material y asumir, por tanto, responsabilidad si a ella no se llega, o si se lo hace insatisfactoriamente.
- 3.- Los Jueces se organizaron sindicalmente, obtuvieron una situación de casi-autogobierno, sólo son controlados por ellos mismos. Hoy constituyen una clase o sector organizado, por tanto la presencia de uno o más jueces no aptos o improbos, son de la exclusiva responsabilidad de esa “clase”, del sector social de la magistratura, y por tanto la existencia de ese desajuste repercute sobre toda ella.

De otra parte, el funcionamiento de la justicia dejó de ser conocido solo por la minoría –que cada vez es menos minoría– de ciudadanos que a ella recurren, para estar bajo la acerba observación constante de los medios de comunicación social.

En este contexto no hace hoy cualquier sentido que no se dirijan al Juez rigurosas prescripciones éticas, que la ética de los jueces no sea

estudiada, no sea objeto de atención, como sucede desgraciadamente en Portugal, como si se pudiese pensar que para que exista un buen Juez basta que obedezca a la ley.

Si para el adecuado desempeño ético de una profesión, bastara el que se la ejerciere exclusivamente conforme a las normativas técnicas bajo las cuales deban cumplirse los oficios que entraña. Si así de simple fuera, no se justificaría por ejemplo que a los abogados a nivel mundial se les impongan reglas deontológicas extensas y exigentes, pues bastaría para ser “buen abogado” el que cumpliera sus deberes y ejecutara sus conductas con apego a las normas que contempla el Código de Procedimiento Civil, sin exigírsele nada más.

En tal sentido cabe observar, por ejemplo, refiriéndome siempre a Portugal, que es ello lo que acontece con la normativa del Estatuto de los Magistrados Judiciales –en la que simplemente lo que se contempla es la enumeración de una serie de prerrogativas, muchas de ellas verdaderos privilegios, sin sustento moral y en franca ausencia de ninguna regla de base ética– la excepción sólo la encontraremos en la regulación del régimen de incompatibilidades, vbg. en la prohibición de actividades político-partidistas en forma pública.

Es más, inclusive “la independencia de la función judicial”, que debía estar contemplada en dicho Estatuto como un verdadero imperativo, como un exigente deber, sólo deviene de los principios constitucionales, en su condición de garantía.

No es mi deseo mostrarme negativo para con la magistratura, pues entiendo que con ello en nada contribuiré para resolver los graves problemas de la justicia.

Entre tanto, sobre todo para la defensa de los propios magistrados, es cierto que hay que alterar su posicionamiento en el sistema y la primera tarea en ese sentido será, precisamente, la elaboración y promulgación de un Código Ético o, al menos, de un conjunto ampliado de reglas éticas a que deba estar sometida la magistratura judicial.

Por suerte tuve acceso a un excelente trabajo del Colega Rodolfo Luis Vigo, titulado “Algunas exigencias actuales de una ética judicial” que enumera catorce exigencias éticas para los jueces. No podría contarse con algo más apropiado. Como mínimo, lo allí dispuesto es una base de trabajo indispensable.

Para no quitar más tiempo en la exposición, sólo destacaré, tres de dichas exigencias:

**1.-** La primera, es la de que el trabajo de un juez no es simplemente aplicar la ley. Si tal fuera la tarea, todo sería sencillo, la misma se cumpliría dentro de una simple operación de lógica, un ordenador que lo podría hacer.

Lo que corresponde hacer a un buen juez, es hacer justicia para el caso concreto.

Eso supone e implica mucho más que la simple aplicación automática de los preceptos de la Ley, en efecto, puede casi implicar derogar la ley e implica que al juez no le basten los hechos que las partes le expongan y demuestren –en tanto que los mismos pueden no ser los adecuados o correctos, vbg. Por incompetencia profesional o simple desinterés del abogado, o por falta de medios para conseguir prueba– su verdadero deber, sea cual fuere el esfuerzo que el mismo le imponga o el sacrificio de tiempo que ello le cueste, será el descubrir la verdad material a toda costa, en ello debe empeñarse activamente.

Creo que hasta la fecha todavía no se descubrió mejor justicia que la referida en la historia de Salomón y ciertamente que en sus fallos no aplicaba leyes, ni se deslumbraba por los hechos, antes bien, lo que procuraba era descubrir la verdad.

Tiene, pues, que establecerse, como regla ética, que al juez le corresponda hacer justicia en el caso concreto, regla que no cumplirá si aplica la ley de la manera más simple e inmediata, de forma a tener menos trabajo, o si la aplica de la forma más segura, menos contestable para que no venga a tener problemas que, p. ex., afecten la evolución de su carrera.

**2.-** También el juez tiene que desterrar de su comportamiento cualquier resquicio de autoritarismo, vicio ese que ocurre con alguna frecuencia. El juez tiene la dirección del proceso y, dentro de él, amplios poderes. Pero el proceso es un trabajo de colaboración y sólo con la participación plena del juez, abogados, partes, testigos, peritos y hasta terceros (p. ex., entidades públicas en cuyos archivos se preserven ciertas pruebas) podrá llegar a la mejor decisión. Por eso la Nueva Reforma del



Proceso Civil Portugués estableció el principio de la colaboración en estos exactos términos:

“En la conducción e intervención en el proceso, deben los magistrados, los mandatarios judiciales y las propias partes cooperar entre sí, contribuyendo para que se consiga, con brevedad y eficacia, la justa composición del litigio”.

Este principio de cooperación, extendido a los magistrados, substituyó un anterior deber de colaboración sólo dirigido a las partes y que sólo a ellas competía.

En este sentido, tiene también destacada importancia la consagración del ahora establecido nuevo deber de “recíproca corrección”, conforme al cual “todos los intervinientes en el proceso deben actuar en conformidad con un deber de corrección recíproca, pautándose las relaciones entre abogados y magistrados por un especial deber de urbanidad”.

También este deber de urbanidad, como éticamente se impone, se lo entiende extendido ahora al juez, siendo que, con anterioridad, solo se lo reputaba exigible a los abogados de las partes.

**3.-** Finalmente, es un imperativo ético que deje de reputarse vigente como regla la ilimitada falta de responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones. Es un tema muy delicado, pero tiene que ser encarado.

Optaré sólo por dejar la inquietud, no la podemos desarrolla.

Como punto previo debo analizar una materia más delicada aun y que es la de la organización de la magistratura y su posible auto-gobierno.

En Portugal se llegó a una situación en que hay un auto-gobierno de hecho y que puede afirmarse hasta llegó a constituir un auto-gobierno de derecho –la mayoría de los miembros del Consejo Superior de la Magistratura, órgano superior de gestión y disciplina de la magistratura judicial, llegó a ser, constitucionalmente, de jueces.

Pienso que, salvo mejor opinión, no les conviene a los jueces tener un auto-gobierno.

En un país, en el que la magistratura no es elegida, le falta en su origen legitimidad democrática.

A esta incontestable falta de legitimidad no se le puede añadir la inexistencia de control externo, pues sólo él puede conferirla.

La falta de control puede conducir a los peores vicios: en Portugal, p. ex., hay inspección del trabajo de los jueces, pero es hecha por otros jueces; el resultado ha sido que la casi totalidad de los jueces es clasificada de “Muy Bueno”, lo que es absurdo; por otro lado, la responsabilidad disciplinaria o no se ejerce o no es efectiva: un juez acusado de hechos gravísimos puede mantenerse en funciones, durante un proceso que se arrastra, p. ej., por más de diez años.

Se mantuvo que el auto-gobierno de la magistratura es una condición de su independencia, principalmente ante el gobierno. Podía, realmente, parecer así. Pero hoy, ya se tornó claro que, si es cierto que desaparece la eventual dependencia ante el ejecutivo, la dependencia de cada juez de la cúpula de su organización es total.

En Portugal, los jueces están organizados sindicalmente, el nombramiento para los cargos en el Consejo Superior de la Magistratura se hace por elección. Naturalmente, en estas elecciones tiene un papel decisivo el grupo que lidera la organización sindical. Cabría preguntarse, algún juez podrá manifestar independencia de ese grupo, desaprobando sus ideas?

No, pues es ese grupo el que, al fin y al cabo, clasifica a los jueces, que les posibilita el progreso en sus carreras y el acceso a los tribunales superiores.

Tenemos por cierto que no puede haber auto-gobierno de la magistratura, como condición ética para su correcto desempeño. La magistratura no puede considerarse ni aparecer como una casta, separada de la sociedad, riesgo que está corriendo en la actualidad.

Como el tiempo se termina, sintéticamente, apenas enumero algunas ideas expuestas:

- Debe, en paralelo con lo que sucede con los abogados, haber un código deontológico mínimo, decretado en ley, para los jueces;
- La verdadera función del juez es hacer justicia en los casos concretos y no, con respecto a los hechos, asumir una posición pasiva y cuanto al derecho, aplicarlo de forma automática, optando por la solución más sencilla o menos controvertida.

- El juez no debe en ningún momento asumir una posición autoritaria, porque la solución de un proceso deriva de un trabajo de cooperación entre todos los intervinientes, y esta solución es el resultado del diálogo y no de un acto de autoridad.
- El juez tiene que ser responsable por sus actos.
- La magistratura no puede autogobernarse, la legitimidad democrática que falta a los jueces en el nombramiento y progreso en la carrera le tiene que ser dada por un control externo efectivo.

**III-** Ya vimos que, no existiendo, por lo menos con fuerza de ley, reglas éticas para los jueces, sucede lo contrario con los abogados.

Sólo para reforzar esta idea, basta recordar que el Estatuto del Colegio de Abogados prevé para los mismos:

- 15 incompatibilidades;
- 7 deberes para con la comunidad;
- 8 deberes para con el propio Colegio;
- 11 deberes para con el cliente;
- 7 deberes para con los otros abogados;
- deberes para con los jueces, etc.

Por detrás de cada uno de estos deberes se encuentra una regla ética.

No es posible hablar de cada uno de ellos. Ciertamente la mayoría de estos deberes tiene validez universal.

Otros sin embargo se integran en la tradición nacional o incluso de familia jurídica - son, por ejemplo, privativos de la *civil law* (por oposición a la *common law*).

En un mundo en acentuada globalización pienso que se debería procurar suprimir las reglas de conducta que no son universales y que, por eso, no integran un patrimonio ético común y que, tal vez por eso mismo, acaban por ser desobedecidas con mucha frecuencia. Es el caso, por ejemplo, en Portugal:

- de la prohibición de cualquier publicidad;
- de la prohibición de la *quota litis*;
- de la prohibición absoluta de que el abogado hable con los testigos (en Portugal, hasta hace muy poco tiempo, la jurisprudencia del Colegio iba incluso en el sentido de que el abogado no podía hablar con el testigo antes de la audiencia, aunque sólo fuese para aconsejarle a decir la verdad..).

No hay ninguna ventaja y hasta es nefasto en lo que se refiere a la imperatividad en que se basa la norma, que se sepa que la misma es desobedecida en el día a día.

Y las prohibiciones referidas son contestables. Por ejemplo, si es cierto que el abogado no puede aleccionar al testigo sobre lo que debe decir además de lo que sabe, tal vez sea necesario, para una buena defensa del cliente y obtener justicia en el caso concreto, que el abogado pueda estimar el valor de la prueba de que dispone, de forma a poder, con más rigor, aconsejar una solución conciliatoria o evitar que la verdad material no se descubra por un error de elección de la prueba testimonial, etc...

En lo que concierne a la prohibición por ley de la *quota litis*, en este momento las organizaciones de defensa del consumidor defienden su anulación, sustentando que la *quota litis* es la única forma de interesar a los abogados en las acciones de defensa de intereses difusos y colectivos.

Como vemos, es cierta que la prohibición absoluta de hablar con los testigos, la prohibición de la *quota litis* y la prohibición de cualquier publicidad, pero ya sabemos que no solo no se practican, como no son sentidas ni por la comunidad ni por los abogados como reglas morales.

El Estatuto del Colegio de Abogados debe así contener sólo las grandes reglas éticas incontestables y no subnormas de concretización, pues estas, en la práctica, si unas veces funcionan, otras veces, en su aplicación, producen resultados contradictorios con la intención que llevó a su establecimiento.

Incluso reglas absolutas, como la de que el abogado no puede pleitear contra ley expresa, o no puede promover expedientes dilatorios, deben, en casos concretos y en nombre de la justicia, ser obviadas.

Seguramente que a la mayor parte de los abogados ya se le habrá presentado un cliente que le dice: tengo un proceso en mi contra, pidiendo mi condena a pagar la cuantía de equis; no niego que debo ese valor, pero no puedo pagar ahora. Sí soy condenado, mi empresa entrará en quiebra, perderé todo, mis empleados y yo mismo quedaré en paro y la generalidad de mis acreedores no podrá cobrar sus créditos. No obstante, dentro de seis meses recibiré una cantidad que me deben y en esa altura ya podré pagar esta deuda y todas las otras, salvando mi empresa. Cabe preguntarse entonces:

¿Qué debe hacer el abogado? Decir al cliente que la ley manda que él tiene que pagar inmediatamente y, por lo tanto, tiene que pagar, aunque eso lo lleve a la quiebra, al paro de sus empleados y a la miseria de sus familias?

O la conducta éticamente correcta es la de requerir una oposición transitoria al pleito sin base factica o legal, y usar expedientes dilatórios hasta que el cliente reciba la cuantía que le es debida, pagando entonces la deuda en causa y salvando su empresa?

Merece también alguna consideración, si las reglas deontológicas de los abogados, como ahora sucede, sean fijadas por ley con origen en la Asamblea de la República o en el Gobierno. Tal cosa, en Portugal, ha llevado a distorsiones lamentables que es preciso aclarar.

Por ejemplo, desde hace algunos años, el conjunto de los abogados y el Colegio han estado de acuerdo en que el ejercicio de la abogacía es éticamente incompatible con el cargo de diputado y han propuesto que esa incompatibilidad conste de la ley. Sólo que, como las leyes las hace la Asamblea de la República, el lobby de los abogados que son diputados y tienen asiento en ella siempre ha conseguido que esa incompatibilidad no sea aprobada y, así, continuamos teniendo abogados-diputados, con los inconvenientes éticos que de esa doble situación permite advenir.

Concédanme aún referir una otra consideración no ética del Estado en la abogacía de Portugal y que consistió en una reciente amnistía en la que se incluyeron todas las infracciones disciplinarias de los abogados que no constituyesen crimen. Se trató de una medida vehementemente criticada por el Colégio de Abogados, tomada en contra de la posición general, en el sentido de castigarse a los malos abogados.

Con lo dicho, se procuraba no confundir el ejercicio profesional libre con el proceder en la magistratura, donde se ha procurado proteger a los malos jueces, solo porque son jueces, olvidando que solo debe ser juez aquél que cumple con sus deberes y no aquél que un día, con veinticuatro o veinticinco años, pasó en un examen de habilitación profesional.

No entraré más en la ética del abogado individual, tradicional, la cual es del dominio común. Creo que lo que vale la pena es llamar la atención para la ética del abogado en las nuevas situaciones en que el desarrollo social lo viene colocando. Es el caso del abogado:

- que trabaja al abrigo de un contrato de trabajo, subordinado a una entidad patronal,
- que se integra en una sociedad de abogados;
- que está integrado en una sociedad multidisciplinaria con otros profesionales, por lo general auditores;
- que actúan fuera de su país de origen –el abogado transnacional.

Las características más destacadas del abogado son su independencia y su libertad; sin ellas no hay abogado.

El contrato de trabajo, sobre todo el que implica dependencia económica ponen en serio riesgo esos atributos de la profesión.

No bastará, como es el caso en el Estatuto del Colegio de Abogados Portugués, declarar sencillamente que el contrato de trabajo no puede afectar la plena libertad e independencia técnica del abogado ante la entidad patronal, ni violar cualquier regla del mismo Estatuto.

Pienso que el Colegio tendrá que crear reglas propias para los contratos de trabajo celebrados por abogados, derogando algunas reglas generales del derecho del trabajo. Voy a referir sólo un conflicto que parece hoy insoluble: hay un proceso pendiente, la entidad patronal pretende que su abogado asuma una posición, que este rehusa por razones éticas y, en consecuencia, la entidad patronal despide al abogado. ¿Podrá éste, en acción que incoe contra la entidad patronal para ver reconocidos sus derechos –p. ex., una indemnización o incluso la reintegración– revelar en detalle la posición de la entidad patronal en el pleito en que rehúsó seguir sus instrucciones y, con eso, violar el deber de sigilo profesional, también uno de los deberes más absolutos para el abogado?

En torno al segundo de los casos, la ley portuguesa trata la deontología del abogado integrado en una sociedad de abogados como si fuere igual a la de un abogado individual. Sólo se prevé, por ejemplo, que un profesional sea excluido del Colegio cuando le sea imputable violación grave de los deberes deontológicos.

Se olvida que una infracción deontológica puede haber sido deliberada por la propia sociedad y, en este caso, no puede dejar de reaccionarse contra la propia sociedad y no solo contra cada socio individualmente. Por otro lado, tendría que preverse expresamente, por ejemplo, que será falta grave de la sociedad el que un socio, suspendido en el ejercicio de la función de abogado por un período de tiempo, continúe trabajando en ella, pues lo contrario es un riesgo evidente de que se incurra en ejercicio indebido “encubierto”.

Por otro lado, hoy, las sociedades de abogados se hacen cada vez mayores y en ellas no trabajan sólo abogados socios; trabajan también abogados con contrato de trabajo. Son situaciones que también merecen una previsión específica, de forma a que sean salvaguardados y que no se pongan en riesgo los principios éticos a que debe obedecer la abogacía.

En Portugal aun no es admitida la participación de abogados, en cuanto abogados, en sociedades con otros profesionales. Parece, no obstante, que ello deberá admitirse como una realidad incontenible. Antes de darse este paso conviene tener previsiones para todos los problemas éticos que ello comporte, el más grave de los cuales parece ser el de asegurar el sigilo profesional.

Finalmente, la abogacía transnacional, que ya es una realidad en la Comunidad Europea, en la que se integra Portugal, no es ajena a deliberados problemas.

El Estatuto del Colegio de Abogados Portugués contiene ya un capítulo específico sobre esta materia pero muy escueto.

Se prescribe que, en lo que se refiere a las reglas reguladoras del modo de ejercicio de la profesión, específicamente las referentes a incompatibilidades, al sigilo profesional, relaciones entre compañeros, prohibición de la defensa de las partes con intereses opuestos, y publicidad, los abogados comunitarios están sujetos a las condiciones de ejercicio y reglas deontológicas aplicables a los abogados portugueses.

En las otras materias no especificadas, se aplican a los abogados comunitarios las reglas en vigor en el Estado miembro del que provenga.

Se establece, después, que el abogado comunitario que actúe en Portugal queda sujeto a las sanciones disciplinarias previstas para los abogados portugueses, aplicables por el Colegio de Abogados Portugués, siendo la sanción de suspensión sustituida por la prohibición temporal del ejercicio de la profesión en Portugal.

Se observa, por ejemplo, que la pena de suspensión, que es gravísima y onerosa para un abogado portugués, al ser substituida por la prohibición temporal del ejercicio profesional en Portugal para un abogado extranjero, puede revelarse meramente platónica.

Parece ser que una cooperación internacional más efectiva sobre esta materia será la única forma de obligar a un abogado extranjero poco escrupuloso a respetar las reglas éticas de la profesión en su actuación, y que esa sanción trascienda a cualquier otro Estado.



# La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil

Jorge W. Peyrano\*

“De tanto hablar de justicia, se olvida de hablar del Derecho”  
Ortega y Gasset

## I. APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LOS VALORES

Un tema filosófico central, el de la teoría de los valores, es también, de algún modo, uno de los pivotes sobre los cuales giran las líneas que siguen. No puede extrañar, entonces, que dediquemos un tramo del presente, si no a profundizar en la cuestión, por lo menos a realizar un modesto recordatorio (un poco para el lector, y otro para nosotros) sobre el particular. El intento no parece que sea superfluo cuando se pondera que disertar voces<sup>1</sup> han alertado acerca de los inconvenientes derivados de transplantar al mundo jurídico, sin los cuidados del caso, una teoría de los valores deficientemente apprehendida.

---

\* Profesor de Derecho Procesal, Universidad del Rosario, Argentina. Magistrado Judicial argentino, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

1 Sebastián Soler, *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Bs. As., 1956, Editorial Tea, p. 190.

Si bien se puede decir que ésta última se halla soterrada en las obras de Platón y Aristóteles<sup>2</sup>, los primeros pujos orgánicos en la materia se suelen atribuir<sup>3</sup> a Meinong (circa 1894) y a Ehrenfels (1897), aunque en lo que no media discrepancia es en considerar a Hartman<sup>4</sup> y en especial a Max Scheler<sup>5</sup> como los verdaderos sistematizadores de la referida teoría.

No obstante que la historia de la filosofía de los valores reconoce como tercera etapa la concepción representada por el “idealismo” de Hartman, lo cierto es que primordialmente se enfrentan una visión subjetiva (v.gr., la de Meinong), donde el valor se confunde con el agrado –duramente denostada por Soler<sup>6</sup> por desconocer que el valor es una entidad independiente del psiquismo de un individuo determinado– y la posición objetiva de Scheler, quien sostiene que los valores poseen validez objetiva, siendo “esencias”.

En líneas generales, se puede afirmar que esta última posición –la objetiva– es la que ha prevalecido. Y lo que es más importante, consiste en que a partir de ella –expresa o tácitamente– es que el pensamiento jurídico formula su discurso sobre los valores jurídicos. Cabe destacar que Soler le endilga a Cossio una postura “no objetiva” en materia de valores<sup>7</sup>, pero no tenemos absoluta certeza que dicha imputación resulte absolutamente correcta.

Por lo dicho y en tren de concretar una suerte de aproximación muy elemental a la teoría de los valores con el objeto de redactar el presente, es que optamos por recurrir al ideario de Scheler. Veamos en qué consiste: *a)* Los valores son una cualidad de las cosas. Las cosas tienen valores y desde esa perspectiva se llaman bienes. *b)* Ellos no son meras proyecciones del sujeto, ni se confunden con la cosa valorada, son algo distinto. *c)* Los valores se perciben mediante una operación no intelectual llamada estimación. Se considera que se los aprehende en

---

2 Jacques Chevalier, *Historia del pensamiento*, traducción de José Antonio Miguez, Madrid, 1958, t. I., ps. 165/363.

3 Soler, ob. cit., p. 195.

4 Ángel González Álvarez, *Historia de la filosofía*, Madrid, 1964, p. 133.

5 I. Bochenski, *La filosofía actual*, 4ª edición, traducción de Eugenio Imaz, México, 1962, Editorial Fondo de Cultura Económica, pássim.

6 Soler, ob. cit., p. 196.

7 Ibídem, p. 204.

virtud de una facultad específicamente captadora de valores, a la que se denomina *Fühlung*, aunque “... erraría gravemente, sin embargo, quien creyera que esa “Fühlung” tiene algo de relativista o de psicológico, de arbitrario o de subjetivo, porque en este punto Scheler es determinante”<sup>8</sup>.  
*d)* Los valores tienen varias propiedades, así la polaridad (todo valor es positivo o negativo), es decir, es valor o contravalor (o disvalor, como se prefiera). Otra posibilidad es la jerarquía. En virtud de ella, existen valores altos y valores bajos. *e)* Los valores generan la reacción del sujeto que los estima (por ejemplo, la reacción a los valores inherentes a la santidad, es la veneración).

## II. PRECISIONES SOBRE AXIOLOGÍA JURÍDICA Y VALORES PROCESALES

Se concuerda –coincidiendo con el ideario de Scheler– que se da un plexo axiológico<sup>9</sup>, es decir, que existe una pluralidad de valores jurídicos<sup>10</sup>, esto es, de valores de conducta bilateral o de alteridad. Así es que se han señalado, entre otros, los siguientes valores jurídicos: Justicia, Orden, Seguridad, Paz, Cooperación, Solidaridad, etc.<sup>11</sup>, abundando las opiniones acerca de la identificación de cuál es el valor que está en la cúspide de la escala axiológica<sup>12</sup>. Dicha cuestión nos alerta respecto de otra con la que está íntimamente relacionada: habiendo diversidad de valores jurídicos y siendo característico de los valores en general –como se ha visto– su jerarquía, se impone la necesidad de analizar su interrelación y emplazamiento en la escala axiológica propia del mundo jurídico<sup>13</sup>. La respuesta que deba merecer el postrer interrogante, dependerá –nos parece– y sin con que ello abjuremos de nuestra posición

8 Ibidem, p. 197.

9 Aída Kemelmajer de Carlucci, *Seguridad y Justicia*, en “J.A.”, 1993-I, p. 813.

10 Carlos Cossio, *Meditación sobre el orden y la seguridad*, en “La Ley”, 83, p. 1020.

11 Gustavo Krause Murguiondo, *Los valores jurídicos*, en “L.L.”, 1980-D, p. 951.

12 Cossio, ob. cit., p. 1019: “Desde Sócrates y Platón la línea de oro del pensamiento jusfilosófico greco-occidental ha visto en la justicia el valor propio del Derecho. Pero Calicles y Maquiavelo lo vieron en el poder; Degüit en la solidaridad, Ihering y Kelsen en la paz; Recaséns Siches bajo la sugestión de Radbruch, en la seguridad”.

13 Gustavo Krause Murguiondo, *Los valores jurídicos* (2ª parte), en “L.L.”, 1983-A, p. 968.

“objetiva” en la materia, de las circunstancias, de la cultura de que se trate y aun del momento histórico correspondiente.

Consideremos, por ejemplo, el caso del valor “Seguridad Jurídica”. Desde el punto de vista del realismo jurídico-americano –es decir, de Holmes<sup>14</sup>, de Frank o de Pekelis– la “Seguridad Jurídica” ocupa un rango bastante bajo<sup>15</sup> en la escala de los valores jurídicos. Por supuesto que igual visión “desjerarquizada” de la Seguridad Jurídica es propia del régimen nazi, que llegó a aniquilar el principio de legalidad en materia penal, conquista ésta que se creía imposible de perder en el mundo occidental moderno. Al respecto, Soler puntualiza que “quizá el peor atentado contra la Seguridad Jurídica sea abolir el principio *nullum crime sine lege*”. Así, la reforma nazi de 1935 al Código Penal prácticamente lo abolió, al aceptar en materia penal los principios de analogía del Derecho civil... El derecho nazi... salía de la boca del Führer en el momento de pronunciarse y no preexistía, sino que solamente existía; como el de los existencialistas, sólo tenía presente<sup>16</sup>. Se puso así en crisis uno de los principios más caros a la Seguridad Jurídica<sup>17</sup>. En cambio, en épocas de la organización jurídica inicial de una comunidad, lo corriente es que sea el valor más empujado, aún por sobre la Justicia<sup>18</sup>.

Con lo hasta aquí expresado, afirmamos que la ubicación de los valores jurídicos en la escala axiológica resulta fuertemente influenciada por diversos factores que pueden provocar oscilaciones y cambios en los emplazamientos.

Para lo principal del desarrollo posterior, aprovecharemos el vocabulario empleado por Carlos Cossio y sus epígonos, no sólo por su

---

14 Como se sabe, para Holmes “las profecías de lo que los tribunales harán de hecho y no otra cosa más ambiciosa es lo que entiendo por Derecho”, frase extremadamente ilustrativa correspondiente a su *The path of the law*. Un interesante estudio sobre la judicatura americana y su influencia sobre la misma de la concepción realista del Derecho, ha salido de la pluma de Julio Cueto Rúa (cof. *¿Cómo explicar el caso U.S. contra Álvarez Machain?*, en “J.A.”, Boletín del 16 de diciembre de 1992.

15 Sebastián Soler, *Las palabras de la ley*, México, 1969, Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 188.

16 Soler, *Fe en el Derecho...*, p. 240.

17 Germán Bidart Campos, *Derecho constitucional, realidad, normatividad y justicia*, Buenos Aires, 1966, Ediar, tomo I, p. 111.

18 Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 813.

singular ajuste con la naturaleza de las cosas, sino porque además, consciente o inconscientemente, es el utilizado por la mayoría de quienes se internan en el análisis de los valores jurídicos.

Así, tenemos el concepto de “fuerza” de los valores. Depende del grado de dificultad que presente su realización. Se dice que “a menor dificultad, mayor fuerza”<sup>19</sup>, ejemplificándose la situación de la siguiente manera: “cuando una sociedad o gobierno busca la fórmula para realizar la justicia o el orden, descubren que es más fácil lograr el orden que la justicia”<sup>20</sup>. La “dignidad” de los valores guarda relación con su ubicación en la escala axiológica, proponiéndose como regla la que a continuación indicamos: “cuanto más digno es un valor, es más difícil de realizar... Los valores con menor dignidad tienen mayor fuerza y los valores con menor fuerza tienen mayor dignidad”<sup>21</sup>. Desde esta óptica, resulta la siguiente línea de pensamiento:

Orden es un valor más fuerte que la seguridad jurídica. En realidad, sin orden no puede darse seguridad jurídica. Sin embargo, la seguridad jurídica es un valor de mayor jerarquía axiológica que el orden. En cambio, la seguridad es más débil que el orden. La seguridad jurídica se encuentra condicionada por la vigencia de un mínimo de orden.

Si bien se puede admitir que el orden es el valor jurídico más fuerte de todos<sup>22</sup>, y ello con ciertas pretensiones de validez para toda época y circunstancias, la cuestión de la jerarquía intrínseca (“dignidad”) y respectivo emplazamiento en la escala axiológica de cada uno de los valores jurídicos, no resiste, pensamos, soluciones unívocas y de vigencia irrestricta. Volveremos sobre el punto.

Interesa ahora, sobremanera, subrayar que la realización de un valor jurídico favorece normalmente la materialización de otro<sup>23</sup>. Igualmente, la aparición de un disvalor puede dar lugar al surgimiento

---

19 Gustavo Krause Murguiondo, *Los valores jurídicos (primera parte)*, en “L.L.”, 1980-D, p. 952.

20 *Ibíd.*, p. 953.

21 *Ibíd.*, p. 953.

22 Julio Cueto Rúa, *Seguridad Jurídica*, en “L.L.”, 1994-A, p. 743.

23 Gustavo Krause Murguiondo, *Los valores jurídicos (primera parte)*, p. 953.

de otros contravalores<sup>24</sup>. También es menester indicar que el énfasis, la acentuación sobre aspectos de ciertos valores pueden redundar en la aparición de disvalores<sup>25</sup>. Ilustrativo es traer a cuento la opinión de Cossio sobre el punto:

El desvalor del orden no es el desorden, porque éste, en cuanto anarquía y, en el fondo, en cuanto impotencia, es la inseguridad. El orden no muestra su desvalor por carencia o deficiencia. Desde que el orden emerge sobre la inseguridad, toda insuficiencia del orden nos retrotrae a la inseguridad. El desvalor del orden viene por el otro extremo, por su excesivo crecimiento. Un orden desvalioso, un plan de vida que sea negativo como plan, precisamente por ser plan y, en la medida que lo sea, sólo es concebible por su hipertrofia... el desvalor del orden es el ritualismo<sup>26</sup>.

Casi huelga aclarar que lo medular de esta línea de pensamiento ha sido recogido a través de una consolidada doctrina judicial, que considera “vicio de arbitrariedad”, en el que, a veces, incurren soluciones judiciales<sup>27</sup>.

Lo hasta aquí expuesto se puede extrapolar al mundo axiológico del proceso, con algunas pequeñas salvedades. Así, se nos ocurre utópico discurrir, v.gr., sobre una escala axiológica y una tabla de valores “fuertes” y “débiles” correspondientes al proceso, en especial en lo que hace al civil y comercial, que es la vertiente que nos interesa. Es que pensamos que deviene inoficioso y erróneo explayarse, grandilocuentemente, sobre los valores del proceso en general cuando, en verdad, a los sumo se podría hablar de los valores propios de tal o cual categoría de procesos o inherentes a este o a aquel tramo o aspecto de un debate judicial. Consideremos los siguientes ejemplos. Pensemos en un proceso donde el tema a decidir es la validez, alcances o calificación registral de un documento público formalizado ante un notario. ¿Se puede dudar, siquiera por un momento, de que en tal supuesto el valor más “digno” será la Seguridad Jurídica, tan íntimamente relacionada con el funcionamiento

---

24 Gustavo Krause Murguiondo, *Los valores jurídicos (segunda parte)*, p. 968.

25 Gustavo Krause Murguiondo, *Los valores jurídicos (primera parte)*, p. 954.

26 Cossio, ob. cit., p. 1024.

27 Conf. de Pedro Bertolino, *El exceso ritual manifiesto*, La Plata, 1979, Editorial Platense.

del notariado latino existente en nuestro medio?<sup>28</sup>. Igualmente, ¿no puede poner en tela de juicio de que la Seguridad Jurídica será el valor más empinado, tratándose de una controversia formalizada –dentro de un proceso cualquiera– en torno de la validez, fecha de recepción y debido diligenciamiento de una notificación “por cédula”?<sup>29</sup>. No debe sorprender que en las hipótesis propuestas (y en tantas otras) en áreas de preservar el valor circunstancialmente más “digno” y “jerarquizado”, se llegue a sacrificar el propio valor Justicia. No se puede poner, obviamente, en tela de juicio que, como regla, la Justicia es el valor procesal más elevado. Pero ello no quita que pueda ser reemplazado en su papel de “referente” por otro valor procesal, así –como ya se ha señalado– por la Seguridad Jurídica, como también, v.gr., por la Eficacia. Sucede que, mientras los restantes valores procesales pueden en algunas circunstancias o momentos llegar a reemplazar transitoriamente a la Justicia en su papel de valor supremo, la Seguridad Jurídica tiene la singularidad de que en algunos casos (por ejemplo, los reseñados más arriba) sustituye definitivamente a la Justicia en su rol de referente de la escala axiológica.

Con respecto al valor propio y característico del proceso que es la eficiencia, se ha afirmado que el valor “justicia” funciona a modo de meta, de imán hacia el cual deben naturalmente tender todos los nobles esfuerzos (del legislador, de los jueces, de los curiales y de los justiciables) volcados en el campo procesal. Empero, –claro está–, la “justicia” pareciera ser un valor estático que no se deja adorar y desear, pero nada más. Es decir que, por ejemplo, estimula el apetito de los sujetos de proceso (juez y partes) por alcanzarlo, pero no alumbrando el camino que se debe seguir en su procura. Precisamente tal función instrumental es cumplida por el valor jurídico “eficacia”, que predispone todo (desbrozando y alumbrando el camino o aportando el carruaje que resulte más adecuado en el caso), en miras a hacer más llana y segura la siempre ríspida ruta que conduce al valor “justicia”<sup>30</sup>. En la misma ocasión, subrayamos que

---

28 Alcides Maurino, “La Seguridad Jurídica en el sistema Latino frente al sistema Anglosajón”, en *Revista Notarial* (La Plata), nº 896, p. 226.

29 Alberto Maurino, *Notificaciones procesales*, Buenos Aires, 1983, Editorial Astrea, pássim.

30 Jorge W. Peyrano, *El valor eficacia en el proceso civil contemporáneo*, en *Cuestiones de derecho procesal*, Bs, As., 1980, Editorial “La Ley”, p. 19.

la aparición de nuevas instituciones procesales (v.gr., la medida cautelar innovativa, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, etc.), sean de cuño legal o pretoriano, revela la pujanza del valor procesal “eficacia”. Apuntamos que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>31</sup> ha destacado la importancia de dicho valor procesal. Más aún: se considera característico de la suerte de derecho procesal posmoderno que nos toca vivir<sup>32</sup>, la entronización del valor eficacia en un lugar preferencial de la escala axiológica del proceso civil contemporáneo. Y, si se quiere todavía más, cuadra traer a colación que hoy se habla de la existencia de una escuela eficientista del derecho procesal, que trasciende y de algún modo supera a la escuela procesalista<sup>33</sup>.

A lo expresado sobre el valor “eficacia procesal” se debe agregar que su respeto presupone que los mecanismos procesales existentes (los de origen legal, por ejemplo) funcionen en la praxis aproximadamente igual a la manera como fueron concebidos. Es decir, que no debe haber una brecha demasiado amplia entre lo que “dice” la ley procesal (v.gr., que las sentencias se deben dictar trascurrido cierto lapso) y su “realización” en lo cotidiano.

Por añadidura, se atribuye a la actual preponderancia del valor eficacia la preocupación vigente por examinar temas puntuales –por ejemplo–, la problemática del acceso a la Justicia<sup>34</sup> y por una revalorización del “procedimentalismo”<sup>35</sup>; es decir, por la necesidad de llevar a cabo un cuidadoso o inteligente estudio de los articulados de los códigos procesales, en cuyo seno todavía se puede descubrir más sabiduría de lo que se pueda sospechar<sup>36</sup>. Finalmente, aclaramos que también se conoce a la eficacia bajo el rótulo “efectivo reconocimiento de los derechos”. De tal guisa se persigue enfatizar en una de las facetas de la eficacia, cual es

---

31 Vide “E.D.”, 80. p. 703.

32 Jorge W. Peyrano, *El derecho postmoderno*, en *Procedimiento civil y comercial*, Rosario, 1991, Editorial Juris., t. 1, p. 7.

33 Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini, *El cuarto estadio de los conocimientos procesales: el eficientismo procesal*, en “L.L.”, 1984-A, p. 884.

34 Conf. Mauro Cappelletti y Bryant Garth. *El acceso a la justicia*, traducción de Samuel Amaral. Bs. As., 1983. Edición del Colegio de Abogados de l-a Plata.

35 Jorge W. Peyrano, *En un principio era el juicio. . .*, en “L.L.”. 1981'D, p. 855.

36 Jorge W. Peyrano, *El derecho procesal postmoderno*, p. 7.



que –en la medida de lo posible y con el debido respeto a los límites técnicos del proceso civil– se logre que los derechos prometidos por las leyes de fondo se hagan realidad por medio y con motivo de un debate judicial<sup>37</sup>.

