

Revista de la Facultad de Derecho

Año 2019-2020. N° 74

Revista de la Facultad de Derecho

Código de LATINDEX: Folio n° 19150

(<http://www.latindex.org>)

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

Facultad de Derecho

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

Año 2019-2020

ISSN: 0255-5328

Fundada en el año 1965

DIRECTOR

JOSE IGNACIO HERNANDEZ

SUB DIRECTOR-EDITOR

JAIBER ALBERTO NÚÑEZ URDANETA

ASISTENTES DE EDICIÓN

VANESSA MARCANO Y ALEJANDRO RAMÍREZ

CONSEJO EDITORIAL

Alfredo Abou-Hassan	Mauricio Subero
Anna María Guarío	Miguel Mónaco
Benigno Alarcón	Milena Liani
César Carballo	Ninoska Rodríguez
Eduardo Trujillo	Rosnell Carrasco
Franco Puppío	Salvador Yannuzzi
Gerardo Fernández	Tamara Bechar
Janesky Lehmann	Antonio Tarrazzi
Luis Pompilo Sánchez	María Isabel Linares
Marcos Carrillo	
María Virginia Alarcón	

CONSEJO DE REDACCIÓN

Aiskel Andrade	Enrique Urdaneta Fontiveros	Luis Aquiles Mejías	Pedro Planchart
Alberto Arteaga Sánchez	Eugenio Hernández Bretón	Luis Ernesto Rodríguez	Rafael Badell
Álvaro Badell	Freddy Caridad	Luis García Montoya	Rafael Bernad
Ana María Guarío	Guillermo Gorrín	Luis Gerardo Gabaldón	Rafael Tobía
Andrés Carasquero	Gustavo Urdaneta	Luis Hernández Merlanti	Ramón Escovar
Andrés Méndez Carvallo	Humberto Romero Muci	Luis Pompilio Sánchez	Ramón Guillermo Avelodo
Antonio Canova	Irma Bontes	Magaly Vásquez	Román Duque Corredor
Antonio Silva Aranguren	Jesús María Casal	Manuel Días Mujica	Ruth Capriles
Carla Serrano	José Antonio Muci	María Amparo Grau	Tulio Álvarez
Carlos Ayala	José Valentín González	María Bernardoni	
Carlos García Soto	Juan García Vara	María Elena Toro	
Carlos Trapani	Juan Miguel Matheus	María Gabriela Cuevas	
Cecilia Sosa	León Henríque Cottín	Mario Bariona	
Corina Yoris	Liliana Fasciani	Pedro Berrizbetia	
Daniela Urosa	Luis Alfonso Herrera	Pedro Jedlicka	

©Universidad Católica Andrés Bello. Apartado Postal 20332.

Caracas 1020-A, Urb. Montalbán. La Vega. Facultad de Derecho.

Teléfonos: 0212 4074238 – 4074237. www.ucab.edu.ve

<http://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rfderecho/index>

Depósito Legal impreso: If196502DF289 / Depósito Legal digital: DC2018000268 / ISSN: 0255-5328

Dirección para el envío de correspondencia y canje:

rfderecho@gmail.com

Correos electrónicos para el envío de trabajos:

rfderecho@gmail.com

Diseño y Producción: **abediciones**

Diagramación: Isabel Valdivieso

Diseño de portada: Isabel Valdivieso

Venta: **abediciones**

Canje y donación: **abediciones**

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

ÍNDICE

Editorial

Jaiber Alberto Núñez Urdaneta.....Pág. 7

Derecho privado

Las declaraciones o deposiciones de las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, como testigos.

Salvador Yannuzzi.....Pág. 19

Consideraciones sobre la prohibición legal del pacto comisorio.

Enrique Urdaneta Fontiveros.....Pág. 49

Aspectos probatorios en el procedimiento oral civil

Francisco Jiménez Gil.....Pág. 85

Convertibilidad de la moneda y Sistema de mercado cambiario.

Andrea Trocel Yabrudy.....Pág. 221

Consideraciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional desde la iniciativa privada.

David Cedeño.....Pág. 243

La prevaricación en la práctica del Derecho venezolano.

Aníbal Ruiz y Olga Molano.....Pág. 267

La contratación internacional en la Ley de Derecho internacional privado venezolana.

Una mirada desde sistemas latinoamericanos.

Claudia Madrid Martínez.....