Aún nos falta realizar algunas consideraciones sobre el valor quizá más propiamente “procesal” de todos y que frecuentemente está en conflicto con el valor Eficacia<sup>38</sup>. Nos referimos a la igualdad de las partes en el proceso, que no es otra cosa que una expresión particular del principio esencialmente político, de la igualdad de los individuos ante la ley<sup>39</sup>. Dicha igualdad procesal se expresa mediante el manido brocárdico “*audiatur et altera pars*” y está omnipresente durante todo el curso de la controversia judicial. Sobre el particular, Eisner enseña que

a la demandada sigue un traslado, que importa poner en conocimiento del accionado lo que contra él se pretende, para que pueda refutarlo. Las pruebas no pueden ponerse en funcionamiento antes de quedar consentidos los autos que las ordenan, como lo dice vuestro Código (se refiere al Código Procedimiento Civil santafesino de 1962). Durante la sustanciación de las pruebas, la presencia de ambas partes permite su control y oposición. Los dos contendientes están en condiciones de presentar alegatos y el que no se conforme con la sentencia, que debe serle comunicada, puede agravarse de ello en la debida oportunidad. Es decir, que dicho principio de contradicción es acatado durante todo el desarrollo del proceso organizado, según nuestros regímenes políticos<sup>40</sup>.

Obviamente, la “realización” del valor que nos ocupa sólo reclama que ambas partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas por el tribunal y de defenderse antes de que sus derechos resulten judicialmente

---

37 Interesa remarcar que algunos códigos procesales civiles se han preocupado por destacar que el objeto de los procedimientos es la efectivización de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Así, el Código Procesal Civil de Salta<sup>1</sup> de 1974, en su art. 9.

38 No consideramos en el presente al valor Justicia por exceder su tratamiento de los límites que nos hemos autoimpuesto.

39 Ricardo Reimundín. *Derecho procesal civil*, Bs. As., 1956, Editorial Voracocha. t. 1. p. 138.

40 Isidoro Eisner. *Principios procesales*, en “Revista de Estudios Procesales”, nº 4, p. 52.

dirimidos, mas si tal oportunidad no fue aprovechada (por negligencia, impericia o desinterés), de todas maneras la igualdad procesal se habrá materializado<sup>41</sup>.

Decíamos anteriormente que en ciertas ocasiones la igualdad procesal entraba en conflicto con la eficacia. Ello acontece, por ejemplo, cuando se trata del despacho de una medida cautelar cuya eficacia está condicionada a que transitoriamente ceda la "igualdad de las partes", para permitir que la diligencia precautoria del caso se despache "*inaudita pars*"<sup>42</sup>.

Lo señalado pone de manifiesto la permanente "tensión" existente entre los valores procesales, producto de que ninguno (tampoco la justicia) reina de modo absoluto en cualquier circunstancia o proceso, o en todos los sectores de él. Aunque hay que reconocer que, por lo común, las pretensiones de invadir "cotos ajenos" provienen del valor Justicia. Queremos así significar que, frecuentemente, el surgimiento de nuevas doctrinas judiciales o de herramientas jurídicas no probadas, procuran la preponderancia del valor justicia por sobre otro que hasta entonces ha funcionado como "referente" en el sector en cuestión. La figura pretoriana del "exceso ritual manifiesto" o de la gravedad institucional como aligeradoras del cumplimiento de los recaudos inherentes al otorgamiento del recurso extraordinario federal, constituye un evidente menoscabo para el valor Seguridad jurídica (era previsible que el recurso de marras no podía ser concedido, y sin embargo lo fue, merced a alguna de dichas figuras), efectuada en nombre a la Justicia. ¿Y qué decir de la hoy denominada "acción de nulidad de sentencia firme"<sup>43</sup> —pretéritamente designada "acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta"— donde también en homenaje del mismo valor se sacrifica la intangibilidad de la cosa juzgada, posiblemente la prenda más preciada por la seguridad procesal?

No se debe creer que el valor siempre sacrificado es la Seguridad Jurídica. Para desvirtuar tal creencia, cabe citar el caso de las sentencias

---

41 Jorge W. Peyrano. *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Bs. As., 1978, Editorial Astrea, p. 147.

42 *Ibidem*, p. 155.

43 Jorge W. Peyrano, *Acción de nulidad de sentencia firme*, en *El proceso atípico*, Bs. As., 1993, Editorial Universidad, ps. 171 y ss.

anticipatorias, existentes en Italia, Francia, Bélgica y otros países<sup>44</sup>. Dicho instituto fue incorporado a fin del año próximo pasado al Código Procesal Civil de Brasil<sup>45</sup>. Importa una suerte de "retirada" (en ciertos supuestos y estando dadas determinadas circunstancias) para el valor igualdad de las partes, aunque esta vez en favor de la eficacia.

Quizá se podría arriesgar como regla (y como tal sujeta a excepciones) que la incorporación de toda nueva institución procesal (sea de origen legal o pretoriano) porta un valor que suele venir a desplazar a otro valor y que hasta entonces era el referente correspondiente. Debemos insistir en que por constituir la exiología jurídica un sistema "en tensión", puede suceder que muchas veces el valor Justicia no se realice en el proceso civil, aun en zonas donde normalmente debiera mantener su posesión de "referente", cediendo así su sitial de privilegio a otros valores (habitualmente, el de Seguridad Jurídica), que permanentemente puján por desplazarlo en el caso concreto. Acontece que los otros valores procesales (la Seguridad, la Eficacia, la Igualdad) le colocan "límites técnicos" al proceso civil, infranqueables para el juez. Ello determina que el derecho, más cierto cuando es mal defendido, posiblemente no se reconozca, consagrando así una lamentable pero inevitable injusticia. Decía, con razón, Wach que "la comprobación de la verdad no es el fin del proceso civil y no puede serlo. Ello es un resultado deseado, pero no asegurado".

Pero hay un argumento más acerca de la inconveniencia de identificar algún valor procesal como máximo referente en todos los casos y supuestos. Es que puede suceder que un mismo proceso civil que transite por instancias jurisdiccionales distintas (primera y segunda instancia, por ejemplo) sea resuelto en una, privilegiando más el valor Seguridad Jurídica y sus implicancias, y que en la posterior, en cambio, incida más el valor Justicia<sup>46</sup>.

44 Jorge W. Peyrano, La Hilela de urgencia en general y la miela anticipatoria en particular, en "E.D.", separata sobre temas procesales del 31 de agosto de 1995, p. 25.

45 La ley 8952, del 13 de diciembre de 1994, modificó el art. 2°<sup>3</sup> del Código Procesal Civil de Brasil, dando cabida a la tutela anticipatoria.

46 Ch. Perelman. *La lógica jurídica, y la nueva retórica*, Madrid. 1979, Editorial Cívitas, p. 193.

### III. EL VALOR SEGURIDAD JURÍDICA EN GENERAL Y LA SEGURIDAD PROCESAL EN PARTICULAR. COMPONENTES. BALANCE

La Seguridad Jurídica tiene rango constitucional, surgiendo ello –principal, pero no exclusivamente– del tenor del art. 19, Constitución nacional<sup>47</sup>. Otros textos constitucionales han sido mas explícitos en el asunto<sup>48</sup>. Dicha jerarquía constitucional ha sido reconocida y preservada en numerosos precedentes por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>49</sup>.

Ahora bien, qué es, de qué se trata, cuándo se menciona a la Seguridad Jurídica, valor jurídico que –como se ha indicado– cuenta con fuerza suprallegal?

En verdad, sus contornos –extraídos de las canteras doctrinaria y jurisprudencial– no son demasiado precisos. Procuraremos, pues, responder al interrogante propuesto mediante la explicitación de los diversos requisitos, cuya presencia se requiere más habitualmente para poder calificar a un sistema jurídico como “seguro”; aunque, a veces, emplearemos como método indicar la incidencia de ciertos factores determinantes de que el ordenamiento respectivo sea reputado “inseguro” y como tal no atractivo para la inversión de divisas extranjeras<sup>50</sup>.

Creemos que, en primer lugar, debemos referirnos al recaudo “confianza de los ciudadanos” en el funcionamiento de las instituciones públicas<sup>51</sup>.

Más concretamente, en que los poderes del Estado respetarán el orden constitucional y los procedimientos que estipula<sup>52</sup> y, en especial, el principio de división de los poderes<sup>53</sup>. Es que dicho requisito constituye

---

47 Alberto Antonio Spota. *El abobado v la seguridad jurídica*, en “L.L.”, 1990-E, p. 896.

48 Así el art. 9 del Título Preliminar de La Lev Fundamental de España de 1978.

49 “Fallos”, 242-501; 252-134.

50 Augusto Morello, El principio de la seguridad jurídica en “J.A.” 1992, IV, p. 886.

51 Soler, *Fe en el Derecho...*, p. 56, y Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 814.

52 Alberto Bianchi. *Del Estado de Derecho a la Seguridad Jurídica*, en “Derecho y Empresa”, publicación de la Facultad de Ciencias Empresariales de Rosario, dependiente de la Universidad Austral, tomo 3. p. 26.

53 Cueto Rúa. *Seguridad jurídica*, p. 746: “La división de poderes no es respetada. el Poder Ejecutivo legisla, los jueces ignoran legisladores y funcionarios. los legisladores interfieren en el curso de las actividades administrativas”.

54 Opinión de Jesús Lenguina, citado por Kemelmajer de Carlucci. ob. cit., p. 814.

un presupuesto básico para que recién después de verificado, se entre a comprobar si concurren los restantes.

En segundo término, tenemos la exigencia de "predictibilidad", entendida como previsibilidad de las consecuencias jurídicas, derivadas de las propias acciones o de las conductas de un tercero<sup>54</sup>. Se ha puntualizado que "saber a qué atenerse" concierne a la seguridad, al grado de certeza y estabilidad de una determinada situación. Porque, cuando hay seguridad, se está en situación de prever lo que sucederá, de verlo de antemano, como si se abriera una ventana por la cual fuera posible echar una ojeada al futuro<sup>55</sup>. En forma parecida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español, al decir que consiste la Seguridad en la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en predecir cuál ha de ser la actuación del Poder en la aplicación del Derecho<sup>56</sup>. De alguna manera, la predictibilidad a la que aludimos es un estímulo para desplegar actividades en determinado sentido, y su ausencia un efecto disuasorio para el desarrollo de actividad humana creadora<sup>57</sup>. Claro está que la "predictibilidad" de marras entra en crisis ante la dificultad de conocer de antemano cuál norma legal es la aplicable en el caso. Por ello, es que se estima que son factores perjudiciales para la Seguridad Jurídica, la proliferación de disposiciones legales, su complejidad y su falta de precisión terminológica<sup>58</sup>. También la perpetración de incoherencias jurídicas<sup>59</sup> (v.gr., una rápida sucesión de disposiciones normativas contradictorias entre sí)<sup>60</sup>.

Vinculado con lo anterior, se contabiliza como elemento propio de la Seguridad Jurídica, la estabilidad del ordenamiento normativo<sup>61</sup>. Es que la permanente modificación de las leyes es gravemente lesiva para la Seguridad, dado que los destinatarios de aquéllas pueden llegar a no saber a qué atenerse sobre sus respectivas situaciones jurídicas. Se agrega

55 Afilio Aníbal Alterini, *La inseguridad jurídica*, Bs. As., 1993. Editorial Abeledo-Perrot, p. 17.

56 Morello, ob. cit., p. 888.

57 Soler, *Las palabras de la ley*, p. 183.

58 Soler, *Fe en el derecho...*, p. 61.

59 Alterini, ob. cit., p. 104.

60 Alterini, ibídem, p. 104.

61 Alterini, ob. cit., p. 11.

62 Opinión de Roberto Dromi, citada por Julio Cueto Rúa, en *Seguridad jurídica*, p.

a lo precedente, en el carácter de factores que auspician la Seguridad Jurídica: la prohibición de alterar derechos adquiridos<sup>62</sup>; la carencia de efectos retroactivos de las leyes, en especial de las no favorables<sup>63</sup>; la prescripción de que se pueda invocar el desconocimiento de la ley como excusa válida<sup>64</sup> y el respeto celoso al principio de legalidad, sobre todo en materia penal<sup>65</sup>.

Presumimos que, en ciertas ocasiones se le otorga a la Seguridad Jurídica un contenido que excede sus reales límites. Cuando, por ejemplo, se consigna –con razón– que “hay Seguridad por medio del derecho cuando el ordenamiento jurídico garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quienes lo hagan<sup>66</sup>, nos parece –claro que desde nuestra óptica– que más bien hay una referencia a la eficacia que a la Seguridad Jurídica. Las mismas dudas nos asaltan cuando comprobamos que se considera como una causal de inseguridad jurídica la dilación de los juicios<sup>67</sup> o la carencia de defensa técnica (asesoramiento letrado) en el curso de un proceso<sup>68</sup>.

No obstante lo precedente, igualmente resulta ostensible que el contenido de la Seguridad Jurídica es algo proteico y cambiante. Pero aquí y ahora, entendemos que se podría resumir los requisitos para calificar a un sistema jurídico como “seguro”, de la siguiente forma: *a)* funcionamiento adecuado, confiable y constitucional de los Poderes del Estado; *b)* expedito conocimiento del derecho aplicable en cada caso concreto; *c)* estabilidad razonable del ordenamiento normativo; *d)* predictibilidad de las consecuencias de las acciones propias y ajenas; *e)* respeto por los derechos y situaciones adquiridas; *f)* proscripción del “*error iuris*” como excusa válida.

---

748.

- 63 Pascual Sala Sánchez, *Libertad y condicionamientos en la realización judicial del Derecho (aportación a la teoría de la Seguridad Jurídica)*, en “Jurisprudencia Santafesina”, nº 14, p. 56.
- 64 Opinión de Roberto Dromi, citada por Cueto Rúa en el trabajo mencionado en la nota nº 62.
- 65 Sala Sánchez, ob. cit., p. 56.
- 66 Alterini, ob. cit., p- 25.
- 67 Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 821.
- 68 Spota, ob. cit., p. 897.
- 69 Alterini, ob. cit., p. 152.

En cuanto a la Seguridad Procesal, es innegable que "la tarea del juez viene a ser consustancial a los valores propios de cualquier sistema jurídico, y, en especial, a la Seguridad Jurídica<sup>69</sup>. Si bien es cierto que —como con escepticismo enseñaba Goldschmidt— el derecho más "seguro", sometido al debate judicial puede no ser reconocido por no haber actuado su titular del modo adecuado (por negligencia o impericia) para llegar en una situación procesal ventajosa al momento de la sentencia<sup>70</sup>, también lo es que "el momento en que la Seguridad Jurídica adquiere su máxima plenitud es el de la decisión judicial. Con razón se ha dicho que el derecho más cierto, más afirmado como seguro, es el que fue pasado por el tamiz del proceso<sup>71</sup>. De lo que no hay duda es de que en buena medida el grado de seguridad procesal de un sistema depende del desempeño de su magistratura. Comenzaremos por lo que se debe exigir de los jueces y de las resoluciones que emiten en ejercicio de su ministerio, en el marco de una sociedad donde se pretende que reine la seguridad procesal.

En el ramo, ocupa el sitial más preeminente la ya examinada nota "predictibilidad", ahora, concretamente, de las resoluciones judiciales. Sin llegar a los extremos de Holmes<sup>72</sup> y del realismo americano (posición conforme a la cual la previsibilidad de las decisiones judiciales sería toda la ciencia del Derecho), no se puede discutir que dicho ingrediente es primordial para que un sistema genere confianza<sup>73</sup>, que es la reacción positiva que produce la preponderancia de la seguridad procesal.

¿Y cuáles son los factores que hacen "impredecibles" a las resoluciones judiciales, suscitándose así un clima de inseguridad y desconfianza dentro del sistema respectivo? Citaremos alguno: a) declaraciones judiciales de inconstitucionalidad de las leyes demasiado frecuentes y no suficientemente meditadas<sup>74</sup>; b) interpretaciones pretorianas de textos legales, que evidentemente los desvirtúan o

70 James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1936, Editorial Labor, pássim.

71 Sala Sánchez, ob. cit., p. 57.

72 Conf. nota 14.

73 Alterini, ob. cit., p. 17.

74 Alterini, ob. cit., p. 44.

75 Soler, *Las palabras cie la ley*, p. 184.

tergiversan<sup>75</sup>; c) el dictado de pronunciamientos judiciales incoherentes o contradictorios. Así, por ejemplo, cuando un mismo tribunal resuelve sucesivamente causas análogas, dirimiéndose de forma diversa o cuando distintos órganos judiciales, correspondientes al mismo sistema, sustentan enfoques decisorios claramente opuestos en relación a un mismo asunto<sup>76</sup>; d) el quiebre abrupto de líneas jurisprudenciales consolidadas, sin que se aporten motivos suficientes y razonables<sup>77</sup> que avalen el cambio de criterio<sup>78</sup>; e) la emisión de fallos oscuros imprecisos o ambiguos.

Desde ya existen instituciones que contribuyen, decididamente, a la consecución de la seguridad procesal, especialmente en el marco del proceso civil. Anotamos, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: a) la estabilidad de la cosa juzgada<sup>79</sup>, cuya intangibilidad tiene jerarquía constitucional<sup>80</sup>; b) la preclusión procesal<sup>81</sup>, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que está íntimamente relacionada con la Seguridad Jurídica<sup>82</sup>. Cabe recordar que dos son las finalidades del principio de preclusión: “1º) ordenar el debate; 2º) posibilitar el progreso del proceso, consolidando los tramos cumplidos y vedado el retroceso en el *iter processus*”<sup>83</sup>. Es que, como bien señala Eisner:

El principio de preclusión, entonces, nos enseña que el acto, la facultad no ejercida en el momento debido, caduca. Se pierde; se pierde por su no ejercicio. O ejercida, no se puede volver a practicar o mejorar. La preclusión es como una compuerta, una exclusiva<sup>84</sup>;

c) otra institución muy cara a la Seguridad Procesal es la caducidad de la instancia<sup>85</sup> y sus consecuencias: estabilidad de los derechos y situaciones y finiquito de los procesos<sup>86</sup>.

---

76 Sala Sánchez, ob. cit., p. 57.

77 Alterini, ob. cit., p. 43.

78 Sala Sánchez, ob. cit., p. 57.

79 Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 817.

80 Alterini, ob. cit., p. 45.

81 Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 817.

82 “Fallos”, 272, 188.

83 Jorge W. Peyrano, *El proceso civil...*, p. 268.

84 Eisner, ob. cit., p. 58.

85 Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 817.

86 Morello, ob. cit., p. 891.

87 Bianchi, ob. cit., p. 26.



Estamos ahora en condiciones de efectuar una suerte de balance rudimentario de lo hasta aquí expresado, que nos permitirá identificar más precisamente a la Seguridad Procesal en la escala de los valores procesales. Abocado el juez –en el momento de decisión– a seleccionar uno u otro de los valores procesales en juego, carece, en la mayoría de los supuestos, de libre elección cuando se trata de un proceso civil. Claro está que si pudiera elegir, lo habitual sería la preeminencia casi absoluta del valor Justicia. Pero, acontece que los tribunales se hallan constreñidos por los “límites técnicos” propios del proceso civil, impuestos por los otros valores procesales (Eficacia, Igualdad, Seguridad), debiendo así privilegiar en determinadas coyunturas o dadas ciertas circunstancias a valores distintos de la Justicia. Generalmente, es a la Seguridad Procesal a la que le incumbe el papel de “referente” de reemplazo definitivo del valor Justicia.

“Demasiada Justicia” –si se nos permite la expresión– suscita el contravalor de la “inseguridad”, porque en aras de la pasión de, a todo trance, “dar a cada uno lo suyo”, se puede perder de vista que vivimos, afortunadamente, en un Estado de Derecho<sup>87</sup>, y no en un Estado de Justicia “pura”; Estado de Derecho, donde gobiernan las leyes y no los sentimientos, por más elevados que fueran. Precisamente, por vivir en un Estado de Derecho es que debemos aceptar los límites técnicos del proceso civil, a los que anteriormente aludíamos, y así no escandalizamos de que en algunas coyunturas el valor Justicia no pueda ser debidamente servido.

#### **IV. CUADRO DE SITUACIÓN**

Habiendo analizado los principales factores que favorecen el estado de Seguridad Jurídica, en general, y de Seguridad Procesal en especial, y también los que conspiran contra su consolidación, reseñaremos algunos ejemplos de lo bueno y de lo malo que se registra en nuestro medio sobre el particular.

Principiaremos por el costado negativo. Así, tenemos los flagrantes menoscabos a la cosa juzgada y a derechos adquiridos, perpetrados, en

---

88 Morello, ob. cit., p. 888.

el pasado, por los regímenes de arrendamientos urbanos y rurales y de suspensión de desalojos<sup>88</sup>. Igualmente atentatorio contra la Seguridad Jurídica (por hacer perder confianza en las instituciones), resulta la violación de principios consumada a raíz de la proliferación de “decretos de necesidad y urgencia”<sup>89</sup>. Se ha dicho, con acierto, que

la emergencia, que se ha instalado como huésped indeseable, puede ser considerada el mayor atentado contra la Seguridad Jurídica. Sin embargo, ha sido invocada para legislar por decreto no sólo el desagio (decreto 1096/85) y la punción de los plazos fijos bancarios (decr. 36/90), sino para otras múltiples cuestiones<sup>90</sup>.

Es que tales decretos erosionan y ponen en crisis el equilibrio entre los distintos poderes del Estado, al arrogarse el Poder Ejecutivo nacional facultades legislativas que no le competen.

Del mismo modo, también conspira contra la Seguridad Jurídica el dictado de normas erráticas y cambiantes, sin solución de continuidad<sup>91</sup>. Y qué decir de la aparición de nuevos cuerpos legales de la mayor trascendencia que por “desprolijidades” en su promulgación no se sabe —a ciencia cierta y trascurrido ya algún tiempo de su sanción— si se los debe aplicar (o no) a todos los procesos en trámite relacionados con ellos. Esto acontece, v.gr., con la nueva ley concursal 24.522, debido a la norma de derecho transitorio contenida en su art. 290<sup>92</sup>. Asimismo se podría citar, el surgimiento de nuevas normas jurídicas que cambian abruptamente las reglas de juego existentes hasta entonces. En dicha categoría pueden sancionarse: las leyes de reforma del Estado, de emergencia económica, de convertibilidad, de consolidación de las deudas estatales<sup>93</sup>, a lo que se debe agregar la ley desindexatoria 24.283<sup>94</sup>.

---

89 Alterini. ob. cit., p. 35.

90 Ibidem, p. 96.

91 Ibidem, p. 100.

92 Carlos Jozami, *La nueva ley concursal 24.522*, Editorial Panamericana. Santa Fe, 1995, ps. 15/20.

93 Morello, ob. cit., p. 887.

94 Jorge W. Peyrano. *Lev 24.283. Redimen procesal cie la desindexación*. Rosario. 1994, Editorial Juris.

95 Art. 99 de la Constitución nacional: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso,

Estamos ahora en condiciones de efectuar una suerte de balance rudimentario de lo hasta aquí expresado, que nos permitirá identificar más precisamente a la Seguridad Procesal en la escala de los valores procesales. Abocado el juez –en el momento de decisión– a seleccionar uno u otro de los valores procesales en juego, carece, en la mayoría de los supuestos, de libre elección cuando se trata de un proceso civil. Claro está que si pudiera elegir, lo habitual sería la preeminencia casi absoluta del valor Justicia. Pero, acontece que los tribunales se hallan constreñidos por los “límites técnicos” propios del proceso civil, impuestos por los otros valores procesales (Eficacia, Igualdad, Seguridad), debiendo así privilegiar en determinadas coyunturas o dadas ciertas circunstancias a valores distintos de la Justicia. Generalmente, es a la Seguridad Procesal a la que le incumbe el papel de “referente” de reemplazo definitivo del valor Justicia.

“Demasiada Justicia” –si se nos permite la expresión– suscita el contravalor de la “inseguridad”, porque en aras de la pasión de, a todo trance, “dar a cada uno lo suyo”, se puede perder de vista que vivimos, afortunadamente, en un Estado de Derecho<sup>87</sup>, y no en un Estado de Justicia “pura”; Estado de Derecho, donde gobiernan las leyes y no los sentimientos, por más elevados que fueran. Precisamente, por vivir en un Estado de Derecho es que debemos aceptar los límites técnicos del proceso civil, a los que anteriormente aludíamos, y así no escandalizamos de que en algunas coyunturas el valor Justicia no pueda ser debidamente servido.

#### **IV. CUADRO DE SITUACIÓN**

Habiendo analizado los principales factores que favorecen el estado de Seguridad Jurídica, en general, y de Seguridad Procesal en especial, y también los que conspiran contra su consolidación, reseñaremos algunos ejemplos de lo bueno y de lo malo que se registra en nuestro medio sobre el particular.

Principiaremos por el costado negativo. Así, tenemos los flagrantes menoscabos a la cosa juzgada y a derechos adquiridos, perpetrados, en

---

88 Morello, ob. cit., p. 888.

87 *Seguridad Jurídica y Seguridad Procesal*, Editorial Panamericana, Santa Fe, 1995.

98 Alterini, ob. cit., p. 117.

99 Jorge W. Peyrano, *Del clare loqui (hablar claro), en materia procesal*, en *El proceso atípico*, ps. 120 y ss.

100 Jorge W. Peyrano, *Una imposición procesal a veces olvidada: El clare loqui*, en

inseguridad jurídica de no saber a qué atenerse<sup>199</sup>. Por más que, en realidad, dicho deber funcional ha existido desde siempre, su subrayado –a través del diseño de la imposición *clare loqui*– demuestra interés por alejar los factores de inseguridad procesal.

En suma: el panorama descrito no es óptimo, pero tampoco desesperante. Creemos que el perfil de la Seguridad Jurídica se está acomodando en todas partes, también en la Argentina. En nuestro país, sigue ocupando un lugar empujado en la escala de los valores procesales. Si bien ha sido atacada y erosionada, ello ha ocurrido generalmente no de modo brutal y totalmente irrazonable, sino, más bien, propugnando soluciones que privilegiaban otros valores de recambio como referentes. No es lo mismo invocar al efecto la voluntad de un conductor político mesiánico, que pretextar razones de Justicia, Solidaridad o Eficacia.

Lo dicho no significa que coonestemos algunos evidentes excesos que se han cometido en nuestro país, en detrimento de la Seguridad Jurídica. Pero, tampoco somos partidarios de enjuiciar indiscriminadamente la suerte de un nuevo ordenamiento jurídico, que está pugnando por afianzarse, ordenamiento que –como toda obra humana– tiene sus luces y sus sombras.

---

<sup>199</sup>“J.A.”, boletín del 18 de diciembre de 1990.

# **El Elefante Judicial**

## **Algunas consideraciones acerca de la posibilidad de aplicar políticas estratégicas de privatización en el ámbito del Poder Judicial mediante la incorporación de la Tecnología Informática\***

Jorge Theodoro Herrmann\*\*

### **Sumario**

I- INTRODUCCION. Una especie en peligro de extinción. II- EL ESTADO. Finalidad y funciones. III- LA PRIVATIZACION. Concepto y principios generales. IV- LAS POLITICAS DE PRIVATIZACIÓN. Ventajas e inconvenientes. V- La posibilidad técnica y jurídica de privatizar actividades procesales. VI- La política estratégica de privatización recomendada para la Justicia. VII- Incorporación de la tecnología informática al proceso judicial. VIII- CONCLUSION ¿Qué hacemos con el elefante?

---

\* Conferencia para el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL. San Juan, 2001. Comisión de Derecho Procesal Civil . Tema: *Privatización de ciertas actividades Procesales. Tema Laureado con el Premio de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, durante la aludida Conferencia.*

\*\* Abogado UCC - Master UNLa en Nuevas Tecnologías aplicadas a la Justicia . Profesor titular de Informática Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UCC. Profesor adjunto del posgrado de Especialización en Administración de Justicia de la UBA.

**A modo de resumen. Conclusiones recomendadas.**

- A) Así como las organizaciones privadas de todo tipo, en el transcurso de las últimas décadas, han debido implementar medidas drásticas de cambio para adecuarse a las necesidades del mercado; de igual modo el Estado debe encarar su propia reforma. El Poder Judicial, que no está exento de los inconvenientes que padece el sector público en general, no queda excluido de la necesidad de instrumentar en su seno una reforma integral.
- B) Para ello es imprescindible cambiar el ángulo desde el que se han venido proponiendo las reformas hasta ahora y adherir a la instrumentación de nuevos modelos estratégicos, formulados a partir de la aplicación de los principios científicos, organizacionales y económicos, y el aprovechamiento de los recursos tecnológicos modernos. En tal sentido, incorporar el concepto de privatización a la actividad procesal, es una alternativa válida para plantear la reestructuración de la Justicia, siempre y cuando se adopten las políticas y los mecanismos adecuados.
- C) La privatización es el proceso de transferencia al sector privado de aquellos roles que normalmente tiene a su cargo el Estado, pero para llevarlo a cabo no es cuestión de adoptar cualquier esquema; es necesario investigar previamente el verdadero origen del problema y los reales factores que lo provocan, definiendo a su vez la estrategia que va a utilizar el Estado para impulsar el desarrollo social y económico de la Nación, los límites de su intervención y participación en dichas actividades, y las funciones que contarán con un accionar positivo del Estado.
- D) En este contexto, es fundamental definir con precisión lo que se entiende por necesidades públicas, porque como componentes del bien común y aún cuando la estrategia del Estado esté basada en otorgar una participación privada más activa en la administración y provisión de los bienes y servicios destinados a satisfacerlas, de ninguna manera el Estado queda eximido de su responsabilidad de favorecer el acceso a los mismos para todos los ciudadanos.
- E) No se debe entender al proceso de privatización como una transferencia indiscriminada de las actividades públicas a manos privadas, sino como un esfuerzo general por mejorar el nivel de

desempeño de las empresas, organismos e instituciones en la búsqueda de una mayor eficiencia y calidad en la producción de los bienes y servicios destinados a cubrir las necesidades públicas, más allá del carácter público o privado que pueda revestir la organización encargada de satisfacerlas.

- F) Entre los posibles mecanismos para llevar adelante un proceso de privatización se destacan: a) la venta directa de activos públicos, b) la cesión de derechos sin transferencia de activos, c) la tercerización a través de la compra de bienes y servicios a los particulares, d) un cuarto mecanismo que propone dejar simplemente librado al mercado la satisfacción de las necesidades públicas, y e) un último mecanismo, que he denominado como “privatización por imitación”, consistente en incorporar al Estado las teorías y modelos organizacionales elaborados para transformar la gestión de las empresas, a efectos de alcanzar los mismos niveles de eficacia, eficiencia, economía y calidad en el servicio, que se ponen como metas las organizaciones privadas.
- G) La justicia es una de las necesidades públicas que el Estado siempre ha satisfecho en forma directa, utilizando la estrategia de ser su único y exclusivo proveedor, pero en virtud de la actuación deficiente de nuestros tribunales, por las características que presenta el servicio que prestan y las condiciones en que lo suministran, existen razones suficientes - técnicas y jurídicas - que justifican la búsqueda de soluciones diversas y alternativas, en miras a transformar definitivamente el servicio de justicia. En tal sentido, descartando la posibilidad de que el Estado se desentienda de esta función esencial y ante el fracaso evidente de la provisión total del servicio en forma directa y exclusiva, se torna evidente la conveniencia de abordar la visión estratégica que otorgan las distintas políticas de privatización.
- I) En la organización de la Justicia se destaca como estructura fundamental la oficina judicial, la que en el cumplimiento de sus funciones desarrolla tres tipos distintos de actividades: a) jurisdiccionales, b) procesales y c) administrativas. En este esquema, la diversidad de las actividades enumeradas requiere a su vez soluciones también diversas.
- J) Para las funciones administrativas del Juzgado, son válidos los principios comunes a todas las formas de organización administrativa,

y por lo tanto, no existen mayores inconvenientes en plantear su privatización mediante el empleo de cualquiera de los mecanismos detallados.

- K) La actividad jurisdiccional, que por su importancia y trascendencia debería ser la más refractaria a su privatización, es aquella que con mayor énfasis ha sido sometida últimamente a procesos de esta naturaleza, entre los que se destacan los métodos alternativos para la resolución de conflictos, como por ejemplo la mediación.
- L) En cuanto a las actividades procesales, para implementar una reforma basada en la privatización, en mi opinión resulta más adecuado recurrir al último de los mecanismos enumerados, y en tal sentido, es la tecnología informática la destinada a producir el mayor impacto privatizador en el ámbito y en los hábitos forenses, a través de su incorporación integral al proceso.
- K) La informática está en condiciones de revolucionar el proceso judicial en forma integral y absoluta, porque es la tecnología que puede manejar la información de la manera más rápida, económica y eficiente que hasta el momento se conoce. En la dimensión operativa, la computadora es una herramienta insuperable, porque su verdadero potencial no radica en hacer mejor y más rápido aquello que ya se viene haciendo, sino posibilitar la concepción de un nuevo modelo para trabajar, un tratamiento distinto de lo que actualmente conocemos como proceso judicial.

DECLARACIÓN JURADA: *A los fines de mi postulación al premio "ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL", declaro bajo juramento que a la fecha han transcurrido menos de diez (10) años desde que mi título de abogado fuera expedido por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, situación que además acredito con la fotocopia que acompaño.*

## **I - INTRODUCCIÓN**

### ***Una especie en peligro de extinción***

Aunque en apariencia el título que he escogido para esta ponencia no guarda relación con el temario propuesto para este Congreso, sino



que más bien parece adecuado para unas Jornadas de Ecología y Medio Ambiente, sin embargo, considero que a pesar de su falta de formalidad jurídica, refleja con absoluta justeza el problema que pretendo abordar.

Un conocido recurso estilístico utiliza la figura del elefante para bosquejar una semblanza bastante acertada en su pretendida comparación con el aparato administrativo y burocrático del Estado, la que adquiere ribetes alarmantes si se toma en cuenta que entre las especies animales que están en peligro de extinción, desde hace algunos años también se encuentra incluido el elefante africano. Y es que en más de un sentido, el Estado se asemeja a un elefante: por el inconmensurable tamaño que ha adquirido en el curso del siglo próximo pasado; por las dificultades e inconvenientes que presenta para poder mantenerlo en un nivel decoroso de funcionamiento; por la necesidad de su existencia en miras a la importancia de su finalidad y funciones; y porque aún cuando no cabe afirmar que se encuentra en peligro de extinción, es evidente que se ve seriamente amenazado de sucumbir en el colapso.

En las últimas décadas, las organizaciones empresariales y el resto de las instituciones privadas y asociaciones no gubernamentales han debido aplicar drásticas medidas de cambio, destinadas en primer lugar a conseguir la propia supervivencia, y aparte, en miras a adecuar sus estructuras a las nuevas condiciones del mercado y de esa forma poder producir bienes y servicios de mejor calidad y a menor costo. Con idéntico objetivo y frente al panorama descrito, también el Estado debe preocuparse por implementar su propia reforma, orientada primordialmente a la búsqueda de una mayor eficacia y eficiencia en el desarrollo de su gestión en los diferentes estamentos, organismos y reparticiones que lo conforman, para dar así cabal cumplimiento a la función específica que le compete a cada uno de ellos en beneficio de la población.

El Poder Judicial, por expreso mandato constitucional, es el encargado de mantener el equilibrio con los otros poderes del Estado a través de la potestad que le otorga el control de constitucionalidad de las normas y actos que emanan de las autoridades constituidas, pero además, tiene a su cargo la prestación del esencial servicio de administrar justicia, correspondiéndole en consecuencia proteger y asegurar la defensa de los derechos de los ciudadanos, reprimir la violación de la legalidad y dirimir jurídicamente los conflictos que involucran intereses públicos y

privados.<sup>1</sup> Lógicamente, como cualquier organización que se precie de tal, posee una determinada estructura y cuenta con los recursos materiales, humanos y normativos que le permiten actuar y llevar a cabo la función encomendada, pero como parte integrante del Estado y siendo uno de sus estamentos fundamentales, no está exento de los inconvenientes que padece el sector público en general, ni excluido de la necesidad de instrumentar en su seno una reforma integral.<sup>2</sup>

Es de público conocimiento que la Justicia de nuestro país se halla inmersa en una profunda crisis, cuya manifestación más evidente es la obsolescencia de sus estructuras, sus métodos y estrategias, sus herramientas, sus procesos y sus normas. El Poder Judicial es una de las pocas organizaciones –públicas y privadas– que todavía no cambió en la medida que lo requieren las circunstancias actuales; mantiene sustancialmente la misma estructura que ya mostraba en el siglo XIX, continúa atada a los paradigmas de entonces y desde aquella época se ha renovado en forma prácticamente imperceptible.

Según el informe sobre *"La Justicia Argentina"* elaborado por el Banco Mundial en Diciembre de 1994, una de las principales causas de la crisis que atraviesa nuestra Justicia reside en la ausencia de una política judicial con lineamientos claros y concretos que planteen objetivos a mediano y largo plazo, y que esté basada en conocimientos teóricos y relevamientos empíricos suficientes, que permitan anticipar los problemas del servicio y adoptar una solución técnica adecuada en tiempo oportuno.

Erróneamente, las reformas en la Justicia siempre han pasado por una modificación de las normas jurídicas –procesales y orgánicas–, pero aunque los Códigos de Procedimientos constituyen el marco legal dentro del cual fluye y cobra vida la actividad judicial, es innegable que la regla procesal más perfecta puede fracasar –y de hecho fracasa– cuando las estrategias y los mecanismos utilizados para ponerla en práctica son ineficaces. Por lo tanto, creo que es imprescindible cambiar el ángulo desde el cual se han venido proponiendo las soluciones hasta ahora y adherir a la instrumentación de nuevos modelos estratégicos, formulados

---

1 GUARESTI, Juan José (nieto) "Los tres poderes del Estado" Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1984.

2 MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN "Plan Nacional de Reforma Judicial" Buenos Aires. 1999.

a partir de la aplicación de los principios científicos, organizacionales y económicos más actualizados, sumados al aprovechamiento de los recursos tecnológicos modernos.<sup>3</sup>

En tal sentido, no puedo sino aplaudir la inquietud de reflexionar acerca de la posibilidad de incorporar el concepto de privatización a la actividad procesal, como una alternativa válida tendiente a elaborar propuestas que acerquen la justicia al ciudadano y le proporcionen una respuesta ágil y eficiente a sus problemas.

## II - EL ESTADO. FINALIDAD Y FUNCIONES

Hoy se considera que el tema a discutir, no es la relevancia y el papel que tiene el Estado en el desarrollo social y económico de las naciones, sino la forma o la estrategia que debe utilizar para impulsar dicho desarrollo. Así, básicamente se distinguen tres posibles estrategias a aplicar por el gobierno del Estado para lograr su finalidad de alcanzar el bien común.<sup>4</sup>

Podemos hablar de: a) el Estado como proveedor, cuando a través de su aparato de gobierno, los organismos integrantes de cada uno de sus poderes y diversos entes autárquicos creados al efecto, proveen en forma directa bienes y servicios a la población; b) el Estado como regulador, cuando estimula la participación privada en la producción de bienes y servicios, pero a su vez crea múltiples mecanismos que regulan la actividad de los particulares y la controlan, para asegurar una explotación racional de las riquezas materiales del país y una mejor utilización de los recursos. A tal efecto, el Estado puede no sólo reglamentar las diversas actividades, sino también mantener una representación oficial en aquellos emprendimientos que a su criterio pongan en juego intereses de carácter nacional; c) el Estado como agente subsidiario, cuando facilita el acceso de la población a los bienes y servicios que administra y provee el sector privado, hasta en su caso supliendo a la iniciativa privada, siempre que

3 Esta convicción se encuentra fundamentada en HERRMANN, Jorge Theodoro "Razones procesales y razones humanas" Cuaderno de ponencias del Primer Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas. Corrientes. 2000.

4 RAMELLA, Pablo y LLOVERAS, Antonio "Introducción al Derecho" Univ. Católica de Cuyo. San Juan. 1980.

la actividad de los particulares se muestre incapaz de encarar o continuar aquellas tareas útiles y necesarias para toda la colectividad.

En nuestra época resulta muy difícil trazar en forma rigurosa los límites de la intervención y participación del Estado, porque tal situación depende del grado de madurez de cada pueblo, de la complejidad de las relaciones económicas nacionales e internacionales, y de la vitalidad de la familia y las sociedades intermedias, entre otros factores; pero a grandes rasgos podemos decir que las funciones que en principio deben integrarse con un accionar positivo del Estado, son primordialmente: a) proteger los derechos de los ciudadanos; b) garantizar la satisfacción de las denominadas necesidades públicas; c) estimular y promover el desarrollo económico y social equilibrado; d) corregir, coordinar y adecuar la distribución de la renta y la riqueza.

En este contexto, es fundamental definir con precisión lo que se entiende por necesidades públicas, ya que la opinión dominante<sup>5</sup> considera que las mismas, en cualquier caso, deben ser administradas y satisfechas directamente por el Estado, sin que sea posible ni conveniente su delegación al impulso de la iniciativa privada.

Al respecto, es muy fácil coincidir en que la seguridad del país –tanto interna como externa– y la justicia, constituyen necesidades públicas de primer orden, y hasta hace muy poco, ocurría lo mismo en cuanto a la consideración de otros servicios básicos para la conservación, bienestar y perfeccionamiento de los miembros de la comunidad, tales como la salud, la educación y el acceso a la vivienda. Sin embargo, la visión en estos últimos casos se ha ido modificando paulatinamente, porque la realidad demuestra que los inconvenientes se agudizan a la hora de tener que adoptar una estrategia que garantice la entrega a la población de un bien o servicio público adecuado en cantidad y calidad.

Porque así como es clara la idea de que el Estado debe garantizar el acceso suficiente y equitativo de toda la población a los bienes y servicios públicos, asegurando a la vez su calidad, no lo es menos la frecuente comprobación de su manifiesta incapacidad para hacerlo mediante la prestación directa de los mismos, sumada a los cargos de ineficiencia y corrupción que se le endilgan al absorber recursos financieros

5 BEVERAGGI ALLENDE, Walter “Manual de Economía Política” Ediciones Macchi. Buenos Aires. 1986.

externos a la gestión económica propia. A causa de esto, desde hace varios años se vienen alzando voces que proponen una reestructuración del Estado basada en una participación privada más activa en la administración y provisión de los bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades públicas definidas, aunque sin eximir al Estado de la responsabilidad de favorecer el acceso de todos los ciudadanos a los componentes del bien común.

### III - LA PRIVATIZACIÓN. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

Cuando una forma de ver o de hacer las cosas se generaliza, o en otras palabras, se pone de *moda*, es muy difícil escapar a su influjo y revertir la aparente verdad que encierran las opiniones formadas al respecto, sobre todo en una época de globalización como la que nos toca vivir. Y en ese aspecto, uno de los conceptos que en la actualidad prácticamente no admite discusión acerca de sus bondades y ventajas es el de la privatización; aunque muchas veces se lo emplea sin comprender su verdadero alcance y significado.

Hay que tomar en cuenta que no es cuestión de seguir simplemente la corriente y adoptar cualquier esquema por el sólo hecho de que ya fue probado y funciona en otro lado; los ámbitos y las circunstancias pueden ser distintos, y por ello se debe investigar previamente el verdadero origen del problema y los reales factores que lo provocan. Sin investigación no es posible establecer cual es el objeto que se pretende sanear, ni descubrir la mejor forma de hacerlo; esa es la única manera de lograr el convencimiento acerca de lo que conviene hacer y como conviene hacerlo, para no cometer el error de proponer soluciones que terminen agravando el problema que justamente se intenta resolver, o nos hagan avanzar por un camino equivocado que habrá que desandar después de ingentes esfuerzos y costos.

De manera muy simple, podemos definir a la privatización como el proceso de transferencia al sector privado de aquellos roles que normalmente tiene a su cargo el Estado, como del mismo modo, al proceso contrario lo denominamos estatización.<sup>6</sup>

6 VARGAS FUENTES, Mauricio "Privatización de servicios públicos" Salud Pública. México. 1993.

Los objetivos buscados al promover procesos de esta naturaleza son diversos, pero fundamentalmente responden a las ideologías imperantes en un momento histórico determinado. La dicotomía entre lo público y lo privado ha existido siempre, con diferentes matices y basada en el predominio de uno u otro principio según la doctrina filosófica y política asumida por los responsables de dirigir la actividad del Estado, mas podemos reducir a dos las concepciones que han influido decisivamente en este tema en los dos últimos siglos: *el liberalismo y el comunismo*.<sup>7</sup>

El liberalismo, exaltando la libertad del hombre y la absoluta capacidad del individuo para decidir y forjar su propio destino, no reconoce la necesidad de que el Estado participe en el orden social y económico, porque considera que la iniciativa privada y el espíritu de lucro satisfacen por sí solos el bien común y la justicia en las relaciones entre los hombres. La misión básica del Estado liberal se limita entonces a defender y proteger la propiedad privada y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En las antípodas de este sistema, el materialismo histórico sostiene una visión colectivista del hombre y en consecuencia pretende la eliminación de la propiedad privada, principalmente la de los medios de producción, cuya organización en común permitiría establecer un nuevo orden social y económico. Pero como paso previo para alcanzar esta utópica sociedad comunista, reconoce la necesidad de crear un Estado absoluto y absorbente, que asume y participa en forma exclusiva en la realización de todas las actividades productivas y sociales.

Frente a estas dos posiciones extremas y contradictorias, en la mayoría de los países se llevaron a la práctica numerosas posturas intermedias, que tomando elementos de una y otra, intentaron corregir los defectos y errores de la aplicación pura de los sistemas referidos, y en tal sentido, la corriente más importante que se difundió a mediados del siglo pasado fue la del intervencionismo estatal, que en países como el nuestro llegó a protagonizar un verdadero dirigismo económico.

---

7 SEIJO, Mario Pedro "Manual de la Doctrina Social de la Iglesia" Editorial Claretiana. Buenos Aires. 1982.

La reacción no se hizo esperar mucho y en la dos últimas décadas comenzó el proceso inverso y la fiebre por la privatización. En un primer momento, de todo aquello que años antes había sido estatizado y convertido en las llamadas empresas del Estado; luego, buscando la desregulación de ciertas actividades cuyo control estricto por parte del Estado empezó a considerarse innecesario; y por último, planteando la posibilidad de traspasar al sector privado la gestión de servicios y actividades del Estado, que por sus características e intereses en juego nunca antes se había concebido que estuvieran fuera de su órbita.

Cabe también tomar en cuenta, que independientemente de las posiciones ideológicas en boga, en muchos casos sólo se tiende a disminuir el tamaño del Estado y su intervención directa en la gestión económica y social, sin efectuar el menor análisis, razón por la cual se dificulta enormemente el cumplimiento de los objetivos de cualquier estrategia de privatización planteada. Por ello, no se debe entender al proceso de privatización como una transferencia indiscriminada de las actividades públicas a manos privadas, sino como un esfuerzo general por mejorar el nivel de desempeño de las empresas, organismos e instituciones, en la búsqueda de la mayor eficiencia y calidad en la producción de los bienes y servicios destinados a cubrir las necesidades públicas, más allá del carácter público o privado que pueda revestir la organización que esté encargada de satisfacerlas en un lugar y en un momento determinado.

#### **IV.- LAS POLÍTICAS DE PRIVATIZACIÓN. VENTAJAS E INCONVENIENTES**

Siendo que la venta es el mecanismo tradicional para encarar un proceso de privatización, la experiencia a nivel internacional deja en evidencia que esta forma de privatización se presenta más en la teoría que en la práctica, porque en definitiva resulta muy difícil de implementar. Tres son los factores principales que se consideran como causas del fracaso de este mecanismo:

- 1) El trasfondo ideológico que ha tamizado el proceso en casi todos los países, impidiendo el análisis técnico profundo de la necesidad y conveniencia de privatizar determinadas actividades públicas, y también la definición clara de los objetivos buscados con la privatización. Si como dije antes, el objetivo tiende exclusivamente a

la disminución del tamaño del aparato del Estado, la privatización se convierte en un proceso de corte netamente político, y en la mayoría de los casos, hasta reviste un tinte simplemente electoralista.

- 2) La gran cantidad de bienes y servicios públicos que se han pretendido privatizar, para revertir el considerable desarrollo que presentaba el sector estatal en la década de los ochenta en su infraestructura social y económica, implicando un enorme costo financiero que traba la enajenación en forma rápida y simultánea, por la falta de suficiente capital privado para afrontar su adquisición.
- 3) La polémica y las controversias que provocan los procesos de privatización, originadas en el rechazo por parte de teóricos, políticos y grupos de presión, fundamentalmente los sindicatos, quienes ven amenazados sus intereses corporativos.

Por tales motivos, la venta se torna en principio pertinente cuando las actividades a privatizar se refieren a bienes y servicios que no están destinados a satisfacer necesidades públicas, ya que la transferencia total de los activos y las responsabilidades inherentes, derivan en la imposibilidad práctica por parte del Estado de garantizar a la población el acceso irrestricto en igualdad de condiciones a las prestaciones así privatizadas.

Un segundo mecanismo, consiste en la cesión de la administración de bienes y servicios públicos a las organizaciones privadas, pero sin transferirles los activos públicos. Actualmente se lo considera como el mejor mecanismo de privatización, porque permite el control estatal sobre la eficiencia y calidad en la administración y provisión de los servicios públicos, así como sobre el acceso a los mismos por parte de la población. La relación del Estado –y en su caso la de los ciudadanos– con la organización privada, se regula a través de leyes, reglamentos y/o convenios, que entre otras cosas establecen el pago de los servicios prestados conforme a tarifas previamente definidas y adecuadas a los intereses de ambas partes.

Otra opción es la comúnmente llamada tercerización, que se configura cuando el Estado sale a comprar bienes y servicios a una empresa privada, porque en definitiva le resulta mucho más barato adquirir y pagar por esos servicios, que realizarlos él mismo. Aparte, puede obtener prestaciones complejas sin mayores dificultades y servicios de óptima



calidad. Este es el caso de lo que ocurre con respecto a los servicios que le prestan al Estado las empresas que hoy manejan los medios de comunicación de todo tipo.

Algunos teóricos plantean un cuarto mecanismo, del cual no se tiene mucha experiencia porque es prácticamente imposible de lograr en contextos democráticos.<sup>8</sup> El mismo consiste en eliminar directamente la acción que realiza el Estado en una área específica y esperar a que el mercado decida si la va a llevar a cabo o no, y en su caso de que manera lo hará. La concepción propulsora de este sistema se fundamenta en la idea de que la sociedad presenta un orden espontáneo y que a partir de ese orden se producen determinadas soluciones que nadie deliberadamente imaginó. Identifica al lenguaje, la moneda y el derecho como productos ejemplares de este orden, sosteniendo que son el resultado de procesos innominados en los cuales millones de personas interactúan entre sí, consiguiendo desarrollar formas de convivencia eficientes, aún cuando cada uno busca satisfacer su propio y particular interés.

Un último mecanismo posible, consiste en incorporar a las estructuras y organismos del Estado aquellas teorías y modelos organizacionales elaborados para transformar y efficientizar la gestión de las empresas privadas. Con esto, se pretende lograr la erradicación de la burocracia y la "privatización por imitación" en el diseño del organigrama funcional de una determinada repartición estatal, a efectos de alcanzar los mismos niveles de eficacia, eficiencia, economía y calidad en el servicio, que se ponen como metas las organizaciones privadas. Por supuesto, la elección de este mecanismo implica el permanente compromiso de mantener una estructura flexible y permeable a las modificaciones que se produzcan en las necesidades y preferencias de los usuarios, lo que a su vez requiere una constante capacitación del personal integrante del organismo involucrado.

---

8 HAYEK, Friedrich "La Fatal Arrogancia. (Los errores del socialismo)" Unión Editorial. Madrid. 1992.

## **V.- LA POSIBILIDAD TÉCNICA Y JURÍDICA DE PRIVATIZAR ACTIVIDADES PROCESALES**

Volviendo a lo expresado acerca de las funciones primordiales del Estado, se advierte fácilmente que la Justicia se encuadra dentro de las denominadas necesidades públicas, y que el Estado siempre la ha satisfecho en forma directa, sin ninguna clase de intermediarios y mediante la utilización de la estrategia de ser su único y exclusivo proveedor. Y esta situación no se deriva de una concepción puramente política o ideológica, sino que además posee un sustento jurídico que emana del propio texto constitucional, determinando al mismo tiempo la importancia que encierra la función jurisdiccional dentro de la estructura de un Estado de Derecho.<sup>9</sup>

En consecuencia, lo primero que tenemos que resolver es si técnicamente se justifica una reestructuración del servicio de justicia a través del planteamiento de un proceso de privatización, y de inmediato, si no existen obstáculos de orden jurídico que impidan llevarlo adelante.

En respuesta al primer interrogante y como dije antes, cabe considerar que la administración de justicia en nuestro país está definida como una necesidad pública de primer orden, y por lo tanto, los responsables de su gobierno tienen la obligación de garantizar el acceso equitativo al servicio para toda la población. En ese cometido, se enfrentan al reto de incorporar en el cumplimiento de las actividades específicas de cada uno de los organismos que conforman la institución, los conceptos de eficacia, eficiencia, economía y calidad, para lograr de tal manera el mejoramiento de la gestión técnica y administrativa del Poder Judicial, y por ende, la satisfacción de los intereses de los usuarios.

Dentro de este marco, entendiendo la eficacia como el grado de cumplimiento de los objetivos fijados; la eficiencia como la relación existente entre la producción de un servicio y los recursos e insumos utilizados para ello; la economía como la capacidad de producir servicios minimizando costos; y la calidad, en relación a la oportunidad y excelencia técnica del servicio prestado, es indiscutible que actualmente nuestros

---

9 Ver artículos 108 y 116 de la CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Santa Fe - Paraná. 1994.

tribunales están proporcionando un servicio ineficiente –por inoportuno, caro y defectuoso– y en definitiva, también injusto y perverso, en el sentido de que la justicia que llega tarde, mal y nunca, constituye una verdadera denegación de justicia.<sup>10</sup>

Para responder la segunda inquietud, y coincidiendo con la opinión de dos especialistas en el tema<sup>11</sup>, debemos considerar que entre los Poderes públicos que conforman un gobierno constitucional y democrático, caracterizado por el principio de la soberanía del pueblo, el Poder que ejerce la función jurisdiccional es aquel que presenta mayores problemas de legitimación; porque si toda autoridad proviene del pueblo y en su nombre es ejercida, aquellos que no la desempeñan como consecuencia de una elección popular manifestada en el voto, ni están sometidos a periodicidad alguna, sólo pueden obtener la legitimidad y la aceptación de su autoridad por parte de la comunidad, en razón de su sometimiento a la legalidad establecida.

En la medida en que el ejercicio de la función jurisdiccional sea conforme a derecho y la consecuencia de criterios y procedimientos reglados, reconociendo además como única influencia la ley, entonces la eficiencia con que sea cumplida la misión de asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico en el caso concreto, es lo que le otorgará al Juez la legitimación de su autoridad. No son las cualidades personales o profesionales del magistrado, ni el consenso que sea capaz de concitar a su alrededor lo que en última instancia validará su labor, sino la efectividad con que determine la verdad controvertida en el litigio, y el tiempo que emplee en restaurar la correspondencia entre los derechos de una parte y las obligaciones de la otra, en su cometido de afianzar la seguridad jurídica.

Es sabido que toda organización se legitima cuando consigue los resultados para los que existe y el sentido común indica que la validez de los resultados obtenidos depende en gran parte de que el proceso

10 GARAVANO, Germán "Justicia Argentina. Crisis y soluciones" FORES. 1997. —

11 Sobre estos aspectos resultan de ineludible consulta los trabajos de BIELSA, Rafael y BRENNAN, Ramón "Reforma de la Justicia y Nuevas Tecnologías" Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1996 y "La Justicia y las deudas de la soberanía. Una aproximación informática" Revista La Ley. Buenos Aires. 1990, cuyos principales conceptos he tomado para el desarrollo del tema.

destinado a lograr los objetivos propuestos, se haya realizado con economía y eficiencia óptima en la utilización de los recursos disponibles. Caso contrario, la legitimidad de su accionar se cae, la autoridad se pierde y la validez de lo actuado carece de significación jurídica.<sup>12</sup>

De tal manera, en virtud de la propia actuación deficiente de nuestros tribunales, por las características que presenta el servicio que prestan, y las condiciones en que lo suministran actualmente –plagado de fallas de índole normativo, procesal, organizacional, administrativo, edilicio, educacional, cultural y tecnológico–, existen razones suficientes como para justificar la búsqueda de soluciones diversas y alternativas, en miras a transformar definitivamente el servicio de justicia e incorporar al mismo los requisitos técnicos exigidos para lograr la excelencia reclamada y el cumplimiento de los presupuestos básicos postulados por la teoría de la organización y la administración científica.<sup>13</sup>

Por eso, descartando la posibilidad de que el Estado se desentienda de la Administración de Justicia, ocupándose de esta función tan esencial en forma meramente subsidiaria, y ante el fracaso evidente de la provisión total del servicio en forma directa y exclusiva, se torna entonces evidente la conveniencia de abordar la visión estratégica que otorgan las distintas políticas de privatización.

En efecto, el Poder Judicial se muestra como un campo propicio para encarar la privatización de muchas de las actividades que realiza –al menos parcialmente o en ciertos aspectos–, mediante la aplicación de medidas realmente adecuadas a las exigencias de calidad establecidas más arriba y/o poniendo a cargo de organizaciones mejor capacitadas, la prestación efectiva de determinados servicios.

---

12 ALTERINI, Atilio Anibal “La inseguridad jurídica” Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993

13 A los fines indicados es fundamental la lectura de las obras de DEMING, Edward, “Calidad, productividad y competitividad”, DRUCKER, Peter, “La administración en una época de grandes cambios” y SIMON, Herbert, “El comportamiento administrativo”, todos ellos citados en el análisis de sus postulados, que efectúa QUIROGA LAVIE, Humberto en “La formación del Derecho Procesal Organizacional”. Buenos Aires. 1998.

## **VI.- LA POLÍTICA ESTRATÉGICA DE PRIVATIZACIÓN RECOMENDADA PARA LA JUSTICIA**

En la organización de la Justicia, se destaca como estructura fundamental la oficina judicial –Juzgado–, que sirve de soporte al órgano jurisdiccional propiamente dicho –el Juez–, a los fines de que éste pueda cumplir con su función específica de juzgar. Como unidad funcional independiente, consiste en el conjunto de medios humanos y materiales que soportan la actuación judicial, y en tal sentido, desarrolla tres tipos distintos de actividades: a) jurisdiccionales, b) procesales y c) administrativas.<sup>14</sup>

Las actividades del primer tipo encierran la trascendente misión de poner el derecho al servicio de lo justo, por lo que se encomiendan a funcionarios investidos con autoridad pública y potestad jurisdiccional, cuya participación activa y real en el proceso judicial es algo más que indispensable; las del segundo tipo involucran la actuación reglada del órgano, cuya observancia es obligatoria para permitir la vigencia efectiva de los derechos de las partes y resolver sus peticiones; las últimas, son aquellas tareas auxiliares de gestión de medios personales, materiales y económicos que en definitiva posibilitan el accionar del tribunal. Frente a este esquema, es claro que la diversidad de las actividades enumeradas requiere a su vez soluciones también diversas.

Si sólo se trata de mejorar las funciones administrativas del Juzgado, son válidos los principios comunes a todas las formas de organización administrativa, y por lo tanto, no encuentro mayores inconvenientes en plantear su privatización mediante el empleo de cualquiera de los mecanismos detallados oportunamente, aun cuando la actividad administrativa privatizada influya en forma directa y determinante en el desarrollo de alguna otra función más importante.

En cambio, si lo que pretendemos es privatizar actividades jurisdiccionales o procesales, los recaudos a tener en cuenta se intensifican, y ya no cualquier mecanismo resulta adecuado a los fines propuestos. No debemos olvidar que las reglas que dirigen el trámite del proceso

---

14 BIELSA, Rafael “La transformación del derecho en Justicia” Revista La Ley. Buenos Aires. 1993.

judicial no constituyen una simple formalidad; las normas procesales tienen el sentido de garantizar el derecho de defensa y procurar el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, como propósitos fundamentales de la función jurisdiccional, y en este aspecto, el propio Derecho Procesal es una herramienta privilegiada que posibilita la obtención de la justicia.

Sin embargo, es notable comprobar que justamente la actividad jurisdiccional, que por su importancia y trascendencia debería ser la más refractaria a su privatización, es aquella que con mayor énfasis ha sido sometida últimamente a procesos de esta naturaleza. Los métodos alternativos para la resolución de conflictos, entre los que se cuentan la mediación, la conciliación y el arbitraje, no constituyen algo distinto a la cesión que identifiqué como mecanismo privatizador, ya que por su intermedio se transfieren al sector privado determinadas funciones de índole jurisdiccional, aunque sin eludir la responsabilidad última derivada del servicio.

Con el mismo propósito y siguiendo los lineamientos de otros países que ya han implementado los procesos voluntarios extrajudiciales, excluyendo de sede judicial los procedimientos de índole administrativa y documentaria que congestionan la labor de los jueces, en nuestro país existe un ambicioso proyecto de ley que propone concretamente la asignación de funciones jurisdiccionales a los escribanos en temas no contenciosos. Fundamentalmente, se prevé la tramitación en sede notarial de los procesos sucesorios, las informaciones sumarias y los denominados procesos voluntarios regulados en el Código de Procedimientos.<sup>15</sup>

Finalmente, en cuanto a las actividades de tipo procesal, si bien se pueden adoptar soluciones como la que tiene organizada Francia con sus ujieres –*huissiers de justice*–, quienes actúan por fuera del Poder Judicial, con oficina y personal propio, e incluso pueden vender su puesto<sup>16</sup>, entiendo que resulta más adecuado recurrir al último de los

---

15 Proyecto de Ley sobre modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial del Diputado Rampi y otros. Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación. 1997.

16 MAURINO, Alberto Luis "Notificaciones procesales" Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000.

mecanismos enumerados oportunamente, para implementar una reforma basada en la privatización de este tipo de actividades.

Este mecanismo no consiste en el traspaso de activos o funciones públicas al sector privado, sino al contrario, implica una transferencia y aprovechamiento de experiencias y conocimientos adquiridos, desde las organizaciones privadas hacia el sector público. Cuando los organismos del Estado logran alcanzar sus objetivos por imitación de metodologías de trabajo, por el uso racional de procedimientos y la incorporación de una organización y herramientas similares a las que manejan las organizaciones privadas, aunque no exista una transferencia de activos públicos, funciones o responsabilidades, igualmente se produce una privatización.

Bajo esa premisa, y tomando en cuenta que hoy en día el supuesto inicial es que las tecnologías susceptibles de tener la mayor influencia sobre cualquier organización están fuera de ella misma y de su campo de acción, por lo que ya no existe un único uso final dado para ningún producto o servicio, y a la inversa, ningún uso final está atado a ningún producto o servicio único<sup>17</sup>, considero que es la tecnología informática la que va a producir el mayor impacto privatizador en el ámbito y en los hábitos forenses, a través de su incorporación integral para llevar a cabo las actividades procesales.

## **VII.- INCORPORACIÓN DE LA TECNOLOGÍA INFORMÁTICA AL PROCESO JUDICIAL**

La materia prima que utiliza la maquinaria judicial no es otra cosa que información<sup>18</sup>. El Juez se nutre de la información que sobre cada caso le proporcionan las partes al fundamentar sus respectivas pretensiones, y reacciona produciendo más información al proveer las peticiones; la prueba tendiente a acreditar los hechos es pura información: los documentos representan y contienen información, los testigos relatan la información que poseen sobre hechos concretos y los peritos informan

17 DRUCKER, Peter. "Los desafíos de la administración en el siglo XXI". Ed. Sudamericana. Buenos Aires. 1999.

18 VAZ FLORES, Hortensia y DALL'AGLIO, Edgardo. "Informática y Administración de Justicia". Librería Editora Platense. La Plata. 1986.

sobre aquellos conocimientos que dominan; por su lado, las normas jurídicas proporcionan al Juez la información sobre el deber ser de las relaciones que regulan, y el Juez busca información jurisprudencial y doctrinaria para resolver el caso y fundar su decisión; por último, la decisión del Juez también es información, destinada a regular la conducta que deberán observar las partes.

No es extraño entonces que la tecnología informática, aunque procede de un entorno totalmente ajeno a lo jurídico, y en particular a lo jurisdiccional, esté destinada a cumplir un rol fundamental y a convertirse en el factor estratégico del proceso de privatización planteado. La informática está en condiciones de revolucionar el proceso judicial en forma integral y absoluta, porque es la tecnología que puede manejar la información de la manera más rápida, económica y eficiente que hasta el momento se conoce<sup>19</sup>.

En la dimensión operativa la computadora es una herramienta insuperable, porque su verdadero potencial no radica en hacer mejor y más rápido aquello que ya se viene haciendo, ni tampoco importa el uso de un nuevo mecanismo para realizar los mismos procesos, sino que se trata de concebir un nuevo modelo para trabajar, un tratamiento distinto de lo que actualmente conocemos como proceso judicial. Cuando introducimos técnicas para el procesamiento electrónico de datos en el viejo sistema de gestión judicial, pero sin cambiar las estructuras de las oficinas, ni los métodos para canalizar la información que ya han demostrado su ineficiencia, de ninguna manera estamos provocando el proceso privatizador anunciado como motor para la búsqueda del mejoramiento cuantitativo y cualitativo del servicio. A la postre, una estrategia de ese tipo no sirve para nada y en palabras de Bielsa y Brenna, sólo viste al Poder Judicial con una aureola de progreso<sup>20</sup>, pero lo más

---

19 La tecnología informática comprende todos aquellos recursos, técnicas y métodos proporcionados por la Ciencia de la Información, que coordinados correctamente y en forma automática, permiten la recolección, organización, tratamiento, transformación, registro, memorización, recuperación, utilización y presentación de la información adecuada y precisa, en el momento oportuno y en forma inmediata. HERRMANN, Jorge Theodoro "Apuntes de Informática Jurídica". Universidad Católica de Cuyo. San Juan. 2000.

20 BIELSA, Rafael y BRENNNA, Ramón "Reforma de la Justicia y Nuevas Tecnologías".



probable es que las inversiones realizadas terminen siendo un mal recuerdo y un gasto inútil.

Para dar un ejemplo concreto de lo que puede ocurrir y como repercutiría una correcta aplicación e incorporación de la tecnología informática en el proceso judicial, voy a centrar mi análisis en el armado del subsistema de notificaciones procesales, mediante el uso exclusivo de herramientas informáticas que están al alcance de cualquier persona<sup>21</sup>.

Un manejo eficiente de cualquier procesador de textos, nos permite la ventaja de confeccionar cédulas de notificación en forma automática, pero resulta que una vez impresa en el papel, la cédula debe ser sometida al mismo procedimiento tradicional que sigue una cédula confeccionada a mano; igualmente hay que llevarla a la oficina de notificaciones para que el oficial de justicia correspondiente se traslade hasta el domicilio denunciado y la entregue, con lo que evidentemente no hemos solucionado gran cosa.

Sin embargo, aprovechando el uso de los servicios de comunicaciones vía Internet y correo electrónico, perfectamente podemos reemplazar este sistema por otro mucho más rápido, más seguro y menos costoso. Más rápido, porque el envío y recepción de los mensajes en condiciones normales es prácticamente instantáneo; mucho más seguro, en relación a que es más difícil que se pierda o altere un mensaje soportado electrónicamente que un pedazo de papel, y si además incorporamos la tecnología de la firma digital, evitamos también el riesgo de la falsificación y adulteración del documento electrónico, al dotarlo de los atributos de integridad, autenticidad y no repudio que se requieren para garantizar la certeza de la notificación recibida; y muchísimo más barato, porque cada envío –que puede incluir varios mensajes– cuesta sólo segundos de una llamada telefónica local, sin importar la distancia que deberá cubrir cada mensaje en particular.

Aparte de estas tres ventajas directas, se obtienen otros beneficios adicionales tales como el hecho de que pierde sentido la diferencia entre notificaciones automáticas, personales y por cédula, ya que sin mayor costo y esfuerzo se puede establecer como regla que todas las providencias

---

21 HERRMANN, Jorge Theodoro "Notificaciones Electrónicas" Conferencia presentada en las V Jornadas de Derecho e Informática. San Juan. Octubre 2000.

se notifiquen a los domicilios electrónicos constituidos por las partes, resultando que si además se exige su constitución como requisito procesal, también se tornan inútiles las nociones de dentro y fuera del radio del Juzgado.

También podemos aplicar esta solución para la tramitación de pruebas sumamente demorosas como la de informes, lo que además incluye la tan necesaria comunicación de los Juzgados con los Registros Públicos de todo tipo. Hoy están tan generalizadas las comunicaciones informáticas, que aquel que deba evacuar un informe seguramente ya dispone del servicio adecuado—de hecho, la mayoría de las organizaciones públicas y privadas tienen incluso sus propias páginas web— y en el peor de los casos, en cualquier locutorio instalado se puede acceder a la red, por lo que nada obsta a que las contestaciones de los oficios se remitan por la vía electrónica.

Disponiendo de la computadora apropiada, lógicamente también es posible remitir escritos al Juzgado, y de ese modo, el abogado se ahorra el costo del traslado y la pérdida de tiempo esperando su turno en la mesa de entrada, puede efectuar un seguimiento más eficiente de sus causas, y en los pasillos de tribunales se evitan las tensiones y congestiones que se sufren a diario. Y esto, sin tomar en cuenta que las presentaciones y consultas se pueden realizar aún en horas y días que hoy se consideran inhábiles.

El siguiente paso consiste en la eliminación paulatina del expediente cosido y soportado en papel, instrumentando en su reemplazo un verdadero expediente virtual que incluso permitirá su consulta por Internet en forma integral, y si se prefiere, la aplicación de los parámetros de la notificación tácita y la personal, ya que en la medida en que se ofrezca este servicio, el interesado puede quedar notificado de las resoluciones a partir de su ingreso a la consulta de la causa mediante su obligatoria identificación como tal: ya sea por medio de su firma digital o por una contraseña personal que certifique y le impute la voluntad de darse por notificado<sup>22</sup>.

---

22 Un procedimiento similar es el que desde hace años emplean los Bancos en las transacciones electrónicas que cotidianamente realizamos, sin pensar ni considerar las implicancias jurídicas que dicha situación involucra.

Indirectamente la solución propuesta también incidirá en los aspectos edilicios del problema, ya que como resultado del manejo remoto y electrónico de la información, la afluencia de público a tribunales terminará disminuyendo sensiblemente y además se reducirán las necesidades de lugar para archivar papeles. Solamente por estos dos motivos, es verdaderamente inútil insistir en los proyectos para la construcción de la ciudad judicial tan anhelada.

## VIII.- CONCLUSIÓN

### *¿Qué hacemos con el elefante?*

Al comenzar, comenté que lamentablemente el elefante africano se encuentra en peligro de extinción, lo que constituye una razón mas que suficiente como para que los diferentes países de aquel continente se hayan preocupado por implementar políticas protectoras, a los fines de evitar ese tremendo daño ecológico probable<sup>23</sup>.

Al respecto, las medidas intentadas han sido principalmente las siguientes:

- 1) Países como Zaire, Kenya, Sudáfrica y Tanzania, entre otros, recurrieron a la aplicación de la solución tradicional de estatizar y hacerse cargo del problema en forma directa y exclusiva. Declararon que los elefantes pertenecen al dominio público del Estado, y en consecuencia, los protegen estrictamente a través de un régimen normativo que establece las condiciones y prerrogativas de dicha propiedad. Sin embargo, esta regulación no ha pasado de ser una mera expresión de deseos y el resultado es que, diez años después, el número de elefantes se ha visto reducido en más de un 50%, lo que paradójicamente agravó el propio peligro que se quiso conjurar.
- 2) A diferencia de lo que hicieron sus vecinos, la política de conservación aplicada por Zimbabwe estuvo basada en los parámetros de la privatización, y en tal sentido, el gobierno decidió vender sus manadas de elefantes a los particulares. Los animales fueron comprados por

---

23 SMITH, Fred L. "Introducción a la Ecología de Mercado" Instituto de Ecología y Mercado. Papeles del Instituto N°5. Madrid. 1996.

diversos individuos: cazadores aficionados, comerciantes de marfil, ecologistas y excéntricos, pero lo más importante es que el resultado ha sido espectacular; los elefantes se han reproducido hasta el extremo de que ya no saben que hacer con ellos y ya se está pensando en la utilización de su cuero y en otras posibilidades antes bastante lejanas o caras por su ilegalidad.

- 3) Por su parte y como una tercera opción distinta dentro la misma política de protección, Botswana se ha inclinado por una solución ecléctica, y sin transferir la propiedad pública sobre los elefantes, ha cedido a los Consejos Tribales regionales los derechos de caza y los derechos a percibir un canon por cada animal matado, rentas que anteriormente pertenecían y cobraba –cuando podía– el propio Estado. En este caso los resultados también han sido sorprendentes y con el correr de los años la población de elefantes ha aumentado rápidamente.
- 4) Finalmente, para no dejar afuera del análisis la posibilidad de encarar alternativamente otro tipo de medidas, no quiero dejar de mencionar el hecho de que gracias al proceso de domesticación al que es sometido el elefante asiático desde hace mucho tiempo, este animal jamás ha sufrido la amenaza de extinción que actualmente padece su pariente africano.

En cierta manera –y no tan figurada como lo parece– al igual que el elefante africano, nuestro elefante judicial también está en peligro de extinción y la amenaza más grave que enfrenta somos nosotros mismos; por lo tanto, no podemos cometer la torpeza de permitir que semejante daño se produzca, máxime cuando depende precisamente de nosotros la posibilidad de revertir esa situación.

Del mismo modo que en el ejemplo dado, según cual sea la política estratégica que apliquemos en la necesaria reestructuración que hay que llevar a cabo en la Justicia, así serán los resultados que obtendremos en definitiva –positivos o negativos–, y en este aspecto, es mucho lo que tienen para aportar los programas de privatización, fundamentalmente, el de la incorporación integral al proceso de la tecnología informática.

Sabemos lo que hay que hacer y conocemos lo que no sirve; tenemos a disposición las herramientas adecuadas y las personas capacitadas para lograrlo. Creo que ha llegado el momento de que de



# Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado\*

Arturo Díaz Bravo\*\*

## ANTECEDENTES

Parece que en las postrimerías del siglo XX ya no puede dudarse de que nunca antes de los últimos cincuenta años sufrió el Derecho transformaciones tan profundas, que no pocos podrían considerar como un rotundo mentís a quienes lo han venido acusando de erigirse en obstáculo al cambio social. Como ya ha ocurrido en otras ocasiones, no desaprovecharé esta oportunidad que ustedes me brindan para rechazar tal acusación, si no fuera por otras razones, por su notoria injusticia.

Es injusta porque muestra, por una parte, un alto grado de desconocimiento de la historia, y, por la otra, en razón de que con ella

---

\* Conferencia dictada en Córdoba, Argentina, Septiembre del 2000.

\*\* Abogado Mexicano, Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Nacional Autónoma de México y Profesor invitado en varias universidades Centro y Sur Americanas, Co-Fundador y Ex Presidentede la Asociación Mexicana de Derecho de Seguros, Ex Presidente y actual Presidente honorario del Comité Ibero Latinoamericano de de la Asociación Internacional de Derecho de Seguro ( Cila-Aida).

sus autores se ubican al lado de quienes ignoran el verdadero papel del Derecho como fenómeno y producto social.

Desconoce la experiencia histórica, que invariablemente muestra que el Derecho sigue al hecho; que primeramente surge la conducta humana y después se presenta la norma, cuyo papel puede ser simplemente el de reguladora, o bien puede asumir carácter represivo y aun prohibitivo. En palabras de Sebastián Soler (*Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 108), el Derecho, como objeto cultural,

es manifiestamente un producto histórico, cambiante, proveniente de pensamiento y de acción humana, no parece dudoso que debe ser colocado, junto con el lenguaje, la ciencia, la técnica, el arte y los mitos, entre las objetivaciones del espíritu que en su conjunto constituyen la cultura.

Por otra parte, tan temeraria afirmación ignora que, en consecuencia, como expresaba Joaquín Garrigues (*Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 230), el

“... Derecho... se da para la vida y no al contrario... Su misión es hallar las normas que mejor se adapten a una determinada realidad vital...”.

Y ahí están, como suprema demostración de todo ello, las vertiginosas metamorfosis que han rejuvenecido nuestra disciplina durante los últimos cincuenta años: el derecho social y el derecho económico, que adquirieron carta definitiva de naturalización; surgieron también, con un carácter confesadamente tuitivo, el derecho del consumo y el derecho de la competencia, que prontamente encontraron también lugar en los cuerpos legales latinoamericanos.

Mas también nuestros códigos civiles, que desde sus orígenes enarbolaban los aparentemente incommovibles principios de la autonomía de la voluntad en los contratos y de la libertad contractual, vienen plasmando las corrientes protectoras de la parte débil en el contrato, entendida modernamente tal debilidad no sólo en su acepción económica, sino también jurídica, esto es, la parte a la que, de cara a un contrato con cláusulas predispuestas, no queda sino adherirse, pues pocas o ninguna posibilidad tiene de discutirlos.

En cuanto a los contratos inmersos en el ámbito de la legislación tutelar del consumidor, de modo general nuestras legislaciones ya les dispensan un adecuado tratamiento, pero es el caso que la práctica conoce un crecido número de contratos que escapan al citado régimen protector, pues la relación no encaja dentro de las consideradas como proveedor-consumidor, o bien las propias legislaciones excluyen su aplicación a cierto tipo de contratos, cual es el caso de México, cuya Ley Federal de Protección al Consumidor no se extiende a los contratos bancarios y tampoco al contrato de seguro, a pesar de que, como todos sabemos, la inmensa mayoría de los deudores y acreedores de los bancos, así como los asegurados, son, cabalmente, consumidores de los servicios respectivos.

### **EL MODERNO DERECHO TUTIVO**

Pues bien, a esta variada congerie de contratos no incluidos en el sector protegido, a pesar de que en ellos opera el predominio económico o jurídico de una de las partes, el moderno legislador viene extendiendo también un manto protector, que ya aparece en algunos códigos civiles y que suele apuntar a las cláusulas oscuras en dos direcciones: *contra proferentem*, esto es, en desfavor de los intereses de quien las redactó, o *pro debitorem*, en cuyo caso la interpretación será favorable a los intereses del deudor.

Elementos interpretativos que ya aparecen en el Código Civil colombiano, cuyo art. 1624 reza lo siguiente:

No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor... Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella,...

Especial mención merecen aquí los términos en los que el Código de Comercio de este país acogió el llamado “derecho de arrepentimiento o de reflexión”, que tal vez configura, a mi modo de ver, el más rotundo viraje del principio *pacta sunt servanda*, pues concede a ambas partes la facultad de revocar unilateralmente cualquier contrato de seguro en todo tiempo, con derecho del asegurado de recuperar la prima no devengada.



Para una amplia referencia a ésta y otras expresiones tutelares del asegurado, con provecho podrá leerse la ponencia presentada por Carlos Ignacio Jaramillo J. al VI Congreso Iberolatinoamericano de Derecho de Seguros.

En cuanto al principio *contra proferentem*, también ha encontrado cabida en el ordenamiento civil español:

La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Me parece oportuno recordar aquí que ambos esquemas fueron recogidos por la comisión redactora del proyecto de Código Civil para la República Argentina unificado con el Código de Comercio, al proclamar, en el art. 968, que las cláusulas abusivas, aunque sean de práctica, no pueden configurar usos, lo que por sí solo supondrá un importante paso adelante en el logro del moderno propósito equilibrador de las fuerzas en el mundo contractual.

Mas no detuvo en ello su intento conciliador el proyectista argentino. En el artículo siguiente, el 968, sanciona con la ineficacia las cláusulas que, en los contratos predispuestos, den lugar a suponer que la parte redactora del contrato impuso a la otra su predominio económico o jurídico.

De ese modo, Argentina pasará a ocupar un lugar en el escenario de la modernidad equilibradora, que está dejando atrás los venerables principios que durante dos siglos fueron el más importante estandarte del liberalismo individualista trasvasado al derecho civil y comercial de los contratos, a los que antes me referí, el de la libertad contractual y el de la voluntad de las partes como suprema ley en los contratos, ahora desdibujados por el arrollador empuje de las nuevas circunstancias económicas y sociales en las que hoy día se desenvuelve el mundo de los negocios.

Fenómeno que, por lo demás, Juan Carlos Félix Morandi calificaba como “publicización del derecho de seguros”:

*Cabe observar que el principio denominado de 'libertad contractual', y de 'autonomía de la voluntad', de los particulares no es absoluto en*

*materia de seguros, al igual que en muchos otros sectores del moderno Derecho Comercial... y en los que el Derecho Público repercute sobre la actividad económica privada* (“Posibles bases para la unificación del régimen legal del contrato de seguro en Iberoamérica”, en *Ensayos sobre seguros*. Homenaje al doctor J. Efrén Ossa G., FASECOLDA, Bogotá, 1992, p. 246).

Por lo demás, esta postura de avanzada por parte de la legislación argentina no es más que el resultado de una intensa actividad doctrinal, desarrollada por una pléyade de investigadores y tratadistas, que, congregados en numerosas Jornadas, pero también como fruto de aislados estudios de gabinete, han configurado una verdadera escuela argentina del derecho de los contratos. Ahora bien, como necia pretensión de mi parte sería la de intentar siquiera formular aquí un elenco de los tratadistas argentinos que han abordado anteriormente los temas de esta charla, me limitaré a evocar los conceptos de dos de ellos, Alterini y López Cabana (*La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989), quienes hace más de diez años hicieron frente a la postura, todavía sostenida por muchos, que proclama una moderna decadencia o crisis del contrato, y demostraron que lo que está en crisis es la autonomía de la voluntad, pues el orden público, ahora inserto en los contratos de derecho privado, es superior a ella; que el débil jurídico no es un incapaz, por lo que no hace falta que se prevalezca de la lesión para ser protegido con nulidades absolutas e incluso con inexistencias.

Aunque sin la precisión de las regulaciones antes mencionadas, la legislación brasileña puede considerarse pionera, en el ámbito latinoamericano, de esta corriente tutelar, pues ya en su Ley de Seguros, de 1966, el art. 2º dispone que .

El control del Estado se ejercerá por los órganos instituidos en este Decreto-ley, en interés de los asegurados y beneficiarios de los contratos de seguro

El ulterior Código de Defensa del Consumidor, de 1990, se alinea con los demás de su especie y, aplicable al negocio asegurador, prescribe que los contratos no obligan a los consumidores si éstos no tuvieron previa oportunidad de conocer su contenido, o si los documentos respectivos están redactados en forma de dificultar la comprensión de su

sentido y alcance; asiste al proveedor la carga probatoria de que proveyó al asegurado de la información previa sobre los términos del contrato.

### **LAS CONDICIONES GENERALES Y LOS CONTRATOS-TIPO**

Empero, los vientos protectores han cobrado mayor intensidad en la Europa comunitaria y en algunos otros países.

Cúmpleme precisar, ante todo, que modernamente se distingue entre condiciones generales de la contratación y contratos-tipo o de adhesión, cuenta habida de que en ambos casos pueden aparecer las cláusulas abusivas. Son las primeras aquellas que, normal y ordinariamente, forman parte de contratos de la misma especie en las diversas manifestaciones de la actividad económica y que de, ordinario, suplen las lagunas de la ley o la complementan. Como ejemplos puedo citar los contratos bancarios de crédito, el de franquicia, el de factoraje, el de arrendamiento financiero y, para colocarme en el fundamental propósito de estas notas, el de seguro cuando no se opera como contrato-tipo o de adhesión.

Estos últimos son, en cambio, los íntegramente predispuestos por una de las partes y que de ordinario se presentan en modelos o formatos impresos, frecuentemente sometidos a un registro o a la previa aprobación de una autoridad. Este suele ser, en nuestros países latinoamericanos, el caso del contrato de seguro, cuando se opera frente al público en general con redacción unilateralmente elaborada por el asegurador.

Me parece que no está fuera de lugar el dejar consignadas aquí las ventajas que ofrece la operación contractual mediante condiciones generales:

- a) Reducen el costo de celebración y de regulación de estos contratos.
- b) Favorecen y facilitan la división de tareas entre los miembros de las empresas que los celebran.
- c) Simplifican la coordinación de las actividades de las empresas.
- d) Facilitan el cálculo anticipado del costo de producción de los bienes o servicios que ofrecen las empresas.

## **LA REGULACIÓN EUROPEA**

Pues bien, la primera y más importante expresión legislativa de esta corriente tutelar es, sin duda, la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, emitida por el Consejo de las Comunidades Europeas, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, cuyo art. 3 considera como tales las

que no se hayan negociado individualmente... si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes...,

en la inteligencia de que

se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión,

y de que el propio precepto arroja la carga de la prueba al proveedor que afirme que una cláusula-tipo se ha negociado individualmente.

El art. 6 condena a la ineficacia estas cláusulas abusivas, no así al contrato que las contenga, en la medida en que pueda subsistir sin ellas.

## **EL CASO ESPAÑOL**

Repárese, sin embargo, en que la legislación comunitaria se enmarca, exclusivamente, en el ámbito del derecho del consumo, luego apenas si hace falta aclarar que no es aplicable a los contratos en los que no se dan las figuras del proveedor y del consumidor.

Por eso, llama poderosamente la atención el que, obligados los países de la Unión Europea a incorporar en sus legislaciones internas el contenido de tal directiva, el legislador español, por su parte, no se haya limitado a ello, sino que en la Ley 7/1998, de 13 de abril, haya optado por ir más allá y extender la protección a los no consumidores, vale decir, a todo el mundo:

Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad (Exposición de Motivos, preámbulo),

cual es, cabalmente, el caso del seguro.

De este modo, o mucho me equivoco o en el ámbito latinoamericano estamos en el umbral de adoptar el mecanismo español, impresionantemente favorable a los intereses del asegurado: todos conocemos la secularmente poderosa influencia del derecho positivo hispánico en los nuestros.

Séame permitido, por tanto, pasar revista a algunas de las cláusulas que frecuentemente figuran en nuestros contratos, anatematizados por la nueva estructura legal española.

Las condiciones generales deben ser conocidas por el tomador previa o simultáneamente a la celebración del contrato; además, deben estar redactadas de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez, so pena de nulidad. En caso de duda sobre su sentido, prevalecerá siempre la interpretación más favorable al asegurado.

Definidas como abusivas las cláusulas no negociadas individualmente y que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del asegurado, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, derivadas del contrato, todas ellas están sancionadas con la nulidad absoluta, que, empero, sólo puede ser judicialmente declarada. He aquí algunos ejemplos:

- a) El derecho del asegurador de resolver anticipadamente el contrato si no se concede el mismo derecho al asegurado;
- b) Las declaraciones del asegurado sobre adhesión a cláusulas que no ha tenido oportunidad de conocer antes de la celebración del contrato;
- c) Los pactos de sumisión a jueces o tribunales distintos de los que correspondan al domicilio del asegurado o al lugar en el que se encuentren los bienes asegurados.

Mas la tendencia tutelar no se agota en lo anterior. Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, auspiciado por el Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán voluntariamente dichas

condiciones, a menos que el susodicho Ministerio, en propuesta conjunta con otros departamentos, la instituya como obligatoria.

Tal registro tiene, como finalidad primordial, la de facilitar el ejercicio de las también novedosas acciones colectivas de naturaleza judicial, que están facultadas para instaurar las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales, agricultores, consumidores y usuarios, así como las cámaras de comercio, industria, navegación y otros organismos, incluso el Ministerio Fiscal.

Estas acciones colectivas son tres:

- De cesación en el empleo de condiciones generales contrarias a la ley, que incluye la condena al asegurador a devolver las primas percibidas con ocasión de las cláusulas declaradas nulas, así como a pagar los daños y perjuicios que se hubieren causado al asegurado o beneficiario.
- De retractación de la recomendación que el asegurador haya hecho de utilizar cláusulas consideradas como nulas.
- Declarativa, que tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación, para los efectos de su inscripción en el aludido Registro.

Además, ya en 1995 el legislador español había incorporado, en el art. 83-a de su Ley de Contrato de Seguro, el ya citado derecho de arrepentimiento, pues se faculta al tomador para resolver unilateralmente el contrato de seguro sobre la vida, sin expresión de causa, sin obligación de cubrir al asegurador gasto alguno y con derecho al reembolso de la prima no devengada. Verdad es que disposición tal se originó en la Directiva europea de 1993.

Toda esta construcción legislativa es calificada de “magnífica” por un tratadista igualmente español, Andrés Cid Luque (“Evolución y perspectivas de la protección del asegurado en España”, ponencia presentada al VI Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Cartagena de Indias, Colombia, mayo de 2000), el que, sin embargo, apunta el temor de que las concentraciones empresariales, hoy día frecuentes, conduzcan a una falta de competitividad en precios y productos.

## EL DICTAMEN DEL CES EUROPEO

En su 35ª sesión de pleno, celebrada el 29 de enero de 1998, y aprobado por 77 votos a favor y tres abstenciones -ni un solo voto en contra-, el Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas aprobó el conocido como dictamen de iniciativa sobre *Los consumidores en el mercado de los seguros*, documento al que, no obstante su carencia, por ahora, de carácter vinculatorio, atribuyo una gran importancia, no sólo por su procedencia sino también, y acaso más, porque tiene la andadura de una directiva europea.

Me ha parecido, por tanto, que no está fuera de lugar el que se examinen aquí algunas de sus expresiones que, a mi modo de ver, no han merecido la debida atención por parte de los especialistas de este lado del Atlántico.

- Se apunta, por ejemplo, la existencia de prácticas en las empresas aseguradoras, supuestamente derivadas de imposiciones técnicas por parte de los reaseguradores internacionales, que implican perjuicio a los intereses y legítimas expectativas de los asegurados, en algunos casos con franca violación de disposiciones legales.
- El Comité admite que pretende incitar a los aseguradores a llevar adelante la elaboración de códigos de conducta y la institución de defensores del asegurado

*que hagan más transparente su actividad y aumenten la confianza de los consumidores en los servicios prestados por las compañías de seguros.*

- Se anuncia que muestra un alto grado de avance la preparación de una Comunicación en la que se interpreta el concepto de *interés general* en el ámbito del seguro, como ya se hizo con relación a la banca en 1997.
- En cuanto a las entidades supervisoras, se las acusa de no mostrar en forma transparente los criterios que utilizan para verificar el respeto del principio de no discriminación.
- Como contratos de adhesión, las pólizas de seguro son paradigma de superioridad económica, unilateralidad e invariabilidad, lo que coloca al asegurado ante el dilema de “tomar o dejar”.

- Es lamentable la generalizada carencia de información precontractual a los tomadores de seguros, particularmente en los casos de la “publicidad intrusa”, que se da en forma telefónica, de “telemarketing” televisiva o electrónica.
- Una grave variante del caso anterior es la configurada por la banca-seguro, cuyos inconvenientes, por cierto, han sido puestos de relieve por Enrique José Quintana durante su intervención en el II Congreso Nacional de Corredores de Seguros celebrado en Santiago de Chile en 1999.
- La redacción de las pólizas suele ser inaccesible al común de los asegurados, en razón de la sempiterna existencia de cláusulas confusas, con un sello marcadamente técnico o jurídico, y aun contradictorias.

Aunque lo anterior no agota, ni con mucho, la nómina de observaciones consignadas en el dictamen de que se trata, aquí las suspendo, so pena de convertir estas notas en un fárrago.

Estimados colegas: estoy convencido de que debemos acometer la tarea de analizar los puntos abordados en las notas anteriores sin dilación alguna, antes de que nuestros legisladores se nos adelanten y nos obliguen a convertir nuestros estudios, aulas y foros en tardíos muros de lamentaciones o, por lo menos, de que tengamos que llorar como postulantes lo que no supimos ponderar como juristas.





---

**SECCIÓN DE RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS**

---

## **Recensiones y reseñas a cargo de Alberto Baumeister T.**

Con especial entusiasmo reseñamos la aparición y puesta en circulación de unas cuantas obras, unas complementarias para el estudio y formación de los abogados y estudiantes y otras propias para la investigación y profundización de temas de Derecho, entre ellas, en esta entrega , vale la pena destacar las siguientes:

### **Publicaciones periódicas**

#### **RESEÑAS**

- *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* (Nº 56) . Difundida Junio 2001. Editorial Ucab, Caracas, Venezuela.
- *Revista de Derecho Constitucional* (Nº 3), Julio –Diciembre 2000- Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, Publicación Semestral, Difundida-Julio 01 - ISSN-1317-0961-
- *Revista de Derecho Corporativo*. Vol 1, N-1, 2001- Universidad Metropolitana, Caracas, Decanato de Estudios de Post-Grado (Publicación Semestral), Difundida: Julio 01- ISSN- 1317-6005 (4)
- *Revista de Derecho Administrativo* (Nros. diez y once) – Sptbre y Dic. 2000). Difundidas: Julio 2001. Edit. Sherwood, Caracas, Venezuela.

- *Derecho y Sociedad*. Revista de estudiantes de Derecho de la Universidad Monte Avila, Número Dos, Abril 2001, Sin pie editorial, Impresión Altholito C.A.Caracas, Venezuela, - ISSN-1317-2778 .
- *Revista 83 de Derecho Público*, Julio- Sept 2000, Editorial Jurídica Venezolana, Issn 1317-2719, ps 477, Caracas, Anauco Ediciones, Sept 2001.

En la sección de Doctrina, dos interesantes trabajos: Constitución Nacional y Habilitación para dictar Decretos Ejecutivos con fuerza de Ley restrictivos de los Derechos Humanos, de Pedro Nikken, p. 5, y Arrendamiento y Arbitraje, La nueva Ley de Arrendamientos Inmobiliarios y la Ley de Arbitraje Comercial, por Irma Isabel Lovera De Sola, p. 63.-

## RECENSIONES

**Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Número TRES (3). Autores varios. Director, Fernando Parra A.** Publicación del Tribunal Supremo de Justicia, sif/ ISBN- 980-07-6783-5 (Series) y 980-6487-06-0 (No.3), 504 ps. Talleres de la Imprenta Nacional, Julio 2001.

### **Comentario:**

La revista viene dividida en cuatro secciones: Doctrina, Legislación, Decisiones Judiciales y varios. En la primera parte, se insertan siete (7) novedosos trabajos sobre diferentes materias, tales como Constitucional, Negocios jurídicos, Parlamento latinoamericano, Jerarquía como fuente de los Tratados Internacionales, Derechos Humanos, Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, y principios y consideración sobre la operatividad del órgano Presidencia de la Republica, etc., y en la de Legislación, se insertan trabajos que centran su objetivo en la revisión de la normativa específica de algunas leyes vigentes sobre temas tales como Internacional Privado, Capacidad de los Niños y Adolescentes, Arbitrajes, Medidas Cautelares, Penal Tributario, de diversos autores, entre otros y por citar algunos, Rafael Guilliod T., Maria Candelaria Domínguez G., Jorge Petit M, Rafael Ortiz Ortiz, Gilberto Guerrero Roca, Tatiana B. De Maekelt, Haydée Barrios y Jesús R. Quintero.

En la parte de Decisiones Judiciales, se insertan comentarios de Rafael J. Alfonso-Guzmán, Julio Betancourt V, María C. Domínguez G. y Carlos Oberto Vélez a varias decisiones de las diversas Salas que conforman el Tribunal Supremo, índice de la absoluta neutralidad e imparcialidad que anima no solo a los integrantes de dichas Salas para conocer los comentarios que merecen sus decisiones en el entorno científico, sino el denotado propósito de la citada Revista por realmente cumplir su función de divulgación de opiniones y corrientes de pensamiento de la más variada índole, lo cual respetamos y elogiamos..

En la sección de “varios” se inserta una conferencia del Dr. Moisés Hirsch B, sobre Ética de los Profesionales, de interesante contenido y alcance, dado que su expositor fue el autor del Proyecto de lo que es hoy el Código de Ética del Poder Judicial.

## **Obras generales:**

### **RECENSIONES:**

**BREWER CARIAS, ALLAN R.:** “Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela” Publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No, 68, 405 páginas, Editado por Talleres de Formación Gráfica SA de C.V., México, ENERO 2002, ISBN 968-36-9735-6.

### **Comentario:**

El libro reseñado está compuesto de seis partes, dedicadas a un riguroso examen académico e institucional en cada una de sus divisiones, De la crisis política que provocó la Constituyente a partir de 1998; La comparación entre la Constitución del 1961 y el Proceso Constituyente de 1999; la problemática de la convocatoria por Decreto Presidencial al referendo sobre Asamblea Constituyente y al generado debate sobre su constitucionalidad y alcances. En la Cuarta parte, inicia el autor, a la sazón, constituyente del 1999, el examen de lo que viene en calificar “Golpe de estado Constituyente” y el fundamento en violaciones de la Constitución; el análisis de la vigente constitución y su régimen transitorio, concluyendo la última parte de la obra con lo que denomina el autor “La Usurpación constituyente de la voluntad popular y la inconstitucionalidad

de las disposiciones para el manejo de los órganos del Poder Público, acordadas por la Asamblea Nacional Constituyente.

No puede negarse el contenido político de la obra, por ser de la esencia del tema tratado, pero ciertamente predomina el análisis científico y jurídico de los diversos problemas enfocados por el autor, con absoluta serenidad e imparcialidad, tal como lo reconoce el Dr. Diego Valadés, presentador de la obra y Director del Instituto patrocinante de la publicación, cuando acertadamente destaca que en el Libro se trata un rico conjunto de consideraciones relacionadas con el ejercicio del poder constituyente, donde el autor “resuelve magistralmente” el dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional.

Coincidimos por igual con el Profesor Valadés al afirmar que la obra tiene el mérito de “conjugarse el valor analítico del constitucionalista y el valor testimonial del constituyente”, en que así mismo, con ella se trae al tapete iberoamericano la importancia del caso venezolano en su reciente acontecer constitucional, que amerita un detenido estudio, porque

además de la trascendencia que tiene por sí mismo el conocimiento de la realidad constitucional y política de Venezuela, la obra permite también que advirtamos las vicisitudes a que se expone una sociedad cuando el camino hacia la consolidación de la democracia se ve obstaculizado por el autoritarismo plebiscitario.

Para nosotros se trata de un gran libro, que sentará historia, y permitirá ahora y en el futuro, contar con una fuente de primerísimo orden en el estudio de la evolución y eventualmente decadencia de nuestra democracia.

**DOMÍNGUEZ GUILLÉN, MARIA CANDELARIA:** “Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil”. Publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores, No.1. Director Fernando Parra A., ISBN 980-6487-09-5, Editorial Texto, 684 páginas, Caracas, Venezuela, sfe/ 2001.

**Comentario:**

La obra no es como modestamente lo anuncia su autora en su Introducción una compilación de trabajos de investigación en los pasados

seis años desde que se inició como Docente-investigadora en nuestra Universidad Central. Para sorpresa de los lectores, se podrá constatar se trata de interesantes y sesudos trabajos de una “gran civilista en potencia y de una estudiosa del Derecho Procesal”.

La verdad es que teníamos tiempo sin recibir un empuje de nueva sangre en Derecho Civil, y en especial en su rama “ Personas “.

El Libro está dividido en dos partes, la primera, destinada al estudio de “La Capacidad”, sub-dividida a su vez en nueve capítulos, que contienen igual número de trabajos, de los cuales dos son inéditos y los demás reproducción de igual número de estudios publicados separadamente por la Universidad Central de Venezuela o en la Revista de su Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Dentro de estos nos han llamado particularmente la atención los relacionados con las reflexiones de la autora sobre “Capacidad Procesal” en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, donde se alerta sobre lo errado de considerar una modificación del régimen de capacidad ordinaria Procesal y el del “ Procedimiento de Incapacitación”, por sus acertadas opiniones y análisis de los temas álgidos allí abordados, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo.

La segunda parte, está destinada al análisis de otros temas de Derecho Civil, compuesto de cinco capítulos, con igual número de temas, dos de los cuales son inéditos, y los demás, reproducción de ensayos previos de la Profesora Domínguez G; con la particularidad que, en dos de ellos, se analizan las modificaciones y cambios provocados por el nuevo ordenamiento constitucional en materia de derechos de la personalidad y Derechos de la Persona, y culminando con un interesante y ameno trabajo sobre “Interpretación”, como atributo esencial de la sentencia.

La obra dispensa generosamente conocimientos de la más reputada doctrina nacional y extranjera, del otrora y de las más recientes tendencias, sin menoscabo de hacer oportunos y atinados comentarios personales, en los diversos puntos que se analizan, con absoluto pero grato rigor metodológico y acertado criterio. Al final de la misma, haciendo gala de lo que debemos imaginar sea su gran pasión, la docencia, incluye una larga y sustanciosa Bibliografía, que será útil instrumento para estudiantes, investigadores y docentes.

El inicio de la serie Nuevos Autores en la Colección del Tribunal Supremo de Justicia con esta publicación, debemos reconocer es todo un éxito y seguramente con la obra que se la inicia, tendrá indiscutible acogida, en tanto constituirá un indispensable instrumento de trabajo para profesionales del derecho, profesores y magistrados judiciales y a la vez, será un difícil reto para superar en nuevas entregas, por la calidad y rigor académico de los ensayos en ella contenidos.

**ESCOVAR LEÓN, RAMÓN:** “Estudios sobre Casación Civil”. Publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos, No.3. Director Fernando Parra A., ISBN 980-07-6785-5, Editorial Talleres Gráficos de la Nación, 347 páginas, Caracas, Venezuela, Noviembre 2000.-

**Comentario:**

El libro a nuestro entender constituye un importante trabajo de su autor para brindarnos un análisis de lo que puede venir en llamarse “una nueva Casación venezolana”, resultado de los nuevos principios Constitucionales que regulan los conceptos de justicia, proceso y formas procesales, los que, como bien lo asienta el Magistrado Iván Rincón U. (a cuyo cargo está la introducción de la serie a la que pertenece la obra) encuentran fundamento en la nueva preceptiva que sobre los mismos acoge la Constitución de 1999 y que inciden en el funcionamiento del Sistema Judicial en general.

La obra viene dividida en siete capítulos y dos anexos, referidos en general al Derecho Procesal y en especial a la institución de la Casación Civil, con acertadas comparaciones y críticas de decisiones jurisprudenciales y a la luz de la Doctrina extranjera y nacional.

Un mismo sentido se encuentra en este trabajo con lo expuesto en otros importantes ensayos de Escovar León, esto es, analizar y advertir sobre la eliminación de lo que a su juicio es un factor de lamentable perturbación en la seguridad y celeridad jurídica, que deviene del fenómeno de la “casación múltiple” y del exagerado rigorismo formal asentado en los requisitos técnicos que han venido caracterizando desde otrora la casación venezolana. En ello coincide el suscrito, con igual criterio que sustenta el citado Magistrado Rincón U.



Con lo expuesto por el autor podrá o no estarse de acuerdo, pero debe reconocerse a Escovar L., como señala nuestro apreciado y distinguido Profesor José A. Fuenmayor (presentador de la publicación) el mérito de señalar y estudiar las “desviaciones que vienen surgiendo no en el Derecho, sino en una nueva manera de su aplicación a través de la nueva Constitución Bolivariana y ultimas doctrinas del Tribunal Supremo de Justicia”.

Nos merecen particulares comentarios sobre la forma y trato que se da a dichos temas, lo relacionado con los capítulos en que se estudian, el concepto de “Indefensión”, materia sobre la cual Escovar ya viene trabajando años atrás; el de la Casación de Oficio, por lo controvertido que resulta ser la permanente mutación de criterios sobre los supuestos de su procedencia y, finalmente, el que es objeto de estudio en el segundo de los anexos, sobre “Fraude Procesal”, donde se analiza la posición de la Sala Constitucional, que ha venido declarando la inexistencia de algunos fallos, bajo el amparo del aludido concepto, y que resultan ser primeras aplicaciones de ese nuevo concepto regulado expresamente en nuestra legislación adjetiva, a partir de 1987.

Es una obra de indiscutible actualidad e importancia en el acontecer procesal venezolano.

**BREWER CARIAS, ALLAN R.: Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América**, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Mauco, Historia del Derecho de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, N.2, Editorial Jurídica Venezolana, 436 páginas, Venezuela 2001, ISBN 980365.064-5.

#### **Comentario:**

La obra contiene un conjunto de estudios sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos y algunas reflexiones sobre instituciones constitucionales de Venezuela a la luz de la nueva Constitución de 1999 (entre otros, Descentralización, Control de Constitucionalidad, Formas constitucionales de terminación del mandato Presidencial y en adición una ampliación de algunas Conferencias sobre temas constitucionales dictadas en Salvador, Costa Rica, Lima, México y Austin).

**CURSO DE CAPACITACION SOBRE RAZONAMIENTO JUDICIAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA** Autores Varios: José M. Delgado Ocando, Enrique Pedro Haba M., Levis Ignacio Zerpa, Alfredo Chirino, José Peña Solís, Moisés Troconis Villarreal, Pedro Luis Bracho G y Jesús M. Casal H., (Coordinadores Levis I. Zerpa y José M. Delgado) Publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia, Serie Eventos, Venezuela, Director Fernando Parra A., ISBN 980-6487-03-6, 462 páginas, Venezuela, Junio 2001. (2)

**Comentario:**

Reproduce el conjunto de Conferencias dictadas en la sede del Tribunal Supremo, en el año 2000, en dos módulos fundamentales dedicados al examen de los temas que se consideró integran las bases de un moderno sistema judicial fundamentado en el razonamiento Judicial y la argumentación jurídica, resultado que fuere ello de diagnóstico y estudio realizado por Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano con el apoyo técnico del Director de la Escuela Judicial del Poder Judicial de Costa Rica, Dr. Alfredo Chirino. Las conferencias tocan temas tan interesantes como lo son: Las resoluciones Judiciales y el contenido de las sentencias, Supuestos de Interpretación Jurídica, Interpretación Judicial, Normativismo y realismo como operaciones del Juez, La Argumentación Jurídica, Las Falacias, Iter Constitucionis y producción jurídica originaria según la Doctrina del Máximo Tribunal, la Interpretación conforme a la Constitución, Dimensionamiento del fallo Constitucional y Condiciones para la limitación de los Derechos Humanos (principio de la Proporcionalidad).

Recomendamos la atenta lectura de dicha publicación.

**FUENMAYOR GARCÍA, JOSÉ ANDRÉS:** *OPÚSCULOS JURÍDICOS (Evolución y Perspectivas del Derecho Procesal en el país.)* Editorial, Universidad Católica Andrés Bello, primera edición, 252 páginas, Venezuela, 2001 s/isbn.- (3)

**Comentario:**

La obra, que dedica el autor a sus compañeros de promoción, con motivo de cumplir los cincuenta años de esa colación, contiene 26 comentarios diversos, especialmente de Derecho Procesal. De especial importancia y contenido los relacionados con la Acción de Impugnación

de las asambleas de compañías anónimas (p.47 ss) al extremo de que puede destacarse es la causa de reciente aclaratoria que sobre el tema hace ahora la vigente normativa sobre Registros y Notarías , así como el que se refiere al nuevo concepto constitucional sobre el Estado venezolano, como “Estado de derecho, de justicia y equidad” (p. 179).

De grata e interesante lectura y con atinados comentarios de la siempre aguda y puntillosa mente del autor.

**DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Temario: Derecho Procesal Constitucional, Doctrina General, Derecho Procesal Constitucional Mexicano y Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica.** (Obra colectiva) Coordinador: Eduardo Ferrer Mac Gregor, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Autores: Entre otros: (Venezolanos) Ayala Corao, Carlos, Baumeister T. Alberto, Brewer Carías, Allan.- (Extranjeros). Aguirre Godoy, Mario; Barbosa Moreira, José Carlos; Bidart Campos, Germán, Carpizo Jorge , Ferrer Mac Gregor, Eduardo y otros.- Editorial Porrúa SA. de C.V. México, D.F, 1343 ps. Mex. 2001. Isbn 970-07-2883-8 .

**Comentario:**

Un interesante y actualizado temario sobre el nuevo Derecho Procesal Constitucional a nivel de latinoamerica, con estudios de lo más granado de la Doctrina en esta nueva materia. El éxito de la obra y su innegable calidad lo demuestra su inmediata segunda edición dentro del mismo año de su primer tiraje.

**RESEÑAS**

- **PRIMER AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY ORGANICA DE PROTECCIÓN AL NIÑO Y AL ADOLESCENTE(LOPNA).**- (Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente) Autores varios: Coordinador: Cristóbal Cornieles Perret Gentil.- Autores, entre otros: MORALES, GEORGINA; MORAIS, MARÍA GRACIA; CARRILLO PERERA, MARCOS; LONGO, PAOLO; BARRIOS HAYDÉE Y OTROS. 401 pps., Editorial Ucab, Caracas, 2001..

- **LIBRO HOMENAJE A LAS X JORNADAS DR. JOSE SANTIAGO NÚÑEZ A** (Maturín , Edo. Monagas). Temas de Civil, Procesal Civil, Mercantil y varios.-Autores varios. Entre otros: DOMINGO SOSA BRITO, Terminación del Contrato de Arrendamiento a tiempo determinado (1996); MELICH ORSINI, JOSE, La Cláusula Penal en los contratos y sus efectos (1996) LOPEZ HERRERA FRANCISCO, Capitulaciones matrimoniales, sus efectos respecto del cónyuge sobreviviente; BAUMEISTER TOLEDO, ALBERTO, Algunas consideraciones sobre la defensa de caducidad en el seguro (1993), CORSI LUIS, Algunos aspectos de la tutela de las minorías en las sociedades anónimas, PEREZ LUCIANI, GONZALO, Las “cartas de crédito”, sus diferentes clases; FUENMAYOR, JOSE A, La ejecución de Hipoteca (1995), La Oposición al Embargo (1994) y OTROS. 459 pp. Edit. Vadell Hnos., Caracas, 2000 .
- **ANTIDUMPING EN VENEZUELA, Noemí Fischbach**, Editorial Sherwood, Colección Derecho Público Económico, Caracas, 2001. Isbn 980-07-7431-9, 252 p, Venezuela .
- **LIBRO DE LAS XXVI JORNADAS J.M. DOMÍNGUEZ ESCOVAR “Los Medios Alternativos de Resolución de los Conflictos** . Ponencias del encuentro del 3-7 Enero 2001, Obra Colectiva. Autores: Abreu Burelli, Alirio, Ledesma, Angela; Gueron, Eva; Hung Valiant, Francisco y otros. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Impresión Industrias Gráficas Monserrat, Barquisimeto, 290 p. 2001, Venezuela.
- **EL DERECHO DE SEGUROS Y DE OTROS NEGOCIOS VINCULADOS, Emilio H. Bulló**. Dos(2) tomos. Tomo I, El contrato de seguros en general, 342 p, 1999, Isbn 950-569-111-4; Tomo II Los contratos de seguros en particular, 740 p, 2001, Isbn 950-569-156-4, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina
- **ATIENZA, MANUEL**. El sentido del Derecho, Editorial Ariel, S.A., Isbn 84-344-3211-0, España, 2001, ps 336. (3)

**Comentarios:**

Peculiar y claro enfoque filosófico sobre el que y el porqué del derecho, Moral y Derecho, Derecho y Justicia y Concepciones del Derecho, entre otros temas. De grata lectura.

- **ORTIZ ORTIZ, RAFAEL.** La Tutela constitucional Preventiva y Anticipativa, Editorial Fronesis, Isbn 980-07-7499-8, Venezuela 2001, ps. 541 (4)

**Comentarios:**

Interesante y novedoso estudio de la institución de la “tutela judicial efectiva” precedido de un estudio axiológico de la nueva Constitución venezolana de 1999, desarrollo de los nuevos conceptos sobre Tutela Anticipada y comentarios sobre Jurisprudencias que desarrollan dicho tema en Venezuela. Novedosos conceptos en Derecho Procesal Constitucional.

- **MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS,** Obra Colectiva patrocinada por Ateneo de Estudios del Proceso Civil bajo la presidencia del Dr. Jorge W. Peyrano. Autores varios: Peyrano, Jorge W., Arazi, Roland y Kaminker, Mario E, Galdos, Jorge Mario, Vargas, Abraham Luis y otros, Rubinzal Culzoni, Editores, Isbn 950-727-208-9, Argentina, 2001, ps 799 (5).

**Comentarios:**

Completo estudio e investigaciones monográficas sobre diferentes aspectos del tema de las Medidas Autosatisfactivas (Parte General, Cuestiones Procedimentales y Parte Especial) Análisis de la institución en los campos del derecho civil, comercial, laboral, Penal, Constitucional y Administrativo, Citas y apoyo de Jurisprudencia Argentina.

- **LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, (OBRA COLECTIVA) LUIGI FERRAJOLI, sus debates con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Emanno Vitale y Danilo Zolo**(Edición a cargo de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Sagasta, Madrid, 2001, Isbn 84-8-164-436-6, pp 391, España
- **REGIMEN LEGAL DE LAS CONCESIONES PUBLICAS (Obra colectiva: Coordinador: Romero Mendoza, Alfredo. Otros autores: Caballero Ortiz, Jesús, Rachadell, Manuel, Hernández Mendible, Victor R, Brown, Chris y otros)** Reproduce texto de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Regimen de Concesiones. **Temario:** Aspectos Jurídicos del Régimen de

Concesiones Públicas; Perspectiva jurídica Internacional, Aspectos Financieros y Técnicos.- Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, No. 21, Caracas, 2000, Isbn 980-365-049-1, pp.241,Venezuela

- **OFERTA PUBLICA DE ADQUISICIÓN, Alfredo Morles Hernández.** Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Impresión Italgráfica SA, Caracas, 2001, Isbn 980-244-268-2, pp 214, Venezuela.
- **LA GUERRA DE LAS COLAS EN VENEZUELA,** (Incidencias de las reclamaciones ante Procompetencia -vía administrativa- Recursos jurisdiccionales, alegatos, pruebas y dictámenes), Compilador Gustavo Linares Benzo. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, N- 12, Caracas, 2000, Isbn 980-365-040-8, pp 962, Venezuela
- **SENTENCIA ANTICIPADA (Despachos interinos de Fondo).** Colección Estudios del Ateneo, Argentina, Director Dr. Jorge W Peyrano, Coordinador: Carlos A Carbone. Obra Colectiva, entre otros autores: Acosta, Daniel F, Alvarez , Marta Mónica, Barbero,Osvaldo, Bares, Carlos y Peyrano Jorge. Edit. Rubinzal Culzoni, Editores, ISBN: 950-727-267-9, ps 845. Argentina, 2000.
- **CORRERA, CARLO: “LA DIFESA DEL CONSUMATORE DALLE FRODE IN COMMERCIO. (II LE FRODI CUALITATIVE)”.** Edit. Giuffre, p. 348, Milano, Italia1983 .
- **Taller sobre Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos** - Memorias, (Trabajo dirigido a la Organizaciones de la sociedad civil dentro de la región de Centro América y México) Publicaciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ps 223, Costa Rica, 1996,-
- **MELICH ORSINI, José:** El pago, Edit. Ucab, Caracas, 2000 . Completa revisión del tema, incluyendo análisis del pago con Tarjeta de Crédito, Examen de la subrogación por pago.
- **CARBALLO MENA, CESAR AUGUSTO,** Delimitación del Contrato de Trabajo (Franquicias, teletrabajo, invenciones laborales y fronteras del Contrato de Trabajo. Edit Ucab, Caracas, 2001
- **VILLASMIL PRIETO, HUMBERTO,** Estudios de Derecho del Trabajo (Conjunto de estudios sobre actualidad de temas laborales: Colectivo,

- sindical, concepto de fijación de salario, Tripartismo en negociación, etc) Edit. Ucab, Caracas, 2001 .
- **LOPEZ HERRERA, FRANCISCO**, Estudios sobre Derecho de Familia, Edit. Ucab, Reedición , Caracas, 2001 .
  - **GOLDSCHMIDT, ROBERTO**, Manual de Derecho Mercantil, Reedición actualizada por María Auxiliadora Pisan Ricci y otros, Editorial Ucab/ Fundación R. Goldschmidt, Caracas, 2001 .
  - **CHAVERO G., Rafael J.**, El nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela, Edit. Sherwood, Caracas, 2001 .
  - **DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. AUTORES VARIOS:** (Fiz Zamudio, Héctor, Barbosa Moreira, Carlos, Bidart, Germán J, Brewer C, Allan, Ayala C., Carlos, Baumeister T, Alberto y otros) , Obra Patrocinada por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Coordinador Eduardo Ferrer Mac Gregor, Edit. Porrúa, México, 2001. Dirección de la Casa Editorial, Av. República Argentina, 15, México. D.F.
  - **BREWER CARIAS, ALLAN R.**, Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva) Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas 2001
  - **ORTIZ ALVAREZ, LUIS**, Antitrust, Competencia y Contencioso Administrativo, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, (2)

---

**SECCIÓN DE ESPECIALES**

---



## **NOTICIAS DE LA FACULTAD**

### **I.- CONGRESOS Y EVENTOS**

El acontecer de la Facultad fue particularmente fructífero, y entre los mas resaltantes eventos y actividades valen la pena referir, los siguientes:

#### ***1.- Congreso de bioética***

El desarrollo de la tecnología hasta el punto de generar vida por medios diferentes a los naturales, ha puesto en “estado de alerta” al Santo Padre, Jefes de Estados, filósofos y moralistas. Consciente de esto, la UCAB promovió entre el 6 y el 9 de febrero de este año la celebración del citado Congreso.

En el mismo se abordaron temas tan interesantes como “los avances científicos y el Derecho, la Dignidad Humana; el Genoma humano y la Bioética, y el Derecho en un contexto de globalización”. Los Dres. Jorge Aguilar, Asdrúbal Aguiar, Ligia Bolívar y Juan Camilo Salas Cardona (Colombia), fueron los expositores. La UCAB viene cumpliendo así su función como universidad humanista.

#### ***2.- Amparo constitucional y habeas data***

Nuestras Facultad ya excede el ámbito capitalino en sus actividades y eventos y ya desplaza hasta su Escuela de Guayana la realización de eventos y jornadas. En efecto, el 9 y 10 de febrero la Escuela de Derecho de Ciudad Guayana se convirtió en centro de la atención de juristas y

profesores de Derecho con ocasión de las jornadas sobre este importante tema

La apertura de las mismas estuvo a cargo del Decano de la Facultad Jesús María Casal y del Director de la Escuela Carlos Blanco.

Se trataron cuatro temas básicos: “El Amparo y la Acción de Tutela en Venezuela y Argentina, en el que expusieron los profesores Néstor Sagüez (Argentina) y Jesús María Casal (Venezuela). “La Jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de Amparo”, estuvo a cargo de los profesores Gerardo Fernández y Gustavo Adolfo Blanco. Al siguiente día se desarrollaron los temas: “Problemas actuales en materia de Amparo” y “El Habeas Data en Chile y Venezuela”. Expusieron Luis A. Amaya y Rafael Chavero en el primero y Christian Suárez y Carlos Ayala en el segundo.

### **3.- Jornadas sobre sistema de justicia y DDHH**

En el mismo mes, ahora en Caracas, durante tres días 13, 14 y 15 de febrero, tuvieron lugar dichas Jornadas, que colmaron el Aula Magna de nuestra Universidad.

Las palabras de apertura estuvieron a cargo del Padre Luis Ugalde S.J. y Jesús María Casal.

El tema sobre “La Garantía de los Derechos Constitucionales” fue expuesto por el profesor Néstor Sagüez, quien examinó el “Caso Argentina” y el profesor Allan Brewer Carías explicó el “Caso Venezuela”. El “Sistema de Justicia” correspondió a Carlos Escarrá Malavé y Román José Duque Corredor. “La Jurisprudencia de la Sala Constitucional en Materia de Amparo” fue desarrollado por Gerardo Fernández y Tulio Álvarez Ramos. “Los Problemas Actuales del Amparo en la Constitución” correspondió exponerlo a Gustavo Linares Benzo y Miguel Mónaco.

El miércoles correspondió a las exposiciones de la ex magistrada Hildegar Rondón de Sansó y de los Profesores Jesús E. Cabrera y Carlos Mauriño a quienes tocó el tema del *Habeas Data* en la Constitución de 1999. A continuación se trató sobre el *Habeas Data* en Chile y Venezuela. En la tarde se expuso el tema “Amparo: Procedimiento y Competencia”, que fue desarrollado por los profesores Gustavo Briceño y Rafael Chavero, correspondiendo a la ex -magistrada Josefina Calcaño de Temeltas y a la

Dra. Beatriz Di Totto Blanco el desarrollo del tema “Amparo y Habeas Corpus”.

El jueves se dedicó a estudiar: “El Amparo Constitucional y la Acción de Tutela en Venezuela y Colombia” y un panel analizó la Defensoría del Pueblo. En el primero expusieron el profesor Gustavo Zafra sobre “El Caso Colombia” y el profesor Carlos Ayala Corao sobre el “Caso Venezuela”. En el panel expusieron Luz Patricia Mejía y Ligia Bolívar.

#### **4.- IV Jornadas de Derecho Procesal Penal**

Entre los días 20 y 22 de febrero se llevaron por igual a cabo en nuestra sede de Caracas ya estas cuartas Jornadas, en las cuales se trataron “Algunos Aspectos en la evaluación del COPP”.

Entre los temas analizados estuvieron los relacionados con “La Constitucionalización del Proceso Penal” (Edgar Saavedra, Colombia); “Formas directas de participación ciudadana en el acto de juzgar” (Beltrán Haddad); “La suspensión del proceso a prueba. Relegación de la víctima” (Juan Vicente Guzmán); “Detención preventiva y presunción de inocencia” (Orlando Monagas); “El principio acusatorio en el COPP” (José Tadeo Sain); “El Ministerio Público y la disponibilidad de la acción penal” (Magaly Vásquez González); “Constitución, Derecho Penal y Proceso” (Nelson Chacón Quintana); “Prescripción y Caducidad de la Acción Penal” (Jesús María Manzaneda) “Acta del Debate. Importancia en el Ejercicio de los Recursos de Apelación y Casación” (Rose Marie España); “Derecho a ser informado de la imputación durante la fase preparatoria” (Pedro Berrizbeitia); “La oferta de pruebas” (Frank Vecchionacce); “La Ejecución de la Pena (COPP) y de las Medidas” (LOPNA) por María Gracia Morais; “Motivación de la Sentencia y Veredicto” (Roberto Delgado Salazar); “Contenido de la prohibición de *reformatio in peius*” (Jesús Ramón Quintero); “Los procedimientos especiales a la luz de la nueva regulación constitucional” (María Trinidad Silva de Vilela); “Nulidad de los actos por violación de garantías procesales” (Carmelo Lauría) y “La imparcialidad del Juez” (Beatriz Di Totto Blanco).

#### **5.- Fuerza Armada En Democracia**

Tema este siempre de actualidad en América Latina, pero ahora particularmente pertinente en Venezuela.

El análisis del mismo, dentro de la mayor objetividad no podía estar en mejores manos que a cargo de la Academia y una institución internacional especializada de primer orden, para lo cual se unieron nuestra Universidad y la Fundación Konrad Adenauer, quienes patrocinaron, organizaron e invitaron a una Conferencia Internacional, o Foro, abierto a toda la sociedad, especialmente intelectuales, políticos y dirigentes sociales que tuvo lugar el jueves 27 de marzo en el Auditorio Avila del Edificio Polar.

La apertura fue hecha por el Decano de la Facultad y por el representante de la Fundación Konrad Adenauer en Venezuela, Dres. Jesús María Casal y Michael Lingenthal, respectivamente, e intervino así mismo el Coronel de Brigada Juvenal Barráez, Director de Inteligencia del Estado Mayor Conjunto.

Las exposiciones estuvieron a cargo de reputados especialistas como el profesor alemán Dr. Torsten Stein, Director del Instituto para la Integración Europea; el Dr. Gustavo Becker, Director Ejecutivo del CIDSEP (Paraguay); la Dra. Bertha García Gallegos de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador; Dr. Arnoldo Ortiz, Comisión Nacional de Justicia de Guatemala y, por último, el Dr. González Sánchez, Secretario de la Universidad Alberto Hurtado de Chile. Cada uno de ellos expuso la experiencia en sus respectivos países sobre el tema.

Luego del intermedio, le tocó intervenir a los expositores venezolanos, los Dres. Tulio Alvarez, Cecilia Sosa y Gerardo Blyde. Se abrió un período de discusión y preguntas quedando las conclusiones y la clausura del acto a cargo de los dos primeros antes nombrados.

Casi fue un día completo donde se precisaron criterios sanos sobre una materia tan delicada como importante para fortalecer la institucionalidad democrática tanto del Continente como en el país.

### ***5.- Código Orgánico Procesal Del Trabajo***

A fin de analizar este Proyecto de Código, se tuvieron varias conferencias en el Auditorio de la Biblioteca, el día 3 de abril del año en curso. La instalación estuvo a cargo del Prof. César Carballo, Jefe de Cátedra de la Facultad. A continuación el Magistrado de la Sala Social, Juan Rafael Perdomo, hizo una reseña histórica y señaló principios del

Derecho Procesal del Trabajo. Continuaron las exposiciones los Magistrados Dres. Alberto Martini Urdaneta y Alfonso Valbuena, ambos integrantes de la Sala Social, quienes expusieron los aspectos mas importantes de este Proyecto de Código.

Después de un ciclo de preguntas de los asistentes, el Prof. Benjamín Klahr, del equipo de Derecho Laboral de la Facultad, procedió clausurar el acto , que contó con favorables comentarios de sus asistentes.

#### **6.- Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (LOPNA)**

Esta Ley, que fue redactada con la activa participación de la Dra. María Gracia Morais, ex Directora de la Escuela y actual Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas, instrumento que ya cumplió un año de su vigencia efectiva.

Como madre que cuida a su hijo, la Facultad y el Instituto quisieron dedicarle tres días (24, 25 y 26 de abril) a revisar las dificultades que se habían detectado en su aplicación. El temario fue muy amplio. El primer día se trataron nueve temas, al día siguientes siete y el último otros siete. Puede decirse que no se quedó ningún aspecto por revisar. Desde la implementación de los órganos administrativos del sistema de protección hasta el nuevo Derecho Penal de adolescentes. Los expositores fueron seleccionados entre profesionales muy calificados en cada tema pero resultaría extenso relacionar nombres y calificaciones. Seguramente la UCAB seguirá cuidando a esta criatura para que se logren los objetivos del Legislador cuando la aprobó. Proteger al niño y al adolescente es proteger el futuro del País.

#### **7.- Jornadas de inducción para nuevos alumnos**

Como todos los años, se efectuó esta Jornada (27-09-01) destinada a introducir a los alumnos nuevos en las actividades de la Facultad y la vida profesional. Sobre la Carrera Judicial les habló la Profesora Josefina Calcaño de Temeltas; sobre el Ejercicio Profesional, el Profesor Joaquín Silveira Ortiz; y sobre Participación Ciudadana y Régimen Municipal, el profesor Carlos Arocha. El Régimen de Exámenes y el Voluntariado fue abordado por la Profesora Lilian Suárez Aguirre. Una forma práctica de abrirles la puerta a la Facultad donde deberán permanecer durante cinco años.

### **8.- Integración regional y las actividades privadas**

En el Auditorio Hno. Lanz se realizaron las Primeras Jornadas sobre Integración Regional los días 24 y 25 de Octubre patrocinadas por la Facultad de Derecho, AUSJAL, el Centro de Investigaciones Jurídicas y la Secretaria General de la Comunidad Andina.

La inauguración estuvo a cargo del Dr. Jesús María Casal, Decano de la Facultad, y los diferentes aspectos del tema fueron abordados por expertos en la materia. Entre ellos, los profesores Adolfo Salgueiro y Asdrúbal Aguiar (UCAB); Otto Boye (SELA); José Guillermo Andueza (Universidad José María Vargas); Ignacio De León (UCAB); Carlos Romero (UCV); Juan Carlos Sainz (UCV) y como moderador actuó Jorge Luis Suárez.

Después de un ciclo de preguntas expusieron los especialistas Camilo Arenas (Corpo-Andina) y Eduardo Pocrelli (Ministerio de Producción y Turismo). Al día siguiente expusieron Jorge Luis Suárez (UCAB), Jorge Castro (Comunidad Andina), Elsa Cardozo (UCV), Hildegard Rondón de Sansó (exMagistrada de la Corte), y Sara Álvarez (Comunidad andina).

La clausura la hizo el Padre Luis Ugalde, Rector de la UCAB. Fue un análisis completo de una materia que cada día tiene mas importancia y actualidad y que llenó las expectativas de todos los asistentes.

### **9.- Curso sobre metodología de la investigación**

Cumpliendo acuerdo del Consejo de la Facultad se dictó un curso sobre este tema destinado a todos los profesores de seminarios, los días 19, 22 y 26 de octubre. Fue abierto por el Decano de la Facultad. El objetivo es capacitar a todos los profesores que orientan los seminarios para que apliquen la investigación y estimulen a los estudiantes a investigar, una actividad que nos proponemos fomentar con la colaboración del Centro de Investigaciones Jurídicas. Los profesores Orlando Álvarez y Freddy Vallenilla, ambos de la Escuela de Educación, dictaron el curso que fue organizado por la profesora María Esther Guía. Con este curso se espera fortalecer la actividad investigativa en la Facultad.

**10.- Conferencia de derecho penal**

El martes 23 de octubre el profesor José Manuel Paredes, de la Universidad de León (España), hizo una exposición muy interesante a profesores de la materia sobre la “Responsabilidad penal por puesta en circulación de productos defectuosos (el caso del aceite de colza)”. Correspondió servir de anfitriona a la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad, habiendo sido organizado dicho evento por el profesor Juan Luis Modolell. Un nuevo aspecto del Derecho Penal que cada día tiene mas importancia.

**II.- PROMOCIONES**

Durante el período terminaron y obtuvieron su graduación, 5 (CINCO) promociones cuya colación se cumplió en Octubre del 2001, para un total de 251 (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN) alumnos , de los cuales resultaron padrinos, los profesores que seguidamente se mencionan para cada una de las secciones del último año de la carrera:

- 5° “A- Diurno” Doctores Luis García Montoya  
Carlos Escarrá Malavé
- 5° “B- Diurno” Doctor Gustavo Mata Borjas  
Pedro Berrizbeitia Maldonado y  
Hermes Harting Rodríguez
- 5° “C-Diurno” Doctores Ramón Escovar León y  
Eugenio Hernández Bretón
- 5° “A- Nocturno” Doctor Adán Febres Cordero
- 5° “B- Nocturno” Doctor Franklin Arriechi

**III.- ACTIVIDADES ESTUDIANTILES**

Estudiantes de la Facultad asistieron al XIV Congreso del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional (COLADIC) que se celebró en Mendoza, Argentina, en abril pasado. Transcribimos una nota importante de la prensa local de Mendoza que nos parece el mejor

comentario, cuyo titular fue: “Propuesta de Jóvenes Venezolanos: Dos representantes de la delegación de Venezuela, Leonardo Brito y Gustavo García, presentaron un trabajo titulado “Derechos económicos, sociales y culturales, experiencia colectiva y participación del estudiante”. A través de ésta se invitó a los jóvenes de las naciones latinoamericanas a tomar parte activa en el desarrollo de sus países. Esta última propuesta resultó acogida por los presentes.

Los jóvenes representantes de Venezuela, manifestaron la necesidad de “crear los medios idóneos para promover la posición activa del estudiante ante la realidad social, política, económica y cultural de los países latinoamericanos, y de esta manera brindar apoyo en la toma de decisiones dirigidas a mejorar la calidad de vida de los pueblos de dicho entorno, institucionalizando de esta forma una matriz generadora de opiniones y soluciones en el estudiantado latinoamericano.

#### **IV.- CONVIVENCIA DE INTEGRACIÓN Y LIDERAZGO**

La segunda “convivencia” con este título del Grupo Compromiso, se realizó en Villa Dolores los días 2, 3 y 4 de noviembre y contó con los siguientes participantes: El equipo de facilitadores, siete alumnos del Grupo con los veintidos alumnos asistentes, todos del primer año. Como acompañantes responsables acudieron la Profesora Carmen Guardia de Bracho y Alexis Villasmil, integrantes del equipo de la Escuela.

La jornada cumplida en ésta ocasión fue todo un éxito, en las mismas se indujo a los nuevos alumnos para su integración a la Facultad a través de convivir en diversos ejercicios de dinámica donde aprendieron participando en actividades previamente seleccionadas. Los asistentes pasan así a integrar y fortalecer esta convivencia que aspiramos sea cada año mas numerosa, aspiración respaldada por el entusiasmo manifestado por todos los participantes.

#### **V.- LOS 40 AÑOS DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO EN LA UCAB**

El día 20 de julio del 2001, en un sencillo, pero emotivo acto realizado en la Dirección de Post-Grados de la Universidad Católica Andrés Bello, se conmemoraron los cuarenta años de haberse iniciado los Cursos



de Post-Grado en la Universidad. El mismo contó con la Presencia del Rector y demás autoridades de la UCAB, el Director de Post Grados, la Directora de los Estudios de Post Grado en Derecho, la del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad , así como con un buen grupo de los Profesores de diversas especialidades, en el mismo se colocó una placa conmemorativa por la dedicación e impulso que prestó a dichos estudios el siempre bien recordado Dr. Fernando Pérez- Llantada S.J., evento que estuvo acompañado de unas sentidas palabras de la Dra. Ana María Guarío.

## **VI.- UN BUEN ÉXITO PARA EL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

Durante el mes de Julio del 2001 uno de los Juzgados de Protección de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, pronunció una importante decisión reconociendo no solo vigencia plena e institucional de la “ Acción de Protección” que contempla la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, sino que como consecuencia de la misma, y para la efectiva protección de los Derechos de los Niños y Adolescentes, se impuso, bajo aprehensión de condena, la inmediata carga para la Alcaldía Metropolitana de proveer en el término de la distancia para garantizar el debido funcionamiento de las dependencias especializadas en el Hospital de Niños de Caracas.

En tanto el Instituto de Investigaciones Jurídicas fue el promotor, coordinador y entusiasta divulgador de dicha Ley, le hacemos llegar nuestras más caras felicitaciones, pues el fallo aludido es la prueba de la efectiva vigencia y valor de ese novedoso instrumento jurídico y destella una luz de ilusión justificada para garantizar la debida protección de nuestros menores y juventud.

## **IN MEMORIAM**

Con tristeza la Revista se ve obligada a reseñar el lamentable fallecimiento de varios conocidos juristas y profesores de Derecho, tanto Extranjeros como Nacionales.

En efecto con profundo sentimiento damos cuenta de la muerte del gran maestro DR. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, procesalista de

destacados méritos, por todos conocido, hijo de la vecina República de Colombia, terruño al que amaba profundamente. Prolijo autor de conocidas obras de Derecho Procesal y Probatorio, grato y cordial amigo, que imponía su alegría hasta en los más serios eventos en los cuales participó.

El maestro Devis en varias oportunidades nos acompañó en la celebración de diferentes eventos de Derecho Procesal en Venezuela, en los cuales siempre supo ganarse el aprecio y afecto de todos cuantos asistían a los mismos.

Paz a sus restos y nuestra sincera condolencia a sus familiares, amigos y al destacado Instituto de Derecho Procesal Colombiano. América perdió uno de sus más importantes hijos de la Academia.

Por igual y con profundo pesar reseñamos la desaparición del Profesor LEOPOLDO BORJAS HERNÁNDEZ, quien fuera durante muchos años “Profesor a tiempo completo” en la Universidad Central de Venezuela, habiéndose desempeñado como tal en las cátedras de Contratos y Garantías y en Derecho Mercantil, tanto en Pre -grado, Especialización y Post Grado, fue igualmente Director de su Instituto de Derecho Privado, y autor de numerosas obras, entre las cuales caben reseñar su trabajo sobre Sociedades Anónimas, Los comerciantes y Los Almacenes Generales de Depósito, entre otras.

Adicionalmente fue el fundador y motor de la Revista de Derecho Privado, la cual mantuvo por más de cinco años en plena vigencia y con material de primera categoría y novedad.

El Profesor Borjas por igual ejerció la profesión como reputado abogado y también se desempeñó como “miembro de número” de la Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas.

Su carácter afable, bonhomía, apego a la investigación y estudio y el respeto a sus colegas y alumnos, hizo que le tuviéramos particular afecto todos cuantos le conocimos y tratamos como Profesor y Amigo.

Reciban sus familiares, en especial su hermano, Profesor Arminio Bórjas H, su sobrino, Profesor de esta casa de estudios, Dr. Arminio Borjas, ex socios y amigos la sentida condolencia de nuestra Revista y Editorial .

Ya para publicación de la Revista, por igual se tuvo conocimiento del fallecimiento del Profesor ANTIGÓNNO DONATTI, ilustre especialista

en Derecho Mercantil, en particular en Derecho de Seguros, autor de conocidas y reputadas obras en dicha materia, varias de las cuales están traducidas inclusive al idioma castellano y fundador y eficaz motor de la Association International de Droit D' Assurances (AIDA) y fundador y Presidente de la AIDA , Sección Italia.

Al reseñar tan lamentable suceso, hacemos llegar nuestra condolencia a sus familiares, alumnos y compañeros de la AIDA, internacional y a su sección Italiana. Paz a sus restos.

### **FUNDACIÓN DR.FERNANDO PÉREZ-LLANTADA SJ.**

Durante el período reseñado, patrocinados por la Fundación se dictaron cursos y Conferencias sobre “Los nuevos procesos de Divorcio y Separación de Cuerpos conforme la LOPNA” realizados en el Ateneo de Caracas, Auditorio del Colegio de Ingenieros de la misma ciudad, patrocinados estos por el Instituto de Formación Laboral.

De igual manera el Profesor Alberto Baumeister T. Director de la Fundación, dictó cursos sobre “ Procesos especiales en la LOPNA, Régimen de discapacitados mayores de edad en Venezuela y Nociones sobre Derecho Hereditario, en los Diplomados de Derecho de Familia y Sucesión patrocinados por el Centro Loyola y la Universidad Católica del Táchira en las ciudades de Barquisimeto y San Cristóbal.

Finalmente, se realizaron Conferencias de actualización sobre el tema “El nuevo modelo de juicio prototipo contemplado en la Ley Orgánica de Protección al niño y al adolescente y los procedimientos especiales contemplados en la misma Ley” en el Colegio de Abogados del Distrito Federal y en Maturín, Estado Monagas, patrocinadas estas por el Colegio de Abogados de esa entidad y su Instituto de Estudios Jurídicos.

El 28 de julio del 2001 con el co- patrocinio de la Delegación del Colegio de Abogados del Distrito Ribas del Estado Guárico, la Fundación realizó las Veladas Jurídicas de Tucupido, iniciándose con un taller sobre la LOPNA, en el cual se analizaron entre otros los siguientes temas: Consideraciones generales sobre la reforma del régimen civil y procesal civil de los niños y adolescentes , el juicio prototipo en asuntos de familia y patrimoniales y los juicios especiales contemplados en dicha normativa.

Las charlas se dictaron en la sede de la Alcaldía y con el apoyo logístico de dicha dependencia municipal y a ellas asistieron un considerable número de colegas y personas interesadas y vinculadas bien a las ADN, a organismos de protección del Niño y el Adolescente, y contaron con la presencia del Dr. Juan D´Angelo Molfese, representante de los entes de protección del Niño y Adolescentes en esa zona.

En el evento se discutieron eventuales nuevos temas para futuras veladas.

### **FUNDACIÓN ROBERTO GOLDSCHMIDT**

El pasado año salió a la luz pública la obra co-patrocinada con la Editorial de la UCAB, Manual de Derecho Mercantil del Profesor Roberto Goldschmidt, puesta al día con la participación de la Profesora María Auxiliadora Pisan y un equipo por ella coordinado y con la activa promoción de los colegas, miembros del Directorio, Dra Angelina Jaffre y Víctor Hugo Guerra.

Para esta fecha ya se encuentra en prensa la segunda edición de la citada obra, ante el éxito de la primera, ya agotada.

Por igual y en colaboración con la Universidad Central de Venezuela, se auspició la publicación del Libro Homenaje a la Profesora Tatiana Maekelt, dilecta y apreciada integrante de la misma Fundación y decidida colaboradora de dicha entidad, el cual ya se encuentra ya por salir a la luz pública.

## **CONGRESOS, JORNADAS Y EVENTOS**

Merece la pena hacer mención entre otros, la celebración de los siguientes eventos, cumplidos y por realizar:

Ya Realizados:

### **1.- Seminario Regional sobre Insolvencia y Derecho Concursal, México**

Durante el mes de octubre del 2000, fue celebrado en ciudad de México, país anfitrión, el Seminario Regional aludido, patrocinado por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Central de México, al cual concurren representantes de toda el área Latinoamericana y en el cual se retomó el interés en una materia de siempre palpitante actualidad, pero que ha permanecido algo al margen de la evolución institucional jurídica en nuestra región, como lo es la de los riesgos de insolvencia, los mecanismos para prevenirla y soluciones para resolverla, así como el tratamiento internacional que debe darse a dichos asuntos.

Obviamente que el resurgimiento de dicho interés tiene especial relación con las crisis asiáticas y de Europa central, las que definitiva han alertado sobre la conveniencia de unificar, remozar y establecer mecanismos acordes a las nuevas realidades económicas con miras a la globalización e internacionalización del comercio.

En las interesantes ponencias, conferencias y debates se esbozaron los sistemas vigentes para prevención y remedio de los efectos de la Insolvencia, Regímenes legales ad hoc para prevenir conducir las crisis de insolvencia, los instrumentos modelos preparados por Uncitral y el Comité legal de los Bancos patrocinadores, así como los Sistemas de Derecho Concursal en la Región y sobre lo cual correspondió a nuestro Director, Profesor Alberto Baumeister Toledo, presentar la ponencia sobre nuestro sistema vigente dentro del temario ad hoc, cuya coordinación y análisis global correspondió al apreciado profesor y colaborador con nuestra publicación, Dr. Adolfo Rouillón, Magistrado Judicial Argentino y catedrático en la Universidad del Rosario, prestigiosa entidad educativa de ese país hermano, en la cual, por cierto, se dicta una modalidad de la

carrera de Derecho, especialmente diseñada para prestar integralmente servicios legales en el ámbito empresarial.

El Seminario fue una indescriptible oportunidad para intercambiar ideas sobre la problemática de la insolvencia, en particular sobre los modos y tratamiento para su prevención y analizar las nuevas normativas existentes sobre el tema.

Como siempre, los colegas Mexicanos, anfitriones, desplegaron sin número de atenciones al grupo de visitantes.

## **2- Primer año de vigencia efectiva de la LOPNA**

Como se lo anuncio en las Noticias de la Facultad, durante los primeros meses del 2001 reseñamos la celebración del primer aniversario de la efectiva vigencia de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, evento felizmente conmemorado con unas Jornadas y la publicación de un interesante libro que contiene varias de las conferencias que fueron dictadas con ocasión de la celebración del evento.

La Obra estuvo bajo la coordinación del Dr. Cristóbal Cornieles Perret Gentil y recoge las intervenciones realizadas durante las Segundas Jornadas sobre la LOPNA, entre otros los temas analizados fueron: Avances y desafíos en la implementación de los órganos administrativos (aspectos institucionales, judiciales, del Ministerio Público y la sociedad), el examen de la consagración de los derechos y deberes en el nuevo texto constitucional, la naturaleza, operación y objetivos de los Consejos; la comparación de conceptos de interés del menor y el interés Superior de niños y adolescentes, nuevos procedimientos, Adopción, temas diversos sobre responsabilidad penal, normativa aplicable, nuevos principios, aspectos hermenéuticos, y programas socio educativos en la Ley, etc. los cuales fueron desarrollados entre otros por los colegas Cenaida Ortega de Perozo, Fernando Pereira, Laurence Quijada, Cristóbal Cornieles Perret Gentil, Carmen L. Reyna de Roche, Nelly del Valle Mata, Jorge L. Suárez, Jorge Moreno, Víctor Hernández M, Paolo Longo, Marcos Carrillo, Haydée Barrios, Georgina Morales, Helio Requena, Magali Vásquez y Maria G Morais, entre otros.

### **3.- XVI Congreso Nacional De Derecho Procesal Argentino**

Del 13 al 16 de junio bajo el patrocinio de la Universidad Católica de Cuyo, la Asociación Argentina de Derecho Procesal y la Asociación de Abogados de San Juan, se llevó a cabo la celebración de este importante evento en la provincia de San Juan, Argentina, al cual concurrieron unos 1.200 participantes, se consignaron las ponencias remitidas en dos ejemplares de unas mil paginas cada uno, y cuyo temario central lo fue

El evento lleno de aciertos, fue una grata oportunidad para el intercambio de ideas sobre la materia procesal civil, administrativa y penal en el que se hizo presente lo más granado de la doctrina actual Argentina, Chilena y Uruguay y en el que se departieron gratos momento de amistad.

En verdad quedamos gratamente impresionados por la calidad de las ponencias, por el magnífico trabajo de los relatores y la calidad hospitalidad de los San Juaninos, como se autodenominan los colegas y lugareños de esa región que nos hará imborrable tan grata oportunidad y evento.

Nuestro Director de la Revista, asistente al evento, no solo ratifica por este medio su agradecimiento a los organizadores y a todos cuantos le prestaron su grata asistencia y le depararon amistad, sino que pone a disposición de los apreciados colegas procesalistas argentinos, las páginas de nuestra Revista.

### **4.- Congreso Colombiano de Derecho Procesal**

Entre el 13 y 15 de septiembre del 2001, se realizó en Pereira-Colombia el XXII, Congreso Colombiano de Derecho Procesal, auspiciado por el destacado Instituto Colombiano de Derecho Procesal, tal como nos lo hiciera conocer la Dra. Ana Giacometto, del Directorio del mismo por intermedio de comunicación cursada al Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Anzoátegui, a cargo de los estimados colegas Gómez Fermín y Díaz Centeno.

Deploramos no haber podido dar la pertinente información con la anticipación necesaria.

## **5.- Jornadas De Tributación Municipal Internacional, Primer Seminario Internacional de Tributación Municipal**

Durante los días 26 y 27 de septiembre de 2.001, se llevaron a cabo en la Universidad del Salvador, cita en la calle Tucumán 1845 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Seminario Internacional titulado *“El Régimen Tributario de los Gobiernos Locales. Análisis comparado y propuestas de reforma”*, el cual ha sido organizado en forma conjunta por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador y el Instituto Provincial de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires.

En el evento se contemplaron y discutieron entre otros temas las siguientes materias específicas: *“La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su status jurídico tributario”* y *“Las tasas: problemas concretos. La razonable proporcionalidad entre el costo del servicio y el monto de lo recaudado. Aspectos probatorios. Tasas debidas por entes públicos”*.

En tanto, en el Seminario principal se abordaron entre otros los siguientes temas: I. “La Hacienda Local en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La autonomía local y los principios constitucionales de la tributación municipal”, II. “Tributos municipales. Especial referencia a las tasas. Las contribuciones por mejoras” y, III. “Administración tributaria municipal: los problemas de la gestión, fiscalización y recaudación de los tributos municipales”.

Estuvieron como Profesores invitados, los Profesores españoles Dres. Gabriel Casado Ollero y José Ignacio Rubio Urquía, quienes disertaron sobre “La Hacienda Local en la Constitución y en la Jurisprudencia Constitucional Española” y “La gestión, fiscalización y recaudación de los tributos municipales en España”, respectivamente, y el costarricense Dr. Adrián Torrelba Navas, quien expuso sobre la “Problemática y experiencia costarricense” en materia de tasas municipales. Como profesores nacionales intervinieron los Dres. José O. Casás, Enrique G. Bulit Goñi, Rodolfo R. Spisso, Remes Lenicov, Esteban J. Urresti, Alejandro Altamirano, José M. Sferco, Juan Manuel Álvarez Echagüe, Horacio G. Corti, Gustavo J. Naveira de Casanova, Pablo J. M. Revilla, Ignacio E. Vitelleschi, Aníbal Oscar Berteza, Pablo S. Varela, Salomón Wilhelm y Horacio Larcamon.



## **6.- Congreso Argentino de Informática Jurídica**

Durante el mes de Octubre del 2001, en San Juan, Argentina (Los aportes de la tecnología informática al servicio del Derecho y la Justicia) se cumplió dicho evento bajo el lema “El Derecho frente a las problemáticas que plantea la tecnología informática”, con los siguientes Paneles específicos: **Panel de habeas data, panel de documento electrónico y panel de comercio electrónico.**

## **7.- Evento Anual de Seguros. Patrocinado por la Cámara de Aseguradores de Venezuela**

Realizado del 3 AL 5 de octubre del mismo año en el Estado Nueva Esparta, Margarita, Venezuela, y en el que estuvieron presentes la mayoría de los representantes de las entidades y empresas vinculadas al Sector, así como la representación del ente de Control y Vigilancia y se abordaron temas tales como: Nuevas perspectivas en el Reaseguro, Delincuencia y Seguridad Ciudadana, Reforma y planificación en materia de educación y formación sobre Seguros, Aspectos relevantes de la Reforma propuesta a la Ley que regula la actividad Aseguradora y Reaseguradora, entre otros.

## **8.- VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa**

Cumplido en Rosario, Santa Fe , Argentina , entre el 4 y 6 de Octubre del 2001

## **9.- VIII Jornadas Lic. Miguel José Sanz. (Amparo, Proceso, Poder Cautelar y la Tutela Constitucional Anticipativa en Ibero América)**

Realizadas en Valencia, Estado Carabobo, Venezuela, 18 al 20 de Octubre , patrocinadas por el Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, en las cuales se abordaron diversos

temas de Derecho Constitucional, Proceso de Amparo y Derecho Procesal Constitucional, con la participación entre otros de los Drs. Rafael Ortiz Ortiz, Paolo Longo, Iván Pérez Rueda, Alberto Baumeister Toledo y especialistas en materia de Derecho Constitucional y Amparo de toda Venezuela.

### **10.- IV Jornadas Anuales de Derecho de Seguros patrocinadas por Funesse y Avedese/Aida**

Realizadas los días 23 y 24 de Octubre del 2001, en Caracas, Venezuela, Seguros Nuevo Mundo, y cuyas ponencias examinaron los siguientes temas: Aspectos de la reforma de la Ley de la Actividad a cargo de Alberto Baumeister Toledo, Contratación electrónica a cargo de la Dra. María A. Rachadell, Seguros en el exterior a cargo de José A. Giral Pimentel, Acción directa del tercero en la Responsabilidad Civil Automóviles, a cargo de Alberto Baumeister T, Indexación en las condenas contra aseguradoras, a cargo del Dr. Enrique Lagrange, Nuevo régimen de transporte Marítimo y su aseguramiento a cargo del Dr. Luis Cova Arria, Protección del Asegurado a cargo del Dr. Carlos Acedo Sucre, Instrucción en materia de Seguros a cargo de Urbano Simón Rodríguez .

### **11.- Segundo Foro Brasileiro de Derecho de Seguros**

Porto Alegre, Brasil del 1 al 3 de noviembre del 2001. Temario: Riesgo sociedad y justicia, Fiscalización de las empresas de Seguro y previsión, Calificación Jurídica de los Fondos de Previsión, Co-aseguro tradicional y su práctica contemporánea, Responsabilidad de los Corredores, El seguro de Crédito y Garantía en Derecho Comparado, La mora del asegurador y La prueba indiciaria en la prueba del fraude. Los conferencistas pertenecen a diferentes países del entorno americano y europeo.

## **12.- Congreso Nacional Argentino sobre Justicia de Menores y Familia y las políticas públicas**

Noviembre 5 Y 6 de noviembre del 2001, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

## **13.- Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA): Caracas 7 al 9 de noviembre de 2001, temario**

Derecho Administrativo general y especial, Contencioso Administrativo: Procedimientos administrativos, Recursos administrativos Recurso por abstención o carencia. Organización Administrativa. Régimen de los funcionarios públicos. Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

## **14.- VII Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros (AIDA – CILA)**

En Rosario, Argentina, se llevó a cabo del 7 al 10 de noviembre de 2001 cuyo temario y organización fue como sigue: EL ASEGURAMIENTO DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO” (País expositor: Chile; coordinador Honduras.) ; SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL REASEGURADOR FRENTE AL ASEGURADO” (País expositor: Colombia; Coordinador, Paraguay.);“TENDENCIAS DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL SIGLO XXI” (País expositor: México); “LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL ASEGURADO. FUNCIONES Y EXPERIENCIA” (País expositor: Brasil; Coordinador, Uruguay); “NUEVAS MODALIDADES EN EL SEGUROS DE PERSONAS” < Seguros de sepelio, de salud y de dependencia> (País expositor: Argentina; coordinador Costa Rica.); “EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA DIRECTORES, ADMINISTRADORES Y GERENTES DE SOCIEDADES COMERCIALES”(País expositor: España, Coordinador Perú.)

## **15.- Seminario Técnico Regional de Centro América y el Caribe de la Asociación Panamericana de Empresas Afianzadoras y Aseguradoras de Crédito (APFA), Tegucigalpa, Honduras 19 y 20 noviembre del 2001.**

Temario: Suscripción de riesgos en Fianzas (Claudio Mere, Argentina); Reservas y registros contables (*Rodrigo Campero Peters (Mapfre Garantías y Crédito S.A., Compañía de Seguros - Chile)*), Contra garantías (*René Montes de Oca (Fianzas Atlas S.A. - México)*) Reafianzamiento (a cargo de especialista de la Swiss Re- Suiza), Fronting (*Rodrigo Campero Peters (Mapfre Garantías y Crédito S.A., Compañía de Seguros - Chile)*) Taller: caso práctico de análisis del afianzado (*Claudio Meré (St. Paul Argentina, Compañía de Seguros S.A. - Argentina)*), Tipos de fianzas (*Carlos G. Krieger (Aurea Seguros S.A. - Brasil)*) Análisis de las diversas legislaciones en la región Centroamericana(expositor por confirmar) ,Tramitación de Reclamos (*Rodrigo Campero Peters (Mapfre Garantías y Crédito S.A., Compañía de Seguros - Chile)*)

## **16.- Primeras Jornadas de Derecho Procesal Administrativo**

Caracas, Sede del Tribunal Supremo de Justicia, 23 de noviembre del 2001, Patrocinadas por La Asociación Venezolana de Derecho Publico (AVDP) y el Tribunal Supremo de Justicia. Tema Central: La Reforma del Contencioso Administrativo. Expositores: Magistrados Levis Ignacio Zerpa, Yolanda Jaimes Guerrero, Hadel Mostafa Paolini, Humberto Briceño Leon, y participación de los Abogados Maria Luisa Acuña, Víctor Hernández Mendible y Román José Duque Corredor.

## **17.- V Congreso Internacional de Comunicaciones y Derecho**

Patrocinado por el Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal. Caracas, 24 al 30 Noviembre 2001 en el cual se examinaron los siguientes temas:: Nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos.

La automatización de la Justicia y sus alcances en Venezuela. La actuación del Ministerio Público en los delitos electrónicos. Transferencias electrónicas. Delitos Electrónicos. Ley de Correo Electrónico de España. Libertad de Expresión Vs. Información veraz. Utilización de Internet en la actividad jurídica. El correo electrónico en comunidades cerradas Vs. la nueva Ley de mensajes de datos y firmas electrónicas. Comercio Electrónico. Privacidad e inviolabilidad de las Telecomunicaciones. Organismos Multilaterales como promotores en la modernización de los Sistemas de la Administración de Justicia. El Régimen de la Libre Competencia y la apertura de las Telecomunicaciones. Gobierno Electrónico. Decreto 825.

### **18.- Reunión Regional Lationamericana de la Cámara de Comercio Internacional**

Caracas 29 y 30 Noviembre 2001. Patrocinada por la Cámara de Comercio de Caracas y la Comisión de Arbitraje Internacional de la ICC Venezuela. Temario general: SESIÒN PLENARIA I "COMERCIO E INVERSIÒN EN AMÈRICA LATINA" Resultados de la Reunión MINISTERIAL de la OMC en Qatar y sus implicaciones para América Latina. *Financiamiento para las inversiones y el desarrollo en América Latina*. SESIÒN PLENARIA II : "TELECOMUNICACIONES".- *Sociedad Global de la Información, Desarrollo Andino de la Telecomunicaciones*, Proyecto Satelital Simón Bolívar, Telefonía Celular del Futuro: Tercera Generación.- SESIÒN PLENARIA III "ARBITRAJE INTERNACIONAL" *Experiencias de Arbitraje en Latinoamérica, Arbitraje en el Sector Público*.

### **19.- VII Jornadas sobre Federalismo, Descentralización y Municipio**

Las cuales tuvieron lugar en Mérida, Venezuela, los días 5, 6 y 7 de diciembre de 2.001. Patrocinantes: Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales de la Universidad de Los Andes.. Temario central: «Avances y Retrocesos del Proceso de Descentralización en América Latina».

## **Año 2002.**

### **1.- Jornadas de examen de la Nueva Legislación en materia de actividad aseguradora y reaseguradora**

24 de enero del 2002, Caracas, Venezuela, patrocinadas por AVEDESE-AIDA y la Cámara de Aseguradores y Reaseguradores de Venezuela, Caracas, cuyo temario y expositores fueron: Filosofía de la reforma y nuevas instituciones, por Alberto Baumeister T, Nuevos procedimientos en la Ley por Carlos Acedo Sucre, Tratamiento de las Fianzas en la nueva Ley, a cargo de Urbano Simón Rodríguez, El Contrato de Reaseguro y la nueva regulación legal, a cargo de la Dra. Alicia Salas Abad, Nueva normativa para los Intermediarios de Seguros, Dr. Oscar Paz Paredes, Algunos tópicos concretos de la nueva Ley en materia de Corretaje, Dr. Juan Francisco Ramírez y Sanciones, delitos, tipología y sistema punitivo en la nueva Ley a cargo de la Dra. Norelis Carmona.

### **2.- Seminario sobre la Nueva Regulación en materia de Registros y Notarías**

Patrocinado por la Fundación de Estudios de Derechos Administrativo (Funeda), Caracas, 25 de enero del 2001, cuyo temario estuvo a cargo de los Profesores, Pedro Alid Zoppi, Aspectos generales de la reforma, Luis Aquiles Mejía, encuadramiento de los nuevos sistemas en materia de Registro Inmobiliario en los sistemas Registrales en el Derecho Comparado, Régimen General de la nueva Ley en materia de Registro Civil, Inmobiliario y Mercantil, a cargo del Dr. Adán Fébres Cordero y el nuevo régimen notarial y sus principios a cargo del Profesor Alberto Baumeister Toledo. Al final del evento se realizó una mesa redonda, con Notarios, Ex notarios y la ex Registradora de la Propiedad Industrial, Dra. Haydée Maradey con los conferencistas y público asistente.

**EVENTOS POR REALIZARSE. AÑO 2002**

**1.- VI Jornadas Internacionales De Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carias"**

Patrocinadas por FUNDACIÓN ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA) Temario Central: " EL NUEVO SERVICIO PUBLICO: Actividades Reservadas y regulación de Actividades de Interés General (Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Radiodifusión)

CINCO AL OCHO DE MARZO DEL 2002, 8am. a 5 pm. -CARACAS, VENEZUELA, Auditorio del TelePort.

Expositores Internacionales: (Argentina) Oscar Aguilar Valdez y Alberto Bianchi ; (Brasil) Romeu Felipe Barcella Filho; (Colombia) Sandra Morello R., (España) Gaspar Ariño Ortiz, Jesús González Pérez, Tomas de la Quadra Salcedo y Luciano Parejo Alfonso., (Francia) Pierre Subra de Bieusses.

Expositores Nacionales: Allan Brewer C, Gustavo Urdaneta, Gustavo Grau, Gustavo Linares Benzo, Maria Amparo Grau, José Araujo Juárez, Miguel Mónaco, Rafael Badell, Hildegard Rondón de Sansó, Gabriel Ruán, Luis Ortiz Alvarez, Armando Giraud, José Valentín González, Rafael Chavero, Dolores Aguerrevere y Beatrice Sansó de Ramírez.

**Inscripciones e información** (con valor preferencial antes del 20-2-02) Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda) Av. Tamanaco, Edif. Inpres, Sótano 3, El Rosal, Caracas, Telefax: 58-212-9531995- 2665

**2.- Jornadas Internacionales de Derecho Civil auspiciadas por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 9 al 11 de abril del 2002 Aula Magna, Universidad Católica Andrés Bello, La Vega, Venezuela.**

**Homenaje al Profesor JOSE LUIS AGUILAR GORRONDONA.**

**Temario:** Contratación por Correo Electrónico, Franquicias, Pacto Comisorio, Ley de Multipropiedad y tiempo compartido, Problemas

jurídicos de la Reproducción asistida, Las Uniones de Hecho y la nueva Constitución Nacional, Nueva Ley de Registros y Notarías, Ley de Tierras, Nueva Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, Subrogación del Acreedor en los derechos del deudor con arreglo al Artículo 1345 del C. Civil, Nueva normativa de protección de la mujer y la familia, Adopción en la LOPNA.

Expositores Internacionales: Luis Diez Picazo, Rodrigo Barcia, Horacio Castro y Marcial Rubio.

Expositores Nacionales: Román José Duque Corredor, Enrique Lagrange, Alberto Baumeister Toledo, Oscar Ochoa Gómez, Jorge Aguilar G, Uxúa Ojer San Miguel, María de Lourdes Viso, Pedro Planchart Pocaterra, Gilberto Guerrero Quintero, Rafael Bernad Mainar, Enrique Urdaneta Fontiveros, Víctor Hugo Guerra.

**Inscripciones Información:** Escuela de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Montalbán, La Vega, Caracas, Venezuela,. Tlf (58-212) 4074192 al 97, Fax: (58-212) 4074397 . CON VALOR PREFERENCIAL HASTA EL 15 DE FEBRERO DEL 2002. (Solo se aceptarán Inscripciones hasta el 30 de marzo 2002).

### **3.- Tercer (III) Congreso de Derecho Procesal del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (INVEDEPRO)**

El cual será realizado en **Homenaje a los Drs. Hernando Devis Echandía y José de los Santos Michelena** y su objetivo central será “ PROCESO Y PRUEBAS” a realizarse **en VALENCIA, ESTADO CARABOBO, Venezuela, 31 de mayo y 1º de Junio del 2002.**

Expositores Internacionales (tentativa por confirmar) : Jaime Greif –Uruguay-; Raúl Canelo S - Perú-; Jairo Parra Q – Colombia, entre otros.

Expositores Nacionales: José Rodríguez U, Rafael Ortiz O., Marióloga Quintero, Mario Pescifeltri M, José Araujo Juárez, José P. Barnola Q, Georgina Morales, Luis Aquiles Mejía, Nilyan Santana, Alberto Blanco Uribe y Alberto Baumeister T, también entre otros..

**Mayor información** en INVEDEPRO Att. Dra. Nilyan Santana, Tlf. (58-212) 7622655, Fax (58-212)-7617472 y por la página Web : [www.invedepro.org](http://www.invedepro.org)



#### **4.- ENcuentro de Derecho Procesal Europeo e Ibero Americano**

Patrocinado por el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la Università "Tor Vergata"*, de Roma, (dirigido o por el Prof. Sandro Schipani), **Roma los días 16 a 18 de mayo de 2002.**

Temario: 1. Azioni popolari e azioni per la tutela di interessi collettivi: Humberto Theodoro Junior (Brasil) y José Ovalle Favela (México). 2. Esecuzione dei diritti e attuazione dei provvedimenti: José Luis Vázquez Sotelo (España) y Nelson Ramírez Jiménez (Perú). 3. Costi, tempi, efficienza dei sistemi di giustizia: Jorge Walter Peyrano (Argentina) y Alberto José Baumeister Toledo (Venezuela). 4. Il codice modello in America Latina e in Europa: Luis María Simón (Uruguay).

**Mayor Información: Invedepro** a la atención de la Dra. N. Santana Telf. 7622651., o por el email [albato@cantv.net](mailto:albato@cantv.net).

#### **5.- X Jornada Nacional de Derecho de Seguros (y III Jornada Jornada Latinoamericana de Derecho de Seguro)**

La Plata, Argentina, 5 al 7 de septiembre del 2002, Organizadas por el área Académica del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Instituto de Derecho de Seguros del mismo Colegio y la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, Rama Argentina de la AIDA.

Temario: El Contrato de Seguro, Seguros contra Responsabilidad Civil, Seguros de Personas, Seguros de Riesgos del Trabajo, Las Aseguradoras y su Control. El Contrato de Reaseguro y la Intermediación en los Contratos de Seguro y Reaseguros.

Información en la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, Att. Dr. Claudio Horst Speyer ([cspeyer@fibertel.com.ar](mailto:cspeyer@fibertel.com.ar)) y AVEDESE-AIDA (Venezuela) E mail [albato@cantv.net](mailto:albato@cantv.net)

## **6.- Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal**

Bajo el patrocinio del Instituto Ibero Latinoamericano de Derecho Procesal y el destacado Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, serán realizadas en Montevideo, Uruguay del 16 al 18 de Octubre del 2002 (Vid Bol 1-01 y 8-02)

Mayor información: INVEDEPRO, Att. Dra. Nilyan Santana 7622651 al 55 o por el E mail [albato@cantv.net](mailto:albato@cantv.net) .

## **7.- Congreso Mundial de Derecho de Seguros**

(Patrocinado por la Asociación Internacional de Derecho de Seguro (AIDA) .New York, 20 al 25 de octubre de 2002.

Mayor información : Avedese, [albato@cantv.net](mailto:albato@cantv.net) .

### **EVENTOS DEL AÑO 2003**

## **XII Congreso Mundial de Derecho Procesal: Veracruz, México, entre el 21 y 26 de septiembre del 2003**

Mayor Información: INVEDEPRO (Att. Dra. Santana 212-7622651/55), o por el email [albato@cantv.net](mailto:albato@cantv.net) .

### **EVENTOS DEL AÑO 2004**

## **Congreso Mundial de Derecho de Seguros patrocinado por Aida. Buenos Aires, Argentina.**

Temario y mayor Información: Avedese 7622651 al 55 y Email: [albato@cantv.net](mailto:albato@cantv.net).

## ACTUALIDAD JURÍDICA

Como en oportunidad anterior, en la mesa de la Dirección dialogamos entre otros con los colegas, Fernando Fernández, Jorge Luciani y Julio Rodríguez B, y entre otros temas abordamos los relacionados con La Pena de muerte, Normas para prevención y control del Lavado de Dinero, y Algunos cambios en la nomenclatura y conceptos en Derecho Mercantil, entre otros, y que por su interés y actualidad, reproducimos a continuación:

### El libelo de la demanda civil

José Andrés Fuenmayor

No esperen ustedes de esta exposición sino el trato informal, y poco académico, de un análisis no de lo que es libelo de la demanda desde el punto de vista doctrinario, sino más bien el de un intento de estudio anatómico en vez de sobre un cuerpo humano sobre una pieza procesal. No trataremos de conceptualizar con profundas meditaciones el cómo y el por qué del libelo de la demanda. No vamos a partir del examen de si él es un acto petitorio de que se declare la existencia de una voluntad concreta de la Ley en una relación jurídica propia o si es el ejercicio de un derecho subjetivo público solicitando la tutela jurídica del Estado. Nosotros lo que vamos a imaginarnos es que esta figura procesal explota y nosotros estamos atentos para examinar sus componentes. Es lo que un jurista norteamericano con su sentido práctico de las cosas y del lenguaje denominaría una *exploded view*. Para ello nada más indicado que partir del tríptico latino del contenido de la demanda:

*quis, quid, coram quo, quo a iure petatur et a quo, ordinem confectum quisque libellum habet*

Quién soy, qué pido, contra quién, con qué derecho y a quién pido son los elementos ordinarios para redactar un libelo de demanda.

Pero no nos dejemos engañar por la simpleza de esta tríptico, él encierra todo un conjunto de requisitos e indicaciones que son la base fundamental para soportar todo el juicio. Hay juicios que se pierden con el libelo de la demanda, o mejor dicho con su confección. El examen

detenido de esta disección del libelo nos va a permitir verlo desde otro punto de vista.

La evolución del proceso no nos permite arrancar este análisis del Derecho Romano, porque aun cuando podamos considerar como antecedente remoto del libelo el sistema formulario romano, éste se ha separado tan profundamente de él que podemos decir que no existe similitud alguna entre ellos. No hay punto de comparación entre la *in jus vocatio* romana y el actual libelo de la demanda.

## I

Hechas las consideraciones anteriores vamos a entrar en el campo del cometido que nos hemos impuesto ¿Qué debemos hacer para ello? ¿Una glosa del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil? ¿o más bien una observación y análisis desde afuera del conjunto de las exigencias del artículo 340? Yo creo preferible el último camino.

Vamos a partir del examen de la siguiente pregunta: ¿Qué quiere el demandante? Es obvio que quiere hacerle ver al Juez una historia que sucedió. Algo que pertenece al pasado. Por tal razón el proceso es una investigación histórica que realiza el Juez para ver si lo que le dicen el demandante y el demandado es verdad o, si es verdad lo que le dice uno de ellos o los dos, total o parcialmente.

Esa historia que el demandante plasma en su libelo tiene como objetivo suscitar en la mente del Juez unas imágenes. Cuando el demandante narra en su libelo con profunda vehemencia las escenas de dolor de la viuda de la víctima de un accidente de tránsito, lo que quiere es que el Juez viva como si fuera ella aquellas escenas. Es como si fuera una película que se le está pasando y el Juez está viendo y lo conmueve casi hasta hacerlo llorar, y digo casi porque las lágrimas brotarán o no de acuerdo con la intensidad dramática del demandante. Cuando le narro al Juez lo que está viviendo la mujer abandonada, y sus tres hijos, de acuerdo con la penetración de mi narración en la mente del Juez la pensión alimentarla que fije será mayor o menor.

El libelo de la demanda es exactamente eso, la narración de una historia que supuestamente ocurrió y que el Juez debe aceptar inicialmente como se la narran, pero que no la tendrá por definitivamente ocurrida

hasta que se lleve a su ánimo la convicción de que realmente sucedió como se le ha contado. De esa historia al final el Juez descartará los hechos que para él no tengan trascendencia en lo ocurrido, como el color del automóvil que atropelló a la víctima. Sin embargo, aun estos hechos que a primera vista pudieran parecer intrascendentes no pueden ser descuidados en la narración del demandante pues todos sabemos que es más fácil no ver un carro de color gris que se aproxima que uno de color amarillo intenso. (En el primer caso hay más posibilidades de que la víctima no tomara precauciones que en el segundo caso).

*Conclusión:* la historia sucedida que se narra en el libelo de la demanda debe ser tan clara como el agua para que el Juez la fije en su mente. Esa historia debe serle contada al Juez en un escrito con letras grandes, un poco separadas y con caracteres de fácil lectura. ¿Saben por qué? Porque hay un gran número de jueces que están precisamente en la edad en que las letras comienzan a ponerse borrosas y bailan un poco sobre el papel aun cuando no se estén moviendo. Si ustedes utilizan caracteres que puedan apretujarse hasta poderse colocar setenta o más caracteres en un renglón posiblemente estarán haciendo una economía en timbres fiscales, pero estarán dilapidando la buena disposición de ánimo del Juez para leer lo escrito en el libelo. Una buena práctica para saber si un libelo de la demanda es claro e intelegible es dárselo a leer a una persona que no conozca el caso y preguntarle después que dice. Si hay una narración inconsistente o dudas sobre algunos puntos es mejor corregirlos. Esta recomendación es también valedera al redactar un contrato.

En ese escrito hay que valerse de todos los medios necesarios para lograr hacer énfasis en determinadas cuestiones, desde el uso de un resaltador amarillo, (oigan bien, amarillo, que es lo que más destaca), hasta el doble subrayado con tinta roja y negra. La hoy denominadas “negrillas” no deben convertirse en sustitutas de lo anterior porque ya se usan tan frecuentemente que han perdido parte de su efectividad. El libelo de la demanda debe ser redactado de la manera más clara y sencilla como para que lo entienda tanto una persona muy inteligente como otra que no lo sea. El uso del idioma y de las formas gramaticales deben observarse lo más ajustado posible a su ortodoxia porque de acuerdo con el artículo 4º del Código Civil a las palabras se les debe interpretar según su significado propio (expuesto en el Diccionario de la Real

Academia Española), y la conexión de ellas entre sí (Gramática Castellana). Si queremos hacer gala de erudicción citando textos latinos o en idiomas extranjeros, éstos deben ir acompañados de la correspondiente traducción entre paréntesis. Trasladar un contrato completo dentro del libelo de la demanda y muy especialmente si ésta es una traducción de un contrato de los Estados Unidos buscando evitar un defecto de forma de la demanda, es una mala práctica. Esos contratos de veinte y más páginas llenas de términos propios de la justicia norteamericana, pero no de uso en Venezuela, no deben tener cabida en el libelo de la demanda.

Tampoco deben usarse, ni remotamente, términos injuriosos, insultantes, vulgares o soeces, aun cuando así lo permita el artículo 449 del Código Penal. Al Tribunal se le debe respeto y hay que mantener el decoro hacia la persona del Juez.

De la habilidad para redactar el libelo de la demanda depende un gran porcentaje para el éxito en la lid judicial.

De la medida exacta en la narración de los hechos que puedan articularse a las pruebas, que ya conocemos como las que van a ser utilizadas en la secuela del juicio, depende también gran parte del éxito, pues si nos excedemos en el planteamiento y narración de hechos podemos encontrarnos posteriormente con que las pruebas que tenemos no son eficientes o suficientes para cubrir la gama de todos los hechos narrados prolijamente en el libelo. Entre más conciso, breve y claro sea el libelo más fácil será el trayecto de la pretensión hasta llegar a la obtención de la sentencia favorable. Por la boca muere el pez, dice el refrán, y podríamos decir que por la pluma pueden perderse muchos juicios.

Acuérdense que debe haber una simbiosis perfecta entre los hechos narrados y el supuesto de hecho de las normas que invocaremos para que sean aplicadas, si no hay tal simbiosis la demanda resultará declarada sin lugar.

Igual atención debemos prestar, ya no a la narración de los hechos solamente sino, también, a que los hechos que estamos invocando como sucedidos constituyan y encajen como supuesto de hecho de las normas jurídicas que resolverán la controversia. Cuando ustedes han narrado bien los hechos y las pruebas, el Derecho se aplica solo y el Juez sólo tiene que declararlo.

Cuando citen la opinión de un autor o una jurisprudencia no se olviden de anexar una fotocopia del libro de donde lo extrajeron, incluyendo la carátula.

Hechas estas primeras observaciones pasemos ahora, aun cuando sea brevemente, a examinar algunos aspectos del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

## II

### Artículo 340 del Código de Procedimiento Civil

El libelo de la demanda deberá expresar:

- 1º. La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda.
- 2º. El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tienen.
- 3º. Si el demandante o demandado fuere una persona jurídica la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro.
- 4º. El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales.
- 5º. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa la pretensión, con las pertinentes conclusiones.
- 6º. Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.
- 7º. Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de éstos y sus causas.
- 8º. El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder.
- 9º. La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174.

a) Este artículo se corresponde con el 237 del anterior Código de Procedimiento Civil el cual traigo a colación y lo copio por lo que veremos más adelante. El texto del artículo 237 decía textualmente:

“En el libelo de demanda se expresarán, sin abreviaturas, el nombre, apellido y domicilio del demandante y el carácter con que se presenta; el nombre, apellido y domicilio del demandado y el carácter con que se le demanda, si no lo fuere personalmente; el objeto de la demanda y las razones e instrumentos en que ésta se funde.

La cosa que sea objeto de la demanda deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuera inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales.

Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, se especificarán éstos y sus causas.

Como observarán ustedes con el más simple análisis de ambas disposiciones legales, llegamos a la conclusión, de que la disposición actual, técnicamente es más completa, e introduce nuevos elementos en la composición del libelo tales como la identificación total de las personas jurídicas y el domicilio procesal. Estos aparentemente insustanciales requisitos, tienen una proyección en la secuela del procedimiento y futuro del juicio. La una para evitar excepciones dilatorias y la otra para evitar totalmente la insana práctica de evadir citaciones y notificaciones con un reflejo totalmente negativo en la celeridad del juicio. También introdujo el artículo actual como requisito del libelo el *et a quo* del dístico latino: a quién pido... Aquí comienza nuestra primera observación. Con la introducción del sistema de los Jueces Distribuidores u Oficinas de Distribución ¿a quién debo pedirle? Cuando el actual Código entró en vigencia no existían tales Oficinas y los mismos Jueces se rotaban en la labor de distribuir los expedientes a los diferentes Tribunales. Esta práctica de la distribución, como ustedes saben, ha traído consigo innumerables irregularidades, y ninguna de las medidas adoptadas, ni los sistemas impuestos han sido efectivos en un ciento por ciento para cumplir con la imparcialidad perseguida en la designación del órgano judicial. Las Resoluciones del Consejo de la Judicatura sobre la materia son constantemente vulneradas y sólo sirven para cubrir con un manto de legalidad la determinación del *et a quo*. La fórmula de Ciudadano Juez Distribuidor de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial



de..... deberíamos sustituirla por la de Ciudadano Juez Designado de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial por..... y, por lo menos sinceraríamos la situación.

Los datos del demandante y demandado no estarán completos sin hacer la manifestación del carácter con que se actúa. No olvidemos que muchas veces el demandante o el demandado no actúan en su propio nombre y por sus propios derechos, sino por otro. Por tal razón debemos tener muy presente lo dispuesto en los artículos 169 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, las disposiciones del Código Civil sobre tutoría, inhabilitación e interdicción; sobre sociedades civiles, mercantiles y comunidades en sus respectivas leyes, las de los funcionarios del Estado y, en general, toda disposición especial legal sobre representación de personas naturales y jurídicas. Aquellas personas que se hacen pasar por representantes de una persona jurídica sin serlo pueden incurrir en delito penal que puede ir desde la simple atestación ante funcionario público hasta la estafa. El contrario acucioso no va a dejar pasar una oportunidad como ésta.

En cuanto a la designación del domicilio procesal no hay el peligro de que se indique uno falso pues cualquier citación o notificación que se practique en el indicado consumará legalmente ésta. Pero en el caso de que se indique un domicilio inexistente y no pueda entregarse la citación o notificación debe recurrirse a la jurisdicción penal.

Vamos a omitir en esta exposición los requisitos del libelo que no consideremos trascendentales por ser de fácil y accesible interpretación. No vamos a hablar de los defectos de los poderes porque ya esto está previsto y solucionado en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, pero si debo advertir que la citación practicada en una persona que no tiene la calidad representante del demandado puede conducir a una sentencia inútil o un recurso de invalidación, no así el defecto de un poder consignado con posterioridad a la contestación de la demanda porque entonces debe aplicarse por analogía, como ya lo ha indicado la jurisprudencia, la solución del artículo 350 en su Ordinal 3º.

b) Vamos a tratar ahora de lo que considero la parte sustancial de esta disertación. El examen del Ordinal 5º. del artículo 340, que copiado a la letra dice: “La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones”.

Esta disposición es la médula del libelo de la demanda, cualquier defecto en ella enferma el juicio muchas veces mortalmente.

Relacionar los hechos es relatarlos cronológicamente de manera fluida, clara y precisa, sin rodeos y de manera tal que puedan ser aprehendidos por el Juez en forma fácil, que no tenga que ponerse a adivinar lo que está escrita. Esta narración viene a constituirse en base y estructura del juicio, estructura ésta que más luego tendremos que rellenar con un lote de material que son las pruebas, por lo tanto la estructura no puede ser más grande que el lote de material que tenemos para rellenarlo. No podremos relatar la ocurrencia de hechos que después no podamos probar. Recordemos ahora que en la primera parte de esta exposición dijimos que el proceso está constituido por una investigación histórica que realiza el Juez para saber si determinados hechos ocurrieron. Si el Juez en virtud de la investigación realizada determina que yo le dí en préstamo a Juan una suma de dinero y habiéndose cumplido el plazo de la obligación no ha pagado, el Juez sólo tiene que declarar que efectivamente ocurrió la situación fáctica, pues establecida ésta cae dentro del supuesto de hecho de las normas sobre los efectos de los contratos y su condena se limitará a hacer concreta la voluntad abstracta de la Ley.

Esta narración de los hechos de manera continua va encaminada a generar unas consecuencias de derecho. Mis derechos subjetivos van hilando una situación jurídica que, una vez demostrados los hechos que he narrado si ellos han sido bien articulados, hechos narrados y derechos existentes, traerán como consecuencia una sentencia que se defenderá sola y se encaminará, a través del juicio en su integridad, al triunfo de la defensa de los derechos que nos confiaron. Si yo narro en mi libelo la existencia de una obligación condicional y no determino con precisión cuál es esta condición y, además, no alego el hecho de que la condición se cumplió, esa demanda está encaminada a perecer. La redacción del libelo de la demanda si bien debe observar las reglas del idioma no es un concurso a unos juegos florales cuyo premio consiste en una flor sino una guerra a muerte que se gana entre nosotros en tres batallas: las dos instancias y la casación. Una buena práctica para redactar un libelo de demanda es decirle al cliente que para memorizar bien lo que pasó permita establecer una conversación grabada, y cuya grabación examinaremos cuidadosamente *a posteriori*. Este sistema tiene además la ventaja de salvar la responsabilidad profesional en caso de hechos falsos

narrados por el cliente o de que se quiera desdecir, posteriormente de algunos de ellos. Pero eso sí, no olviden tener en buen recaudo la autorización del cliente para efectuar la grabación pues hay una ley que penaliza el hacerlo en forma oculta. La narración de los hechos en el libelo y la fundamentación de derecho debe constituir una especie de noviazgo formal encaminada a un futuro matrimonio, o sea, que ese noviazgo debe ser establecido con sinceridad y correspondencia entre los hechos y el derecho que se invoca. Nada hago con hacer una narración perfecta de los hechos constitutivos de una obligación incumplida para después sacar como consecuencia del incumplimiento la solicitud de que se le aplique la pena de muerte al deudor. El derecho que se deduce debe tener una absoluta concordancia con el supuesto de hecho de la norma aplicable.

Esta parte del libelo de la demanda es la que exige un mayor esfuerzo intelectual, y al decirles esto recuerdo un verso que leí en mi juventud sobre un hombre que quería ser poeta y el peruano Ricardo Palma, que sí lo era, en la estrofa final de un verso que le compuso al efecto, dijo:

Es preciso no estar en sus cabales  
para que un hombre aspire a ser poeta;  
pero, en fin, es sencilla la receta:  
forme usted líneas de medidas iguales,  
luego en fila las junta,  
poniendo consonantes en la punta.  
¿Y en el medio? ¿En el medio?  
Ese es el cuento Hay que poner talento

Con esto quiero decirles que esa parte que en la poesía exige el talento, en el escrito jurídico exige estudio, mediación y construcción lógica. En eso consiste el talento del redactor de un libelo de la demanda civil.

## **La criminalidad informática y la estafa a través de internet**

Jorge Luciani Gutiérrez\*

*La criminalidad evoluciona y se transforma en la misma medida que lo hace la sociedad*

Emil Durkheim

Es un hecho que la sociedad evoluciona y se transforma. Vivimos cambios importantes en nuestras costumbres y formas de vida, fundamentalmente determinados por el desarrollo de la tecnología informática. La informática ha penetrado todos los ámbitos del que hacer humano, hasta tal punto que nuestra sociedad se ha convertido en totalmente dependiente de los computadores (como los llamamos en Latinoamérica) u ordenadores (como prefieren llamarlos en España). Pero recientemente y ante el asombro del mundo entero, las transformaciones se tornaron aún más radicales con la aparición de una herramienta informática conocida como Internet, que combina poder de información con poder de comunicación, imponiendo de esta forma una nueva realidad, signada por dos conceptos muy actuales: lo virtual y lo global.

En efecto, Internet ha determinado cambios en distintos ámbitos de la vida humana, son millones sus usuarios en todas partes del mundo, además advertimos, que existen infinidad de bienes y servicios que se ofrecen y pueden ser comprados a través de la “red”, lo que la ha transformado, de eficiente medio de comunicación a mercado global altamente apetecido por todo comerciante e industrial moderno. Es por ello que hoy en día, es necesario conocer y manejar esa *superautopista de información*, estar conscientes del poder que otorga a quienes la saben utilizar, pero también es menester conocer de las inconsistencias que presenta y los riesgos que deben asumirse al momento de su utilización.

---

\* Abogado. Especialista en Derecho Mercantil. Profesor del Postgrado de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello.

Con la presencia de Internet, y tratándose de una sociedad que valora altamente la “información”, han surgido dos categorías de individuos: unos, los que poseen información, y otros, los que necesitan de ella y están ávidos de obtenerla. Estos últimos pueden dividirse a su vez en dos tipos, aquellos que utilizarán únicamente medios lícitos para conseguirla y los que a diferencia de los primeros, utilizarán cualquier medio para hacerse de ella y lograr su fin. Y es precisamente a este segundo tipo de individuo que dedicaremos parte de este estudio, porque interesa aproximarnos a conocer sus motivaciones y las causas que determinan su proceder.

Era de esperarse que frente al uso normal y perfectamente lícito del espacio informático surgiera, inevitablemente, el fenómeno social de utilización indebida, fraudulenta o criminal. Así, hemos podido constatar diversas modalidades de ilícitos, y muy especialmente la ocurrencia de variadas técnicas de fraude y estafa a través de Internet. Individuos y corporaciones en distintas partes del mundo han sido víctimas de estos procedimientos, en gran medida porque Internet como lo ha señalado el brillante intelectual Juan Luis Cebrián no es otra cosa que “una poderosa autopista de información desprovista de señales de tránsito”, de manera de que son muchos los desafueros que cometen los usuarios o “cibernautas” en la “red”, y no menos frecuentes, los abusos que consuman oferentes y demandantes de estos bienes y servicios.

Si a esto agregamos la vulnerabilidad intrínseca que han demostrado estos instrumentos, y la falta de una regulación de carácter supranacional que supla ese vacío o falta de normas, pues estamos ante un “terreno abonado” que favorece la comisión de muchas y muy variadas formas de fraudes y estafas a través de Internet. Nuevamente estamos ante retos concretos que se plantean al Derecho Penal de hoy. Esta situación alcanza una importancia sin precedentes, dependientes como son nuestras sociedades de los ordenadores y de los espacios informáticos. Razón tenía Durkheim al decir que la criminalidad evoluciona y se transforma en la misma medida que lo hace la sociedad.

Es por ello que en el presente estudio queremos abordar conceptos básicos de Internet, haciendo énfasis en sus elementos y herramientas, con el objeto de entender cabalmente su funcionamiento, pero también lo que implica su utilización indebida, criminal o delictiva. Luego vamos a comentar aspectos de interés relacionados con la criminalidad

informática, algunas situaciones de fraudes, estafas y otras manifestaciones de criminalidad que se producen a través de Internet y sobretodo buscando aproximarnos al “delincuente informático”, en su manifestación individual y de grupo. Luego, ofrecemos un recuento a manera de “vuelo de pájaro” de los conceptos básicos del delito de estafa a la luz del Código Penal venezolano y buscaremos subsumir los supuestos de hecho planteados en el artículo 464 del Código Penal venezolano. Finalmente evaluaremos la posibilidad y necesidad de diseñar leyes con la finalidad de regular el tránsito de información en Internet.

## **CAPÍTULO I. LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA Y LA CRIMINALIDAD POR INTERNET**

Para algunos “criminalidad informática” y “criminalidad por Internet”, son dos denominaciones referidas al mismo fenómeno delictivo, para otros la criminalidad informática es el género y la criminalidad por Internet la especie. No vamos a distraer su atención en discusiones bizantinas, en todo caso, todos están de acuerdo en sostener que la principal y por tanto más importante manifestación criminal a través de la tecnología informática, es la criminalidad por Internet. Luego de esto, debemos entender cómo funciona Internet, cuáles son sus herramientas, sus fortalezas y debilidades. Sólo así, podemos pasar a examinar las formas o modalidades de utilización indebida, las cuales en algunas oportunidades, podemos catalogar de criminales o delictivas.

### ***Internet, un espacio informático abierto***

#### *1.- Definiciones Básicas*

La combinación de tecnologías de comunicación como la del teléfono y la televisión con las de la computación o informática, con todo su poder de almacenamiento y procesamiento de información, presagiaban el nacimiento de una era con reglas y códigos nunca antes conocidos, que entrelazan a nivel mundial a todos aquellos que tengan acceso a la “red”.<sup>1</sup>

---

1 En CEBRIÁN, Juan Luis. “La Red” Editorial Taurus, Madrid 1997 encontramos “Hace algunos años hemos visto cómo las máquinas de escribir han quedado sustituidas totalmente por los computadores. Estos últimos facilitaban el trabajo de una manera

Si añadimos a esto que hoy en día son cada vez más comunes los hogares con un “pc”, resulta que ese computador personal (“personal computer” o simplemente “pc”) se constituye en la llave mágica para todo un sin fin de posibilidades. No sólo se trata de la posibilidad de almacenar (de forma ordenada u organizada un cúmulo infinito de datos) y de procesar esta información, sino además se trata de la posibilidad de interactuar en una red internacional de información, denominada WWW, ( siglas del término “World Wide Web” ) o World Wide Net, comúnmente conocida como Internet.

## 2.- *¿Qué es Internet?*

Internet comenzó a gestarse en 1960 como un proyecto del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, cuyo objetivo consistía en unir sistemas de información independientes con lenguajes incompatibles, establecidos en distintos lugares, dentro y fuera de los Estados Unidos de América, por intermedio de un idioma electrónico común y así poder intercambiar información a escala mundial. Desde entonces a la presente fecha, el proyecto no solo dejó de serlo para convertirse en una realidad sino que ha crecido exponencialmente convirtiéndose hoy en día en un sistema global de información que une millones de pequeños sistemas de información en todo el mundo.

Para acceder a Internet lo único que se necesita es una línea telefónica y un “pc” con un software instalado. Efectivamente,

---

increíble, no solamente cumpliendo con las mismas funciones de forma más eficiente y con mayores facilidades para el usuario, sino además, en ellas se podía almacenar información. En un primer momento los costos impedían que los cambios fueran tan drásticos, pero al poco tiempo, cuando estos se ajustaron, fueron precisamente los menores costos de las computadoras los que junto con sus otras ventajas determinaron cambios importantes. Luego, recordamos que estas computadoras, que más apropiadamente deberíamos llamar “servidores” estaban conectadas por una red a un cerebro central, que condicionaba sus funciones, su capacidad de respuesta, velocidad y poder de almacenamiento de información entre otras cosas. Poco tiempo se necesitó para que entraran en los mercados, con una fuerza inusitada, los computadores personales o simplemente “pc”, que no requerían estar conectados a una red, y que dependiendo de su configuración hacían gala de gran rapidez y de excelente capacidad de almacenamiento o “memoria”. Aún menos tiempo transcurrió para que ese computador personal cediera ala tentación de convertirse en uno de los instrumentos básicos de la globalización.”

luego de concebir el hipertexto o esa poderosa autopista de información hubo que diseñar el instrumento para poder viajar o “navegar” a través de ella, lo que se logró con estos productos de software que constan de un navegador capaz de interpretar el lenguaje de la red y de traducirlo de forma inteligible para el usuario.<sup>2</sup>

La “web”, por su parte, es una porción de la información disponible a través de Internet. Algunos la conciben como una colección o grupo de documentos “electrónicos” archivados o acumulados en computadores a lo largo y ancho del mundo.

La *web*, como universalmente se le conoce, es algo hecho a base de un cierto voluntarismo de los usuarios, aunque naturalmente ha sido ocupada por las grandes multinacionales y por los dueños de los servidores, los ordenadores que operan como incipientes reguladores del tráfico.<sup>3</sup>

A través de la conexión, los documentos o información contenida en la “web” puede ser enviada a computadores en distintas partes del mundo, con una rapidez de segundos, y por el costo de una llamada de teléfono local. Las hojas “web” constan de gráficos y demás señas y textos que identifican a su propietario, pero también pueden contar con “hyperlinks”, que no son otra cosa que espacios resaltados, (a través de gráficos de colores mas fuertes, entre otras formas) dentro de la propia hoja “web”, pero que tienen la función de servir de ventana de entrada a información adicional o a otras páginas “web”.

Mención adicional merecen los “E-mail” (o correo electrónico), que constituyen la razón de ser de Internet, ya que consisten en un medio de envío y recepción de mensajes a través de los millones de usuarios de la “red”. Así, cada usuario tiene asignado una dirección de E-mail o de correo electrónico (que cada quien libremente puede asignarse), que le permite recibir y enviar mensajes desde y hacia todas partes del mundo.

Por estas y otras características, Internet, en un tiempo sorprendentemente rápido, ha invadido todos los campos del quehacer humano. Y no podía ser de otra manera, ya que pudo conjugar poder de información con poder de comunicación. Esto nos lleva al punto siguiente, que consiste

---

2 CEBRIÁN, Juan Luis. “La Red” Editorial Taurus, Madrid 1997, pág 49.

3 CEBRIÁN, Juan Luis. Ob Cit, pág. 49.



en repasar o hacer un breve recuento de lo que estamos viviendo con esta revolución de la informática y de las telecomunicaciones.

### ***De cómo esta nueva tecnología ha invadido diversos campos de la actividad humana***

Así como a través de la prensa, radio y televisión se ofrecen bienes de muy distinta naturaleza y además se promocionan servicios de diversa índole, tal y como sucede por citar algún ejemplo, con los bancos y sus servicios bancarios, cuando anuncian las ventajas de sus “cuentas corrientes con intereses sobre saldos diarios”, u ofrecen “tasas de interés a los ahorristas cuyas cuentas superen ciertos montos en depósitos”; así mismo también cada vez más productos, bienes o servicios se están promocionando a través de Internet.

Específicamente por intermedio de la hoja “web” de cada empresa ofertante. En efecto, bienes y servicios se ofrecen y además se pueden comprar a través de la “red”, lo que la ha convertido, ya no únicamente, en un eficiente medio de comunicación y de intercambio de información sino en un mercado global (y virtual) altamente apetecido por todo comerciante e industrial moderno.<sup>4</sup> Esto ha sido una verdadera revolución.

De manera que hoy día somos testigos de la publicidad y del comercio que se esta desarrollando a través de Internet. Hemos visto el reciente nacimiento de “E-commerce”, o comercio internacional a través de Internet, utilizando herramientas similares a los E-mail, a través de cuyas direcciones las empresas (comercios o industrias) venden y facturan

---

4 Hemos sido testigos de los distintos usos que se está dando a Internet. Por ejemplo, muchas empresas, comercios o industrias, han descubierto en Internet un espacio informático a través del cual no solo pueden acortar distancias con el consumidor, sino además tener acceso a miles de millones de nuevos consumidores. Tal es el caso de las marcas de productos alimenticios las cuales, como todo comercio o industria que se precie de serlo hoy en día, cuentan con su hoja web, con el ánimo no solamente de anunciarse sino además de informar las ventajas de sus productos, los estudios que reflejan las propiedades alimenticias de sus productos y por si fuera poca cosa, Internet da la posibilidad que los clientes de tales empresas se comuniquen con ellas y manifiesten sus puntos de vista con relación a la calidad de sus productos, o formulen sugerencias, o manifiesten sus reclamos. En otras palabras, conscientes que Internet llega a todas partes, es un medio o herramienta informático que permite tener más presencia, mejorar la comunicación con el consumidor, e informar innovaciones o planes futuros.

sus bienes y servicios. Asimismo los bancos ofrecen la posibilidad del home-banking para que los clientes desde su propia casa u oficina puedan realizar sus transacciones y disfrutar de los servicios financieros de la institución. En Europa y los Estados Unidos de América, muchas empresas de seguros venden y renuevan las pólizas de sus clientes a través de ese servicio. Lo mismo hacen las bolsas del mundo desarrollada y vemos que se realizan miles de operaciones diarias de compra y venta de bonos, acciones y títulos por Internet. Todas las empresas, no importa al negocio que se dediquen, desean tener presencia en Internet.<sup>5</sup>

Pero debemos estar alerta, de los muchos abusos que cometen oferentes y demandantes de bienes y servicios en Internet, y a través por supuesto de “E – commerce”. Son diversas y muy variadas las técnicas de fraude e inclusive fraudes estafatorios a través de la red. Son muchos los consumidores, en distintas partes del mundo que han sido víctimas de tales procedimientos. Lamentablemente, es muy poco lo que han podido hacer, para exigir responsabilidades de aquellos que los han defraudado o estafado.

En efecto, “frente al uso normal y perfectamente lícito del espacio informático surge como en todo el otro fenómeno social de su utilización fraudulenta o criminal”.<sup>6</sup> Esto es un poco más un poco menos lo que sostenía Durkheim cuando dijo: “La criminalidad evoluciona y se transforma en la misma medida que lo hace la sociedad” Internet es un fenómeno cultural y tecnológico que ha crecido invadiendo distintos ámbitos del quehacer humano, pues la criminalidad también alcanza a Internet como lógica consecuencia de su importancia y gran aceptación social. Esto nos lleva al tema de la criminalidad informática, que analizaremos a continuación.

---

5 Por ejemplo, la empresa de juguetes norteamericana “Toys R´Us Inc. Espera que sea un juego para niños desplazar para fines de 1999 a E-Toys Inc. de su lugar como el principal detallista de juguetes en Internet...” Mas adelante se dice: “Estamos en el ciberespacio y seremos líderes del mercado. Para el cuarto trimestre esperamos ser el vendedor N° 1 de juguetes en la Internet” Concluye la nota de prensa diciendo: “Toys R´Us Inc entró al negocio en Internet en 1998 para incrementar las ventas, después que fue desplazado por Wal-Mart como primer detallista de juguetes en EEUU”. (tomado de el diario *El Universal* del domingo 13-06-99, cuerpo 2, pág. 2-14).

6 MARTIN, Daniel “Criminalité Informatique. Cybercrime, sabotage, piratage, etc. Evolution et repression”. Editorial PUF, Press Universitaires de France, pág x, París, 1997.

### **La criminalidad informática**

En algunas modalidades delictivas, verdaderamente antiguas, pero muy de “moda” o “en boga” durante esta época de fin del milenio, como son los delitos de lavado de dinero o legitimación de capitales, (nomen juris utilizado en Venezuela para este delito), se estudia mucho los “modus operandi” o mecanismos más conocidos o comúnmente utilizados para dar apariencia de licitud, esconder, ocultar o disimular capitales o bienes de procedencia ilícita. Decimos en tales casos que la delincuencia nos lleva una delantera (dos o más años de ventaja) porque mientras estudiamos procedimientos conocidos por todos que son utilizados para este fin, (o mejor dicho que utilizaron o ya dejaron de utilizar, para lavar dinero) seguramente al momento del análisis o antes ya se valen de nuevas técnicas o estrategias, no conocidas para lograr el mismo fin.

Considero que algo similar a esto sucede con la criminalidad informática. En materia de fraudes o estafas por Internet, la delincuencia dedicada a esto, nos lleva la delantera. Se trata de una manifestación delictiva *altamente sofisticada* (por el conocimiento exigido de los procedimientos y los sistemas empleados). Asimismo se dice que se trata de delincuentes astuciosos, ( en muchas oportunidades lo que se producen son fraudes y estafas por Internet).

Otra peculiaridad que hemos encontrado es que no siempre con la comisión del delito se busca un interés económico. Aunque veces si como es el caso de los ejemplos que hemos planteado, pero en otras lo que sucede es simplemente animo de escandalizar, de sabotear.<sup>7</sup> Por esto, con la identificación de algunas manifestaciones delictivas y modus operandi utilizados en tales procesos se puede tener una idea (por lo menos una idea) de cual es la naturaleza de los personajes que los ejecutan. Así, se han identificado algunas formas de utilización indebida de Internet, que en algunas oportunidades se constituyen en verdaderas actividades ilícitas o criminales. Estas – simplemente para hacer la referencia y sin animo de desviar el objeto del estudio – podemos dividir las en: **a)** .- Actividades que configuran delitos contra la propiedad, **b)**.- Actividades

---

7 Ambos aspectos o características no las conocemos o son el producto de algún estudio estadístico, sino una inferencia en virtud de la publicidad que han hecho las víctimas de estas manifestaciones delictivas por Internet. (conocimiento referencial)

que configuran delitos contra la moral y buenas costumbres, y c).- Actividades que configuran delitos contra la privacidad de las personas y sus comunicaciones.

En el primer rubro, de delitos contra la propiedad podemos identificar todos aquellos que menoscaban patrimonialmente a otra persona. Nos referimos por ejemplo, a los fraudes en general por Internet, especialmente a los fraudes estafatorios, la piratería y el sabotaje entre otros.<sup>8</sup>

En cuanto a los delitos en contra de la moral y las buenas costumbres encontramos a la pornografía en todas sus manifestaciones, por Internet. Y en lo que se refiere a delitos contra la privacidad de las personas, podemos referirnos a la violación de mensajes e información que se produce a través de la red.

Existen muchas técnicas de fraude desarrolladas a través de Internet, que evidentemente “entrañan una lesión patrimonial”. En efecto, podemos decir que la utilización de Internet, para realizar pagos o enviar mensajes importantes implica a su vez un sensible aumento de los riesgos de ocurrencia de fraudes o estafas, precisamente por tratarse de una red abierta, a la que tienen acceso millones de personas en todo el mundo.

En la actualidad, gobiernos y empresas utilizan Internet con la finalidad de mejorar sus servicios y para lograr mercados, respectivamente, pero el precio que se paga es que la seguridad de la información que manejan y de las transacciones que realizan se pierde en alto grado, si no se toman medidas de seguridad. En efecto, si no se toman medidas, la seguridad disminuye, porque existe la posibilidad de que alguien ajeno a los usuarios que se están comunicando, intercepte información perteneciente a ellos y la utilice con fines ilícitos. Igualmente la posibilidad de ocurrencia de fraudes aumenta mucho más si se trata de una utilización masiva, a gran escala como la que estamos viviendo. ¿Por qué? Porque Internet es una red abierta.

---

8 Hoy en día en páginas especializadas de nuestros diarios de circulación nacional encontramos información como la siguiente: “Alerta Viral. Grandes empresas como Boeig, Intel, Microsoft y General Electric han tenido que desconectar su sistema de correo electrónico por un nuevo virus que se infiltra en el ordenador y tiene la capacidad de borrar archivos.”... El nuevo tipo de virus que recibió un nombre y ha sido estudiado por empresas de seguridad de computación, fue catalogado como de “alto riesgo”, por su capacidad de destruir información. (Tomado de el diario *El Universal*, de fecha 13-06-99, cuerpo 2, pág 2-14)

Por más seguridad que se imponga en una red de este tipo, su característica principal es precisamente, que estamos ante una red abierta. Para muchos de los especialistas y defensores de Internet, si se cierra la red, deja de ser Internet, y si se la regula, también, porque pierde algo de su esencia, cual es su característica de red abierta desprovista de regulación. Muchos concedores opinan que existe una verdadera anarquía internacional, creada por y a través de Internet, y esto es precisamente lo que constituye a esta herramienta informática en un terreno fértil para el fraude, razón por la cual debe sembrarse de leyes o regulaciones inmediatamente.

Dicho esto, pasaremos a comentar algunos aspectos de la modalidad de delito contra la propiedad a través de Internet, nos referimos al fraude estafatorio en Internet. Vamos a mencionar dos ejemplos de fraudes informáticos que se producen con mucha frecuencia, conscientes de la imposibilidad de abarcar las infinitas posibilidades de fraudes o estafas que pueda concebir la mente del “delincuente informático astucioso”, pero que pueden darnos un ejemplo de ante quien nos enfrentamos. Estos hechos o fraudes estafatorios se producen manipulando indebidamente los *e-mail messages and pay* (correos electrónicos para mensajes y pagos) y los *e-mail transfer fund* (correos electrónicos para transferencia de fondos). Pero primero expliquemos la verdadera utilidad de estos instrumentos. Los *e-mail messages and pay* son utilizados como instrumentos para ordenar bienes y servicios y gestionar el pago de los mismos en el comercio internacional, en tanto que los *e-mail transfer fund* se utilizan como medio a través del cual muchos bancos e instituciones financieras en el mundo transfieren fondos entre bancos e instituciones financieras dondequiera que se encuentren en el mundo.

Pues bien, resulta que estas modernas herramientas electrónicas también han sido utilizadas como medios para la comisión de fraudes en general. Siempre interceptando primero la información valiosa que a través de estos canales se genera, y luego, utilizando la misma con el ánimo de engañar o sorprender en la buena fe a otro, induciéndolo al error, en procura de un provecho injusto en detrimento de alguna persona natural o jurídica. En otras palabras, siempre el medio o canal a través de Internet, es un e-mail o correo electrónico, en el que usurpando identidad se utilizan ilícitamente datos tales como números de cuentas bancarias, claves secretas, números de tarjetas de crédito, con la finalidad de girar

instrucciones para enviar dinero al destino que desea el estafador. Veamos algunos ejemplos.

En el primer caso estamos ante una persona, que como muchos de nosotros en estos días, manejando su "pc" accedió, (gracias al e-mail o correo electrónico suministrado por una de las tantas empresas especializadas, que en Internet funcionan como un centro de datos parecido a una gran guía telefónica) a la página web de una conocida y muy seria librería, con sede en la ciudad de Nueva York en los Estados Unidos de América. El objetivo que se buscaba era consultar un listado muy amplio de libros a la venta, y eventualmente comprar unos libros editados en aquél país y escritos en idioma inglés. Luego de conseguir los libros de su interés, realizó la compra suministrando por Internet, (a través del *e-mail messages and pay*) el número de su tarjeta de crédito y todos sus datos personales. A los pocos días los libros llegaron a su destinatario, domiciliado en Caracas, Venezuela, quien maravillado por pertenecer a la "aldea global" permanecía ansioso a la espera de realizar nuevas compras a través de la "red". Sin embargo, al poco tiempo desapareció el entusiasmo, cuando perplejo, frente al estado de cuenta de su tarjeta de crédito pudo constatar, infinidad de compras, obviamente realizadas sin su conocimiento ni consentimiento, pero con la información que él mismo voluntariamente había suministrado a una dirección específica en la "red".

Por lo tanto, se trata de una modalidad que consiste en interceptar información delicada o sensible a través de la "red" y luego utilizarla de manera ilegal con el ánimo de procurarse un beneficio propio o ajeno pero en detrimento del patrimonio de otra persona, natural o jurídica. De esta forma, interceptando la información de los *e-mail messages and pay*, se cometen fraudes que reportan importantes ganancias ilícitas para quienes han desarrollado esta modalidad delictiva.

El segundo ejemplo de fraude informático se produce manipulando los *e-mail transfer fund*, ya que previamente se ha interceptado la información necesaria, y consiste en, utilizando Internet, hacerse pasar por el propietario de una cuenta y ordenar al banco realizar transferencias o girar instrumentos de pago a las direcciones o nombres que sean del interés de la persona que comete el delito o sujeto activo del fraude o estafa.

Con respecto a estos casos son muchas las preguntas que se formulan, por ejemplo no se duda que algún experto en la materia pueda

penetrar las comunicaciones de la red y acceder a información con miras a cometer un fraude o estafa. Pero también se ha considerado seriamente la posibilidad que existan personas infieles en instituciones como bancos y otros comercios de distinta naturaleza quienes serían los encargados de suministrar la información necesaria a aquellos que manipulan la red con ánimo de cometer fraude.

Luego de estas breves consideraciones, otra pregunta que surge es, en relación a las características de esta criminalidad: ¿Se trata de una persona o se trata de un grupo organizado? Según lo que hemos investigado pueden darse ambos casos. A continuación vamos a analizar ambos supuestos.

### ***El caso del delincuente informático***

Decíamos que estamos ante una manifestación delictiva de factura sofisticada, y astuciosa, en la que el ánimo de lucro no es una constante, salvo en los casos de estafas y fraudes en general por Internet. En efecto, a veces sí se evidencia un proceder ilícito, delictivo, dirigido a la consecución de una ganancia indebida, como en los ejemplos que hemos planteado. En otras oportunidades, lo que se produce es simplemente un ánimo de escandalizar o de sabotear, pero igualmente a través de la comisión de un delito, y aunque no se busque, en algunos casos igualmente producen un perjuicio económico.<sup>9</sup>

Podríamos estar ante una persona con un nivel educativo medio superior al medio, o por lo menos altamente especializado en el manejo de sistemas de computación y manejo a través de la “red”, y en todo caso con conocimiento del lenguaje de la red o destrezas suficientes para entender o descifrar información. Es decir, se trata de personas con cultura informática y especialmente de delincuente informático. El tema de la cultura informática es interesante, porque podemos percibir claramente una vocación de asociación importante entre sujetos dedicados a estas

9 *Hackers* o *Wackers* es el nombre que le han dado a los que hacen sabotaje por Internet. Son individuos que penetran páginas “web” de entes públicos y privados y las modifican, haciendo gala de esta forma de sus destrezas en el manejo de esta tecnología. En algunas oportunidades, el ánimo es simplemente sabotear, pero adicionalmente pueden causar daño patrimonial, ya que a veces dañan o estropean el computador receptor de su mensaje, o cuando menos se tiene que invertir nuevamente tiempo para solventar las consecuencias de su acción.

actividades de manera profesional y lícita, asimismo entre aquellos que lo hacen por *hobbie* o distracción.

En relación con otra de sus características, su edad por ejemplo, no se ha podido determinar todavía cuál es el promedio de edad de estos delincuentes informáticos, pero en algunas oportunidades se ha podido establecer que se trata de menores de edad<sup>10</sup> muy diestros en manejo de computadores, introvertidos, solitarios que por distintos medios han logrado confeccionar o reunir equipos altamente sofisticados. El reto para estos jóvenes pareciera ser desafiar a los mayores, demostrarles que no existe un lugar de la “red” donde no puedan llegar. Este dato no es decisivo porque por otra parte, se han conseguido detrás de fraudes estafatorios o acciones de sabotaje de un *hacker*, a una persona jubilada o retirada cuyas edades oscilan entre los 58 y 65 años de edad, cuyo *hobbie* es la computación y especialmente, navegar todo el día a través de la red.

En la mayoría de los casos estas personas permanecen anónimos o se protegen en el anonimato, porque utilizan un ordenador que no le pertenece o porque hacen ver que el autor de los delitos es otra persona. Esta habilidad para permanecer anónimos o para evitar que a través de un seguimiento por la red puedan dar con ellos, revela además que estamos ante individuos que meditan previamente las consecuencias de su actividad criminal y evitan ser descubiertos. Para terminar también es importante acotar que en algunos casos de menores, y por situaciones como sabotaje o interceptación o sustracción de información a través de la red, se ha detectado afán protagonístico o de fama por parte de ellos. No los mueve el “afán de lucro” pero si los motiva altamente el “afán de notoriedad” o la fama.

### ***Crimen organizado y crimen informático***

Asimismo, y considerando que no se trata de tesis o posibilidades exclusivas y excluyentes, así como tenemos el delincuente informático como una persona que se vale de la tecnología informática, fundamentalmente de Internet para cometer diversas modalidades de delito, también

---

10 Nos referimos a menores de edad cuyas edades oscilan entre los 12 a 16 años de edad. Estas situaciones requerirían estudios mas profundos para determinar si se trata de travesuras que se pueden corregir y canalizar a tiempo o existe un problema de desajuste social, caso en el cual también debería tratarse.



podemos pensar que detrás de los fraudes y estafas por Internet está más de una persona que actúan como grupos de delincuencia organizada. En todo caso es una posibilidad cierta tomando en cuenta la importante cantidad de dinero que se consigue con esta modalidad criminal. En la organización criminal o delictiva cada quien ostenta su rol, las partes aportan su contribución en aras de conseguir el objetivo ilícito, existe el de adentro<sup>11</sup> y el de afuera, y además encontramos una jerarquía con distribución de funciones. Además de esto, otra característica es la permanencia, y por último el profesionalismo. Estos últimos elementos son muy importantes. Por ejemplo si se trata de una organización dedicada al contrabando, pues realizan la actividad ilegal con vocación de permanencia y con un conocimiento profundo del negocio, debe existir una organización jerárquica, cada quien cumpliendo su parte de la actividad de manera eficiente y altamente especializada. En esta materia de delitos informáticos, especialmente como los casos que sirvieron de ejemplos, bien podríamos encontrarnos a una organización dedicada a esto, es decir, en primer lugar unos a conseguir información tal como números de cuentas de banco, y otros se encargarían de realizar las operaciones por Internet, haciéndose pasar por los titulares de las tarjetas

---

11 Nos referimos al *insider*, aquel individuo que trabaja dentro de una organización o empresa con el ánimo de conseguir información que luego será utilizada en una actividad criminal. Las empresas más buscadas por estos individuos son los bancos y otras instituciones financieras. Vale la pena destacar que las pólizas de seguro bancario, en todas partes del mundo, prevé estos riesgos y denomina esta actividad con el nombre de "infidelidad" y el que la realiza es identificado como el "infiel". Se ha podido comprobar por intermedio de infinidad de fraudes y estafas descubiertas, por este y otros medios, que se iban a perpetrar contra bancos, empresas de seguros, empresas bursátiles, casas de cambio, entre otros, que siempre existe un cómplice o alguien cooperando desde adentro, un "infiel". Hoy en día, los expertos en seguridad de las empresas se preguntan ¿Puede el "monitoreo" (*screening*) del empleado ayudar a anticipar el fraude? Los bancos conscientes del sacrificio en materia de seguridad habían consentido utilizar Internet como un medio más para mejorar sus servicios y acercarse al cliente, esto abrió la posibilidad de los fraudes y estafas bancarios a través de Internet. Son tantas las formas de fraudes y estafas en este campo como posible es imaginar por la mente humana un *modus operandi* o estrategia dirigida a un lucro indebido importante, y estos van desde la extorsión a través de la venta de información confidencial hasta fórmulas dirigidas a conseguir dinero por intermedio de la manipulación astuciosa de servicios de transferencias de fondos o pagos de tarjetas de crédito, penetrando la seguridad o defensas de Internet en estas materias.

de crédito o de las cuentas bancarias. Pero todavía son muchas las preguntas que quedan por formular y sólo el tiempo permitirá responder: así ¿Será posible entrar en la mente del delincuente, potencial estafador con la finalidad de entender mejor sus motivaciones y objetivos, y de esta forma diseñar mejores defensas contra su actividad?

Una vez que hemos revisado ¿qué es Internet?, su importancia y trascendencia como medio de comunicación masivo y a la vez como mercado global, las manifestaciones delictivas a través de la “red” y el delincuente informático; vamos de seguidas a pasar a la segunda parte del presente estudio que consiste en un breve recuento acerca del delito de estafa a la luz del Código Penal venezolano y luego buscaremos subsumir los supuestos de hecho planteados en el artículo 464 del Código Penal venezolano a la luz de los delitos informáticos planteados. Finalmente evaluaremos la posibilidad y necesidad de diseñar leyes con la finalidad de regular el tránsito de información en Internet.

## **CAPITULO II. EL DELITO DE ESTAFA A LA LUZ DEL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO**

### ***El delito de la estafa según el artículo 464 del Código Penal de Venezuela***

El artículo 464 del Código Penal de Venezuela establece que:

El que con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole al error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno, será penado con prisión de uno a cinco años.<sup>12</sup>

De la redacción del artículo 464 del Código Penal Venezolano podemos encontrar que son elementos constitutivos del tipo o requisitos fundamentales de la estafa:

---

12 Compartimos con el Dr. Grisanti Aveledo, Hernando, que la redacción del artículo 464 es nefasta por decir lo menos, ya que la repetición de la palabra “otro” tan cercanas en el texto, y sobretodo cuando “ese otro es otro otro”. Ver GRISANTI AVELEDO, Hernando, Ob Cit. Pág 300.

a) Que el sujeto activo (estafador) utilice artificios u otros medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro.

b) Que los artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, *induzcan al error a otra persona*. (cursivas nuestras)

c) Que los medios o artificios utilizados, para engañar o sorprender en la buena fe a otra persona, induciéndole al error, se conjuguen “en procura de” o para lograr la obtención de.

d) El provecho injusto con perjuicio ajeno

Es importante hacer algunas aclaratorias. En primer lugar destacar que, “artificios o medios” pueden ser dos vocablos o términos lingüísticamente diferentes, pero jurídicamente indistintos, sobre todo tomando en cuenta la redacción del artículo 464 en comento. En este punto seguimos al Dr. Arteaga Sánchez, inclinándonos “por una visión amplia y de conjunto” porque tal parece que insistir en las diferencias gramaticales contribuye más a la confusión que a aclarar la verdadera intención del legislador.<sup>13</sup> Asimismo la doctrina patria y extranjera además de la jurisprudencia venezolana han establecido diferencias entre las expresiones “capaces de engañar” por una parte y por la otra “o de sorprender la buena fe de otro”, de manera que son dos supuestos distintos y por lo tanto considero importante insistir en la distinción. Es ésta la razón por la cual sostuvimos supra que la redacción del artículo 464 del Código Penal venezolano encierra en realidad tres (03) supuestos de hecho distintos. De la misma forma estamos ante un delito doloso en ambos sentidos, tal y como lo expresa el Dr. Grisanti Aveledo, porque dolo implica la intención de cometer el delito y porque al mismo tiempo dolo es además fraude o engaño.

Por lo que respecta al sujeto pasivo en el delito de estafa según el Código Penal venezolano compartimos el punto de vista del Dr. Hernando Grisanti Aveledo cuando expresa: “La víctima del engaño es la persona que sufre el error...”<sup>14</sup> y nos permitimos complementar, “causado indistintamente por los artificios o medios utilizados por el sujeto activo

---

13 ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. En “La Estafa y Otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana” Editorial Jurídica Alva, S.R.L. 1981. Págs, 56 y57.

14 GRISANTI AVELEDO, Hernando, Ob Cit. Pág. 306.

o estafador”. Más adelante continúa diciendo el Dr. Grisanti Aveledo: “El sujeto pasivo de la estafa es la persona perjudicada en su propiedad.”... El engañado y el sujeto pasivo de la estafa son cualidades que pueden recaer sobre una misma persona.<sup>15</sup>

En relación con el error, Grisanti Aveledo apunta refiriéndose al carácter doloso de la estafa, algo que nos permite recalcar la importancia del error cuando afirma: “el agente ha de obrar con la voluntad consciente (intención) de inducir a alguno al error...”<sup>16</sup> Por su parte, Arteaga Sánchez citando al Tratadista argentino Ricardo C. Núñez recuerda que el error puede versar sobre “naturaleza, condiciones, causas o motivos de un determinado acto, , sobre las condiciones o cualidades de una determinada persona o sobre la naturaleza o cualidades de una determinada cosa”<sup>17</sup>

En todo caso el error debe producirse como consecuencia de la acción del estafador y debe fungir como causa de la prestación patrimonial dela víctima que además es la medida del perjuicio económico también característica de este tipo penal. “Si la prestación no se determina por el error que padece la víctima, no hay estafa”<sup>18</sup>

En cuanto “al provecho injusto y el daño ajeno” son elementos constitutivos del tipo penal de la estafa, o “requisitos fundamentales del delito de estafa” (ARTEAGA SÁNCHEZ) Esto quiere decir que si no se produce un “provecho injusto” no estamos ante una estafa. De la misma forma, si no produce un daño ajeno o perjuicio patrimonial a otra persona natural o jurídica no estamos ante una estafa. Este aspecto es de tal importancia, que inclusive se dice que “la estafa se consuma cuando el agente obtiene el provecho injusto con perjuicio ajeno. (GRISANTI AVELEDO)

*Posibilidad de subsumir los supuestos de hecho planteados en el artículo 464 del Código Penal venezolano*

En los ejemplos comentados, tanto en el caso de la sustracción de información por Internet (a través del *e-messages and pay*) con motivo de la compra de los libros, como en el caso de las ordenes de transferencias

---

15 Cfr. GRISANTI AVELEDO, Hernando, Ob Cit. Pág. 306.

16 GRISANTI AVELEDO, Hernando, Ob Cit. Pág. 306.

17 ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, Ob Cit. Pág. 72.

18 ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, Ob Cit. Pág. 73.

de fondos y de giro de órdenes de pago producidas por la misma vía, (a través del *e-mail transfer fund*) el estafador ha utilizado, siempre Internet, manipulando “artificios o medios capaces” para producir un engaño o sorprender la buena fe de alguien, ya sea en el banco o en algún comercio, induciéndoles al error, (el cual consiste en hacer creer al banco o comercio que se trata de la persona del cliente, que también se produce un provecho injusto con perjuicio o daño patrimonial ajeno, en la persona del titular de la tarjeta de crédito o de la cuenta bancaria según sea el caso. No obstante también debemos aclarar que, en ambos supuestos debemos distinguir dos momentos, el momento de la sustracción de información privilegiada y la posterior utilización indebida de la misma, inclusive usurpando identidades, porque los estafadores se hacen pasar por los titulares de la cuenta tarjeta de crédito o de la cuenta bancaria según el caso.

El problema se torna complejo cuando en ambos casos se busca determinar quién es el autor de los fraudes. Para identificar quiénes son los responsables, se requiere desplegar una actividad que resulta compleja y costosa, ya que el seguimiento a través de la “red” es difícil y altamente tecnificado, y luego al final del proceso, podemos encontrarnos con sorpresas como, por ejemplo, que en los dos fraudes intervino un ordenador adquirido de segunda mano y ubicado en una oficina desierta en Hong Kong arrendada a una empresa off-shore domiciliada en alguna isla del Océano Pacífico.

Ambos ejemplos vienen al caso porque permiten desarrollar nuestras interrogantes, cuales son, ¿Cómo determinar cuál es el derecho aplicable? ¿Cómo sancionar a aquellos que han hecho uso indebido de una información, con ánimo de defraudar, y así cometer un delito?

Por supuesto también traemos a colación el tema de la necesidad de regular, de diseñar y desarrollar normas “globales” que permitan establecer reglas de comportamiento, formas de actuar, procedimientos obligatorios y uniformes para la utilización de Internet, así como también las sanciones previstas para aquellos que las violen.

Así las cosas no quiero abordar el siguiente punto sin hacer una breve mención de la llamada *mise en scène* o montaje de una escena o creación de un aparato escénico. En efecto, cuando la doctrina explica la graduación de los artificios, estos van de los más elaborados (*mise en*

scène) hasta lo menos, como el silencio por ejemplo, pasando por mentiras, medias verdades, entre otras. CARRARA citado por ARTEAGA SÁNCHEZ, está de acuerdo con la doctrina francesa según la cual “no basta para constituir el fraude o engaño de la estafa, la utilización de simples palabras mentirosas, sino que se requiere algo material, un aparato escénico, *un mise en scène...*”<sup>19</sup>. Es por ello que nos preguntamos ¿Qué mejor escenario para la comisión de un fraude o estafa informático que Internet? ¿Es que acaso este aparataje informático no sirve de escenario facilitador del fraude o estafa?

Visto esto vamos a plantearnos distintas variantes o situaciones hipotéticas, dentro del ámbito de los ejemplos planteados, para luego adentrarnos en las posibles soluciones de acuerdo al ordenamiento jurídico penal venezolano.

### ***Especial referencia a estafas cometidas en Venezuela***

El primer caso que vamos a plantear se circunscribe al ámbito nacional, ¿qué sucede si los casos planteados se producen íntegramente en Venezuela?

De antemano debemos recordar el texto del artículo 3º de nuestro Código Penal que establece: “Todo el que cometa un delito o una falta en el territorio de la República, será penado con arreglo a la Ley venezolana.”

Pues, se trata de un supuesto que no presenta problemas salvo aquellas cuestiones de índole práctico, como decíamos, cuales son las consistentes en ubicar a los responsables haciendo previamente un seguimiento a través de Internet. Porque, si se logra determinar que el fraude se produce en Venezuela por un venezolano o extranjero, pues se deberán aplicar las leyes penales venezolanas con arreglo al artículo 3º del Código Penal de Venezuela. Así las cosas procedamos a introducir las variantes, para luego aplicar las normas respectivas.

En lo que respecta al caso de la compra de los libros por Internet, si la información se intercepta en Venezuela y se utiliza indebidamente en Venezuela con perjuicio de una persona natural o jurídica, pues habría

---

19 ARTEAGA SÁNCHEZ, Ob Cit. Pág. 59 y 60.

que analizar el caso en concreto porque si estamos ante supuestos en los que se utiliza la información haciéndose pasar por una persona titular de la tarjeta de crédito, y a través de artificios o medios capaces de engañar o sorprender en la buena fe, por ejemplo del funcionario que autoriza las compras en el banco o comercio, induciéndole al error, con el ánimo de procurarse un lucro en detrimento de otra persona, en este caso el verdadero titular de la tarjeta de crédito, pues se cumplen los supuestos del 464 del Código Penal Venezolano. En el segundo ejemplo, se maneja información conseguida de manera fraudulenta, como en el primer caso, a través de Internet específicamente de los *e-mail fund transfer*. Se utilizan artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de un tercero, en este caso el funcionario bancario, induciéndole al error, porque el empleado considera que autoriza al verdadero titular, y además, toda esa actividad desplegada por el estafador se realiza en procura de un provecho injusto con perjuicio ajeno. Nuevamente estaríamos ante la figura del fraude estafatorio o estafa, tipificado en el artículo 464 del Código Penal venezolano.

### ***Estafas cometidas a venezolanos o extranjero en Venezuela desde fuera de Venezuela***

Pero traigamos a colación los ejemplos utilizados, y formulemos la siguiente interrogante: ¿Qué pasa si venezolanos, desde Venezuela realizaron transacciones por Internet, lo que permitió que fuera sustraída información importante, tales como números de tarjetas de crédito, claves telefónicas, números de cuentas bancarias, entre otros datos, y posteriormente resultan víctimas de estafas producidas desde el exterior, desde cualquier parte del mundo?

De antemano también, parece que no existe una salida a través del artículo 3 y 4 del Código Penal venezolano. Precisamente el artículo 3 establece el principio de la territorialidad y estamos ante un caso producido desde fuera de Venezuela. Tampoco es aplicable el artículo 4, ya que los supuestos contemplados no pueden ser subsumidos por el supuesto de hecho planteado.

¿Qué hacer? Porque los dos supuestos planteados como ejemplos pueden ser subsumidos en el tipo penal previsto en el artículo 464 del Código Penal venezolano, siempre y cuando las estafas se produzcan

desde algún lugar fuera de Venezuela. Además, no estamos ante un problema surgido de la aplicación simultánea de varios ordenamientos jurídicos, ya que en todo caso sería aplicable únicamente aquél ordenamiento jurídico-penal que corresponda al lugar donde se produjo el hecho.

***Necesidad de diseñar leyes con la finalidad de regular el tránsito de información en Internet.***

La imposibilidad de sancionar a aquella persona o personas que desde fuera de Venezuela cometan un fraude o estafa a través de Internet, dirigido a una persona en Venezuela es un supuesto cuya sanción dependerá exclusivamente de la aplicación de la ley penal del país desde donde se produjo el fraude o la estafa.

Es por ello que insistimos en la necesidad del diseño de un texto supranacional, producto del concierto de muchos Estados, tal y como se hizo bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas con la Convención contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, mejor conocida como la Convención de Viena de 1988.

Gracias a este documento los Estados Firmantes se obligaron a dictar leyes de sus respectivos países que abordaran el sensible tema del tráfico ilícito de drogas y del lavado de dinero proveniente de estas actividades, pero observando principios y reglas uniformes de tratamiento con respecto a ciertos aspectos y definiciones, y en especial sobre situaciones tales como diseño de tipos penales diversos, extradición intercambio de información en el campo policial y cooperación y asistencia mutua a nivel judicial. Esto ha permitido crear un frente común, con leyes que responden a principios uniformes y que permitan atacar globalmente el problema un problema delictivo por lo demás organizado y globalizado.

Algo que obedezca a estos principios debe proponerse y promoverse a nivel de una instancia como la Organización de las Naciones Unidas, (repetimos, tal y como sucedió con la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas) con miras a lograr un texto que obligue a los países miembros signatarios de un hipotético acuerdo a establecer normas y principios básicos de funcionamiento de este espacio informático abierto conocido como



Internet, dirigido además a regular la convivencia de todos aquellos que lo utilizan, que se constituya en marco de referencia obligatorio para la solución de conflictos y para el establecimiento de responsabilidades civiles o penales de los transgresores, sobre todo cuando se trata de ofertantes y demandantes de bienes y servicios. Consideramos que es el único medio para lograr una uniformidad legislativa tendiente a erradicar inconsistencias e incoherencias existentes entre distintos ordenamientos jurídicos nacionales y sus particulares formas de penalización.

Se necesita un instrumento de rango internacional que unifique criterios y fórmulas de prevención, control y represión de fraudes (como la piratería y el sabotaje informático) y de estafas a través de Internet en los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes, incentive la cooperación internacional para sancionar estos delitos, erradique legislaciones complacientes y por sobre todo facilite la identificación, persecución y sanción de aquellos que cometen fraudes y estafas a través de Internet, practican la piratería y promueven el sabotaje de los sistemas informáticos a través de la red.

Este documento debe marcar el inicio de un proceso de movilización internacional contra estos delitos. Obviamente con estas regulaciones Internet ya no será la misma red, pero el propósito es loable y lo que se busca es mayor seguridad jurídica. En alguna oportunidad durante una conferencia internacional sobre el tema tuve oportunidad de conocer a un experto norteamericano, se trataba de Alan Brill, de la conocida firma de seguridad Kroll, quien es de la opinión que detrás de estos delitos cibernéticos o informáticos existen organizaciones que buscan información para venderla, por lo tanto se trata de una manifestación delictiva típica del crimen organizado, en este caso de carácter informático. Finalizó su conversación diciendo que al crimen organizado se lo combate con organización y más organización, y este no parece ser el ejemplo que estamos dando con Internet, ausente de normas y regulaciones. En otras palabras la delincuencia está organizada y cada vez se sofisticada más y la sociedad esta carente de organización y defendiendo manifestaciones importantes e interesantes como internet blandiendo únicamente la bandera de la libertad.

En resumen seríamos partidarios de proponer y promover un documento que regule los siguientes aspectos como mínimo:

- a) Definir una serie de conductas que sean objeto de represión penal. (exigiendo en lo posible que las conductas sean definidas de igual forma en cada país firmante del futuro acuerdo)
- b) Establecer criterios muy claros de cooperación internacional, que obligue al intercambio y suministro de información, e inclusive asistencia mutua en instancias policiales y judiciales, a través de canales regulares.
- c) Establecimiento de procedimientos expeditos de extradición.
- d) En resumen lo que se persigue es lograr legislaciones internas en distintos países, pero que aborden el tema con criterio uniforme, sin contradicciones.

Hemos dicho que Internet conjuga poder de información con poder de comunicación, pero también hemos insistido en recalcar que existe una verdadera anarquía en este espacio informático que es aprovechada por quienes utilizan Internet en forma lícita e ilícita “La información constituye el eje central de una batalla por el conocimiento que se libra entre los que poseen información y quienes buscan apropiarse de ella”<sup>20</sup>, de cualquier forma y utilizando cualquier medio. Es decir, los que buscan apropiarse de la información a través de medios lícitos, así como aquellos que están dispuestos a la comisión de fraudes o estafas, con tal de hacerse de la información deseada.

Si en el caos informal de las infocarreteras no se establecen códigos de circulación y autoridades que los hagan cumplir, la desorientación del usuario puede llegar al paroxismo. Pero si se procede de esta forma, muchos verán levantarse de nuevo el fantasma de la censura, y una abdicación en la defensa de la libertad absoluta de los cibernautas.<sup>21</sup>

---

20 CEBRIÁN, Juan Luis, Ob Cit. Pág 102

21 CEBRIÁN, Juan Luis, *La Red*. Editorial Taurus. Pág. 70

## **Algunas reflexiones sobre concepción e instituciones en Derecho Mercantil**

Julio Rodríguez\*

Tiene sentido hoy en día volver a realizar un serio esfuerzo metodológico, con el objeto de listar una serie de actividades que consideramos comerciales. Pareciera que ha ganado terreno la tesis de centrar nuestra consideración más en la persona que realiza la actividad que en la actividad misma. El tema cobra particular interés cuando tenemos una fuerte tendencia mundial a unificar la jurisdicción civil y mercantil.

En este contexto para que queremos hacer un agobiante esfuerzo con el objeto de enumerar, aceptando de una buena vez que la enumeración debe ser enunciativa, a los actos de comercio. En nuestro Código del 62 (1862) el tema estaba íntimamente vinculado a la competencia de los tribunales. Dicha tendencia tenía sus antecedentes extranjeros en el Código de Comercio Francés de 1807, pero también en la Ley del 10 de julio de 1824 e incluso en el proyecto elaborado por la sociedad económica de amigos del país en 1830. Como bien señalan algunos de nuestros autores patrios la posición de los actos de comercio se fue moviendo en códigos posteriores a los del 62 hacia los primeros artículos del código. No es, sin embargo nuestra intención el tratar de comparar históricamente la evolución de los distintos actos de comercio en nuestra codificación sino ir un poco más lejos y tratar de formular una teoría aceptable que sirva de base a toda una nueva concepción del acto de comercio en nuestra legislación. En tal sentido ontológicamente carecería de sentido el volver sobre caracterizaciones del acto como de lucro; circulación de riqueza e interposición en el cambio. Sin negar el inmenso valor que tuvieron en el tiempo dichas concepciones pensamos que sería más valioso repensar el tema sobre la base de una serie de nuevos elementos que nos aproximan a toda una nueva concepción del derecho mercantil.

En primer lugar cabría plantear el sentido de la enumeración frente al intento fallido de definición. Lo que ha sido evidente es que hemos tenido que optar por enumerar donde no hemos podido definir.

---

\* Abogado por la UCAB. Profesor de Derecho Mercantil en la misma Universidad.

Definir en el sentido de poner límites implicaría tratar de hurgar en la esencia comercial. La pregunta no tuvo respuestas convincentes en el pasado y hoy nos lleva a seguir esa nota fundamental que defina lo que queremos. La primera determinación que deberíamos hacer ya ha sido señalada por la doctrina en el sentido de no identificar acto con actividad. O bien pudiéramos hacerlo refiriéndonos mas bien a un acto de actividad múltiple. Es decir que al menos desde el punto de vista pedagógico podemos hablar de la denominación jurídica que le damos a una serie de actividades complejas que podemos asociar para producir un resultado determinado con trascendencia económico-social. Analicemos algunos de los componentes de la definición propuesta:

En primer término plantearnos la necesidad de dar a un conjunto amplio de realidades una denominación jurídica. Lo podemos llamar acto de comercio o acto comercial o como queramos. Al final nos encontramos con un conjunto de realidades que sobrepasan nuestras posibilidades de formulación jurídica. Por último podemos terminar acuñando un nombre que abarca realidades tan disimiles como los 23 actos incluidos en el art. 2 del Código de Comercio. El abarcar también plantea el repensar la posibilidad de agrupar lo que por cambiante no se nos somete a la posibilidad cierta de ser encerrado en un artículo. Ello toca un aspecto esencial al ser del derecho mercantil como derecho capaz de sujetar al menos por un momento una realidad cambiante evolutiva. Cuanto tiempo no desperdiciamos tratando de buscar en nuestros anaqueles civiles y mercantiles por figuras que han perdido tanta vigencia en el tiempo que despertarlos con fines lógicos-jurídicos no es más que un intento vano por forzar la realidad. ¿Tienen vida los conceptos jurídicos por más que no sean otra cosa que acudir a ficciones racionales que permitan sustentar el desarrollo de un concepto?

La verdad es que la dinámica interna de los procesos comerciales exige soluciones tan rápidas que a veces no podemos poner a prueba el valor de nuestros conceptos. Pareciera igualmente difícil el elaborar una base común de principios relativamente estables en el tiempo que permitan agrupar una normativa alrededor de ello.

No obstante, la prueba no resulta fácil. Por ejemplo, cuando estudiamos por primera vez la historia mercantil nos salta de inmediato el concepto de "buena fe". Toda la regulación mercantil no hace sino

preservar lo que llamaríamos la situación prerregulatoria. Es decir una especie de “época dorada” en la cual la buena fe alimentaba las relaciones comerciales. La misma hacía innecesarias regulaciones exhaustivas por cuanto las mismas eran innecesarias en una época de motivaciones “nobles”. Para lograr lo que la libre voluntad no hacía las reglas recurrieran en auxilio del principio de buena fe. Cuando transportamos el principio nacido en pequeños grupos de comerciantes locales a los mercados internacionales de la sociedad global de hoy en día pareciera que la situación es un poco más compleja. Incluso buena fe podría ser confundida con ignorancia de cómo las cosas se hacen en un determinado ámbito dando lugar a toda una serie de concepciones que podríamos calificar extramercantiles. Por esa línea se han ido colando pretendidas nuevas ramas del derecho como por ejemplo el llamado derecho de protección a los consumidores, el derecho de regulación económica, etc.

El principio tiene vigencia porque regulamos todos los días más tratando de reducir el espacio en el cual se mueven las negociaciones de los particulares. Lo que pretendemos decir es que en el mundo económico jurídico la conceptualización con prescindencia de lo económico luce difícil.

El hecho se agrava día a día en la medida en la que el jurista solo participa en la redacción de leyes “económicas” para aportar o la parte redacción –estilo de la norma o los problemas que puedan surgir por la colisión de esa norma con otras normas jurídicas. En definitiva los conceptos quedan vacíos de su contenido histórico, para el cual podían tener toda una línea de argumentación, para convertirse en meras antigüedades sin ningún tipo de vigencia.

Toda esta materia toca temas tan trascendentes como el relativo a la codificación. Sin lugar a dudas que la misma nos producía o le producía al hombre del siglo XIX una cierta tranquilidad no solo en cuanto a los procesos de transformación legislativa sino también en cuanto a la unidad lógica de los textos que se producían. No era imposible exudar las grandes bases que inspiraban una codificación mercantil. Aun las que eran fuertemente inspiradas por legislaciones extranjeras. La dificultad de las bases de inspiración no solo se deriva hoy en día de lo cambiante y complejo del mundo económico sino también de las influencias globales en la elaboración de las mismas. Si en algo no existen definitivamente

los nacionalismos es en el comercio. Por tanto nuestras conceptualizaciones jurídicas lucen como una tarea ciclopea. En la práctica la dificultad deriva de hacer proposiciones jurídicas que al final no son otra cosa que trasplantes económicos que siempre van a mantener su sello de origen. No obstante, no queremos negar la necesidad presente en el pensamiento jurídico de tener hitos que permitan ubicar los temas con prescindencia de las causas que los originaron. La discusión estriba sobre si la evolución jurídico mercantil en la cual ha estado presente, siempre, en algunos momentos con el peso sobre el autor y en otros sobre su actividad, la necesidad de definir lo que hace el comerciante de ayer y el empresario de hoy puede y debe justificar la elaboración de un concepto jurídico que defina a una actividad jurídica.

Pensamos que la respuesta no puede ser superficial ya que la misma implica toda una concepción de la disciplina mercantil.

El segundo elemento a examinar este representado por la complejidad de las actividades del tráfico comercial. En el pasado uno de los aspectos más complicados de la teoría del acto de comercio era como preservar la unidad de un acto que se descomponía en una serie de actividades que podían desarrollarse en períodos cortos o largos de tiempo. Muchas veces la relación entre ellas implica tal grado de complejidad que se hace necesario buscarle una finalidad común lo cual no es tarea fácil.

Este tema ha adquirido una especial significación cuando analizamos la especial complejidad de determinadas actividades. Por ejemplo, las operaciones de la banca previstas en el numeral catorce del art. 2 del Código de Comercio. Es obvio que estamos frente a una actividad que requiere de un empresario al cual no solamente se le exige una autorización estatal para funcionar sino que adicionalmente esta sometido a un sin fin de controles que hacen que su actividad toque a distintas normas del derecho público y privado. El tratar de agrupar las operaciones como activas y pasivas de acuerdo a que lado del balance del banco se coloque el cliente pudiera resultar una foto adecuada desde el punto de vista económico.

El ejemplo tradicional citado por alguna doctrina patria acerca de la actividad de espectáculos públicos no es revelador sino de la punta del iceberg del problema. El tratar de utilizar la metodología del agrupar bajo un solo concepto desde la óptica de reducir un interminable listado

de actividades que se consideran comerciales no obstante se corren una serie de riesgos importantes:

1. Pueden mezclarse actividades reguladas por distintas ramas del derecho.
2. Se agrupan actividades que luego va a ser difícil de relacionar o asociar con lo cual puede destruirse la unidad original,
3. El esfuerzo anterior nos va necesariamente a llevar a un nuevo esfuerzo con miras a asociar actividades a fin de agruparlas bajo un concepto homogéneo de acto de comercio

Al final algunas de ellas tienen tanta autonomía e identidad propia que sería muy difícil poder asociarla con otras actividades. Ello lo que quiere decir es que no siempre van a hacer falta todas para completar lo que el código quiso que fuera un acto de comercio. De hecho en la ejecución de dichas actividades interviene un número de actores que pueden o no tener la cualidad de comerciantes. Existen conceptos como el relativo a “industrias” que están profundamente enraizados en los conceptos del siglo XIX que percibían una cierta estructura o infraestructura física como el soporte de la actividad. ¿Cómo podemos valorar en esta idea a empresas que por su propia esencia trabajan con elementos tan inmateriales como la información? De hecho hacia el futuro vamos a ver cada vez más a empresas cuyo activo fundamental va a estar representado por la sofisticación de la información que posean. Que quede claro que este no es el único campo del derecho mercantil donde la información o la manera de procesarla juega un papel importante. Como bien se ha mencionado en la doctrina la desmaterialización de los títulos valores ha cuestionado principios tan arraigados en nuestra mentalidad jurídica como el de la incorporación.

En el concepto que tratamos de formular el resultado juega un papel clave en todo el proceso.

A lo largo de la historia mercantil hemos tratado al acto como un objeto “inerte” de laboratorio el cual está sujeto a nuestra clasificación utilizando cualquiera de las metodologías existentes. De hecho me viene a la mente el ejemplo dado por la doctrina del padre comerciante que regala un vehículo a su hija. Nos enseñaban que dicho acto no era comercial por cuanto no se perseguía un fin de lucro. Pero contradictoriamente se amparaba bajo el mismo concepto de no

mercantilidad al acto por el cual un comerciante liquidaba su mercancía por debajo del precio para reponer inventarios.

La no mercantilidad del primer acto (regalo a la hija) es evidente la del segundo no nos parece tal.

Los equívocos pueden derivarse de la falta de consideración del resultado. Nunca ha sido algo tan acertado como aquella expresión de la ordenanza francesa del comercio terrestre de 1673 cuando dice: “Los burgueses y otros gentes que no son comerciantes, ni artesanos, incluso los cargos oficiales que se mezclan en el tráfico de comprar y revende, serán considerados comerciantes... aunque solo hagan el comercio de pasada”<sup>1</sup>.

En un mundo en el cual la barrera entre empresarios y no empresarios se ha ido estrechando, en gran parte gracias a las redes de información que reducen la necesidad de costosas infraestructuras empresariales, no es fácil poner barreras a la profesión (actividad habitual) de las personas. Más bien lo que se plantea es la necesidad de examinar los resultados obtenidos de la determinada actividad para clasificar a la misma como empresarial comercial. De hecho esta intuición está presente en la teoría mercantil cuando trataba de utilizar términos como lucro y circulación de la riqueza para calificar a las actividades como comerciales.

La mercantilización de la sociedad en el nuevo milenio va a expandir de tal manera el ámbito del derecho mercantil exponiéndolo al riesgo de desdibujarse por lo amplio de las actividades en las que interviene.

Nunca en su historia se ha separado más del derecho civil pero nunca ha tenido un riesgo tan grande de dispersarse en disciplinas que se van a ir creando con el objeto de entender una multiplicidad de acontecimientos jurídicos sin vinculación con el pasado.

Por más curioso que nos parezca el resultado no es un elemento nuevo en la concepción mercantil. De hecho existen una serie de conceptos mercantiles como “la protección de la apariencia jurídica” y el de “in favore negotii” que velan por un resultado esperado. Al final del

---

1 Sánchez, Andrés Aníbal. “Marco Histórico – Comparativo de la Nueva Disciplina sobre la Letra de Cambio”. En “Derecho Cambiario Estudio sobre la Ley Cambiaria y Cheque”. Editorial Civitas. Madrid. 1986, pag. 30



día no solo es el resultado sino la valoración económica social que podemos hacer del mismo.

El trueque como forma primitiva de intercambio se intensificó en la medida que lo sujetos percibieron el valor de lo que estaban haciendo.

En el derecho mercantil cometimos durante mucho tiempo el error de pensar en la valoración económica como único elemento de análisis. Sin querer asumir una posición de política económica que no es nuestro objetivo no podemos dejar de lado en nuestro concepto la trascendencia social del acto. Conceptos tan civiles como el de la igualdad de las partes a la hora de suscribir los contratos han venido siendo infiltrados por modalidades contractuales atípicas que han requerido la intervención administrativa para paliar los efectos de posiciones no igualitarias a la hora de contratar.

La consideración social ha asumido un rol fundamental en la actividad mercantil. El comerciante-empresario de hoy en día realiza actos que cambian su situación patrimonial en forma positiva o negativa no solo por los efectos de la propia actividad sino también por los resultados que pudo o no valorar.

No hemos pretendido elaborar una teoría exhaustiva del tema sino más bien una reflexión que permita adecuar en el tiempo conceptos que por su valor pensamos deben ser preservados en nuestra disciplina.

No obstante, no podemos dejar de reconocer el enorme cambio que el futuro impone y la posibilidad de que muchas instituciones no logren sobrevivirlos.

La teoría del acto de comercio parece estar vinculada con aquellos regazos históricos de la Revolución Francesa que cobraron forma organizada desde el punto de vista jurídico en el derecho napoleónico (léase el código de comercio). Algunos insisten en hablar de un derecho de la burguesía que se ocupo de delimitar lo comercial para evitar intromisiones en su actividad profesional. No sabemos hacia el futuro si el péndulo puede moverse de la persona a la actividad. La doctrina actual francesa (*droit des affaires*) parece buscar con una insistencia valiosa desde el punto de vista intelectual, una delimitación de la actividad. ¿Es posible hablar hacia el futuro de una actividad típicamente comercial como delimitación del objeto de nuestra materia? La respuesta no es

sencilla, algunos autores no perderían tiempo en hablar del acto de comercio y preferirían centrar su análisis en temas de más actualidad integradora. No obstante, el capítulo no ha sido cerrado y quizás el presente trabajo marque una línea de pensamiento encaminada a ello. No hay absolutos en la posibilidad del pensamiento de retomar los viejos temas para plantear el germen de una explicación futura si la misma puede dar respuesta a interrogantes que tiene algún valor presente. El futuro decidirá la intensidad con lo cual debemos analizar o abandonar el tema.

## **Mc Veigh y la pena de muerte**

Fernando Fernández\*

### **1. INTRODUCCIÓN**

El día 11 de Junio de 2001, ejecutaron a Timothy Mc Veigh en los EUA, debido al atentado donde fueron muertas 168 personas inocentes, quienes fueron víctimas de su odio contra el gobierno americano. Su ejecución fue presenciada por sobrevivientes de la tragedia que causó su acto ominoso y ha sido la noticia del momento. Mc Veigh no se arrepintió ni pidió clemencia. Su expreso deseo era morir. El gobierno federal fue quien pagó los gastos de una muerte anhelada. La ejecución de Mc Veigh demuestra que la pena de muerte no disuade a los delincuentes: puede ser un estímulo para que un suicida se lance al delito. Esa es la paradoja.

Muchos activistas y organizaciones de derechos humanos como Amnistía Internacional se han pronunciado en contra de tales ejecuciones. De otra parte, el Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional es el instrumento de mayor importancia que señala el sendero de erradicación de la pena de muerte en el mundo. Como es

---

\* Abogado, Socio de Baker & McKenzie. Coordinador General de la Sección Venezolana de Amnistía Internacional. Consultor del PNUD. Autor de varios libros y monografías y numerosos artículos de divulgación sobre Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Derechos Humanos. Profesor de la Universidad Católica del Táchira, del Instituto de Estudios Diplomáticos Pedro Gual y del Instituto de Estudios Penitenciarios.

sabido, los peores delitos, como son el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la agresión, a pesar de su carácter oprobioso, no serán castigados con la pena de muerte.

Las razones por las cuales la ONU, la OEA y las diferentes Organizaciones No Gubernamentales se han lanzado en una campaña a favor de la abolición de la pena de muerte para todos los delitos, es porque nunca se ha podido probar su utilidad en la disuasión de los criminales y la prevención del delito. De otro lado, los errores de tipo judicial y el prejuicio han puesto en evidencia que muchas veces son condenadas personas inocentes, con retraso mental y hasta menores de edad. La consecuencia de estas ejecuciones por error han demostrado lo irreparable de una muerte equivocada.

*Justificación:* El presente papel de trabajo tiene como objetivo dar a conocer mis puntos de vista personales. También, divulgar algunos datos que pueden servir de aclaratoria a dudas que existen sobre la pena de muerte, y llenar vacíos que existen acerca de este delicado tema. También es necesario expresar nuestra franca oposición a las sugerencias sobre la reimplantación de la pena capital en Venezuela, por lo que aspiramos que sean desestimadas de forma definitiva.

Mucho se ha destacado que la pena de muerte es irreversible. Han sido tantos los errores e injusticias cometidos y ejecutadas tantas personas por ineptitud judicial, que quizás ese sea el argumento de mayor peso para abolirla. Sin embargo, ¿qué pasa cuando el culpable ha confesado su crimen y pide que lo maten?; ¿de qué sirve la pena de muerte cuando se le aplica a un suicida?; ¿ello no será un incentivo para otros suicidas?; ¿pueden los gobiernos subsidiar una muerte deseada?; ¿de qué sirve la pena de muerte; ¿cuál es su utilidad?; ¿quién se beneficia?. La realidad es que no tengo respuestas para todas las interrogantes. Sin embargo, es necesario hacer un alto y reflexionar...

Algunas personas desconocen la imposibilidad constitucional de la reinstaurar de la pena de muerte en Venezuela. Dicha propuesta no prosperó en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, por lo que fue excluida. Sin embargo, la idea de la pena de muerte sigue latente y podría ser relanzado en una mejor oportunidad para sus partidarios. Si esa proposición llegare a ser una realidad, el marco jurídico venezolano daría un vuelco regresivo de 180° a la situación existente desde 1864,

cuando Venezuela abolió de forma total su aplicación para todos los delitos.

*Oportunidad del debate:* Es importante debatir a fondo el tema de la pena de muerte. El peligro de un retroceso histórico de tipo mayúsculo puede acontecer si no se genera una amplia información y discusión acerca de su inconveniencia e inutilidad, al igual que otras formas de violación de derechos humanos que se han asociado a formas de expiación o de penas informales frente a hechos delictivos, como ha sido el caso de la tortura y tratos crueles y degradantes.

## **2. ¿QUÉ SON LAS PENAS?**

*Definición:* Las penas son una de las respuestas del Estado frente a las infracciones a las prohibiciones que establecen las leyes. Son ellas la expresión de la máxima violencia posible en un Estado de Derecho. Sólo el Estado puede imponerlas, previo un juicio objetivo, realizado por jueces imparciales, autónomos e independientes. El derecho penal moderno no considera las penas como un castigo, solamente. Se trata de sanciones legales aplicadas exclusivamente por el Estado, con el deliberado propósito de impedir nuevos hechos delictivos.

*Principio de legalidad:* El principio de legalidad penal exige que las penas deben estar claramente establecidas en leyes previas, conocidas por todos, donde se tipifican los delitos de forma pública, escrita y estricta (*nulla poena, nullum crimen, nulla mensura sine lege praevia, scripta, publica, stricta et certa*).

*Máxima violencia permitida:* La pena es un mal que se aplica a quien ha violado la ley penal. Se admite técnicamente que es un mal necesario, permitido por la ley. También es ampliamente sabido que su uso puede conducir al abuso, lo cual es un hecho notorio constatable en la historia de las cárceles de Venezuela y el mundo. Dado que se trata de la máxima violencia posible permitida al Estado por la ley, es importante recalcar que las penas no pueden ni deben aplicarse sino en su mínima expresión, es decir, que las penas sean cada vez menores en las leyes y en su aplicación.

*Funciones de las penas:* Para que las penas cumplan con la función ejemplarizante que se les asigna, de tipo preventivo y de rehabilitación,

es menester que sean oportunas e inmediatas al hecho cometido. Esa es la condición indiscutible de la eficacia de su función y propósito. Un sistema penal es eficiente, cuando aplica las penas legales de forma contingente y proporcionada al delito que se sanciona. La justicia tardía es una injusticia. Igual lo es la desproporción y la venganza.

### 3. DELITOS, PECADOS Y VICIOS

*La antigüedad.* En la antigüedad los delitos se confundían con los pecados y los vicios. Depende de la visión del mundo de cada cultura o nación en un determinado momento histórico para definir qué cosa debe castigado penalmente con la muerte. Con el tiempo, el Derecho Penal ha servido como único receptor de los delitos. La religión se ha ocupado de los pecados y la moral de los vicios. Sin embargo, por razones culturales diversos países confunden con frecuencia estas categorías. En un país como Venezuela no es posible esta confusión, debido a la nítida separación que existe entre el Estado, las religiones y la moral.

*Dogmas vs. la razón.* En general, los prejuicios, los dogmas religiosos y políticos han sido desencadenantes de los procesos mas crueles de muerte y exterminio. La forma de justificar tales atropellos contra la vida ha sido la de usar las leyes penales para imponer los castigos extremos. Con el avance de la razón y el desarrollo de la humanidad, se observa un proceso progresivo de eliminación de la pena de muerte: en la base de todo se encuentra la educación y conciencia acerca de los derechos humanos.

*Blasfemias, inquisición e intolerancia:* En la antigüedad clásica, la blasfemia se castigaba con la muerte. Por eso murió Sócrates, considerado el hombre más sabio de su era. Para los judíos, varios siglos más tarde, la blasfemia se castigaba de igual forma: por eso murió Jesús en la cruz. La infidelidad religiosa fue castigada por el inquisidor Torquemada con la hoguera: más de tres mil sentenciados fueron quemados por sus creencias religiosas. Igual hicieron las religiones protestantes y así siguen haciendo algunos fundamentalistas en el mundo moderno.

*De la guillotina al genocidio:* También las luchas políticas han dado origen a situaciones terribles: así ocurrió con la Revolución Francesa, donde murieron 18.000 personas en la guillotina. La raza, la condición

social y la condición de débiles en un sistema político determinado, es la única condición para recibir tal sentencia: el caso de las víctimas del nazismo a mediados de siglo y, más recientemente, el genocidio en Yugoslavia, Rwanda-Burundi y muchos otros lugares, han encontrado su base en la aplicación de penas que acaban con la vida humana. Una cosa conduce a la otra.

#### **4. LEGÍTIMA DEFENSA**

*Defensa de la vida:* El ser humano reacciona instintivamente frente a la agresión. El primer hecho natural es la vida. Conservarla es el segundo, derivado del anterior. Frente a esa realidad biológica de la naturaleza humana, que es innegable, han surgido criterios jurídicos que han otorgado validez legal a tales situaciones naturales. De ahí surge el derecho a la defensa de la propia vida, derechos y bienes, que es considerada legítima, siempre y cuando sea proporcionada a la agresión y no quede más remedio que ejercerla. Cualquier violencia fuera de proporción o innecesaria, podría ser un delito o un abuso del derecho de defensa.

#### **5. VINDICTA PRIVATA**

*Autojusticia:* La venganza no es instintiva ni persigue la legítima defensa, que permite la conservación de la propia vida. Es una reacción emocional, posterior al impulso natural de defensa. La diferencia de la venganza con la legítima defensa es notable en la civilización occidental: está prohibida por la ley. Ejercer la venganza (*vindicta privata*), que es hacer justicia por mano propia, se encuentra prohibida legalmente y se le considera un delito.

*Linchamientos:* Una de las manifestaciones perversas de la justicia privada son los linchamientos, cuyo nombre deriva del nombre de Charles Lynch, quien preconizó el siglo XIX en los EUA la aplicación de ejecuciones sumarias en la horca de los cuatrerros. Tal práctica se extendió al Ku Klux Klan en su lucha racista contra los negros, con la perversa comisión de diversos y lamentables homicidios.

*El caso de Venezuela:* Desde finales de los años 80's se han suscitado diversos incidentes de esta naturaleza, en los cuales turbas enfurecidas

han “linchado” a supuestos azotes de barrios. Los datos objetivos de esta situación señalan que, en su mayoría a individuos solitarios, indigentes, alcohólicos o personas indefensas ante la turba. Algunas veces han sido inocentes. La prensa no ha destacado linchamientos de jefes de banda, mafia o pandilla de las que suelen “azotar” los barrios.

*La respuesta jurídica:* En Venezuela, la justicia privada es un delito. Si se comete otro delito, mediante la ejecución del acto de venganza, será de la misma gravedad que aquél. Los linchamientos parten del delito llamado agavillamiento, es decir, ponerse de acuerdo dos más personas para cometer un delito, también es otro delito autónomo del anterior. En otras palabras, nada justifica la venganza ni la autojusticia. Un crimen no se combate con otro crimen.

## **6. JUSTICIA PRIMITIVA**

Nadie sabe como empezó la justicia en el origen de los tiempos. Se piensa que la primera forma de justicia que se ha identificado en la humanidad ha sido la de la horda primitiva, según la cual las sociedades perseguían las ofensas de forma violenta y sin contemplaciones. La organización social de la muta permitía hacer justicia como si se tratase de una cacería.

## **7. LEX TALIONIS**

*Justicia retributiva:* con los Estados incipientes, la Ley del Talión (*lex talionis*) fue la versión originaria del impulso de justicia humana, según la interpretación de la ley divina: “ojo por ojo, diente por diente...”. Se trata de una visión retributiva y elemental de la justicia. Así las cosas, en la antigüedad los crímenes atroces se castigaban con atrocidades iguales, y hasta peores. El fundamento del Código de Hamurabbi, de la Biblia y el Corán, entre otros textos antiguos ha sido el de devolver el golpe con uno igual. La evolución de la humanidad y la cultura generalizada de los derechos humanos ha cambiado esto radicalmente. La Ley del Talión está en extinción. La mayoría de los países desarrollados la han erradicado desde hace mucho.

## **8. EL IUS PUNIENDI, VINDICTA PUBLICA**

*En Estado moderno:* La creación del Estado moderno trajo como punto esencial de su legitimidad y justificación histórica, eliminar la violencia privada, mediante su prohibición y castigo, como fórmula de asegurar su monopolio en manos del Estado: único ente capaz de establecer prohibiciones legales y aplicar los castigos penales, en ejecución del mandato que le dan los ciudadanos, como medio para asegurar la paz social y la seguridad personal. Así las cosas, de la venganza privada, se pasó a la venganza pública, en manos del Estado, de forma exclusiva y excluyente.

*Monopolio de la violencia legal:* Por lo anterior, el Estado moderno y democrático monopoliza la violencia, por lo que solo él puede establecer las conductas prohibidas, lo cual se logra mediante la promulgación de leyes. Corresponde al Estado formar las policías para asegurar el orden público, con respeto de los derechos humanos. Así mismo, le corresponde hacer la acusación penal mediante el Ministerio Público y juzgar por medio del Poder Judicial. Finalmente, le toca al sistema penitenciario la ejecución de las penas y el logro de la rehabilitación. Eso conforma una visión utilitaria del derecho de castigar o *ius puniendi*, a cargo del Estado.

*Monopolio de las armas:* Así como el Estado monopoliza la violencia legal y los castigos penales, de la misma forma controla las armas. En tal sentido, los Estados modernos crean las fuerzas armadas y las policías como instrumentos para lograr la defensa de la paz. Para lograr ese propósito se prohíbe a los ciudadanos portar armas no autorizadas expresamente.

*Excesos de la "vindicta publica":* a pesar de ser un avance que el Estado aplique las leyes penales, la forma en que este lo ha hecho ha superado los horrores de la justicia privada. Los casos de la Alemania Nazi y los sucesos de Bosnia Herzegovina son demostraciones de los excesos a los cuales puede llegar la violencia del Estado, si no existe un ordenamiento jurídico que limite el poder de la organización estatal. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos persiguen ese fin. Las nuevas constituciones lo hacen de forma clara para sus pobladores. En ese sentido, lo relativo a los derechos humanos de la nueva constitución venezolana es un buen ejemplo de consagración de los derechos humanos.



## 9. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO

*Superación de la vindicta pública:* La moderna concepción del derecho penal persigue la realización de la justicia mediante la aplicación del debido proceso en la búsqueda de la verdadera responsabilidad de quien cometió el hecho delictivo. A su vez, las modernas técnicas del tratamiento penitenciario han enseñado que la verdadera función de la pena es la rehabilitación y la reinserción social, por esa razón, el énfasis en la abolición de la pena de muerte se ve realimentado por la alternativa de rehacer la vida de quienes han cometido un delito.

*La responsabilidad:* Uno de los rasgos de la modernidad es que los Estados están obligados a responder por sus actos con relación a los DH. En tal sentido, los organismos internacionales y de integración regional se han visto impulsados a velar por su cumplimiento. El tema de la pena de muerte y su abolición va ganado terreno de forma progresiva.

*Gobiernos y gobernantes:* La democracia moderna se concibe como la mejor forma de gobierno, lo cual ha ido progresando activamente en el mundo y se ha venido imponiendo por su estrecha relación con la garantía de los DH. También los gobernantes han visto derrumbarse antiguos conceptos que permitían una serie de abusos de poder contra la humanidad, como ha sido el caso de la eliminación doctrinaria de la inmunidad de los Jefes de Estado por acusaciones de graves violaciones de los derechos humanos. Un ejemplo a mencionar es la responsabilidad personal de Jefes de Estado en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

## 10. LA PENA CAPITAL EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

*Origen y abolición:* Desde el principio de la humanidad se aplicó la pena de muerte. Fue en el siglo XIX cuando se empezó su erradicación, como fórmula lógica que se derivaba del concepto humanístico del derecho a la vida, que provenía de la Ilustración y la herencia revolucionaria de la Independencia de los EEUU, la Revolución Francesa y la Independencia Venezolana, países pioneros en materia de constituciones escritas en los que se consagraban los derechos fundamentales del hombre.

*Un récord venezolano:* El primer país del mundo en disponer su abolición en un texto constitucional fue Venezuela, en 1864. Luego lo hizo San Marino. Posteriormente, Costa Rica, también la eliminó. En el Siglo Veinte, 67 países la han abolido, especialmente, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948. La Carta Europea de los Derechos Humanos de finales del siglo pasado erradicó para siempre dicha pena de Europa. Es de esperar que el siglo XXI se caracterice por la total erradicación de la pena de muerte de la faz de la tierra, a pesar de la oposición de países musulmanes, del Caribe y de corte fundamentalista o comunista.

## **11. LA PENA CAPITAL EN VENEZUELA**

La pena capital se abolió para los delitos políticos en la Constitución de 1857 (art. 98). Este mismo texto prohibió la aplicación de penas crueles e infamantes (art. 109). Lo más importante de esta Constitución fue la abolición de la esclavitud (art. 99).

El derecho a la vida se estableció expresamente en la constitución de 1864 (art. 14), de la siguiente manera: TITULO III *Garantía de los venezolanos*. Artículo 14: "La Nación garantiza a los venezolanos: 1° La inviolabilidad de la vida, quedando abolida la pena capital, cualquiera que sea la ley que la establezca». De esta manera, Venezuela se convirtió en el primer país abolicionista de la pena de muerte en el mundo. Tal disposición ha sido repetida con algunas variantes de forma inequívoca durante 19 textos constitucionales, hasta el presente. La Constitución de 1999 es inequívoca al prohibirla, conjuntamente con penas perpetuas, crueles e infamantes.

## **12. ¿QUÉ PASARÁ CON LA PENA DE MUERTE?**

Todavía es temprano para predecir que la ejecución de Mc Veigh será el inicio de la eliminación de la pena de muerte en los Estado Unidos. Sin embargo, la forma cínica en la que obligó al gobierno a que le pagara su suicidio ha demostrado que la ejecución no es un factor de disuasión. De su parte, la presión internacional de países de Europa y casos pioneros como el de Venezuela, señalan un camino más justo y

claro sobre el porvenir. La ONU está planteando la firma de un Tratado Internacional para su eliminación en el mundo. Igual iniciativa es adelantada por la OEA en toda América.

Ojalá que el propósito de erradicación de la pena de muerte en el mundo sea realizable pronto.

---

---

Este libro se terminó  
de imprimir en  
Caracas  
en  
*marzo del año 2002,*  
en  
los talleres de  
EDITORIAL TEXTO, C.A.

---

---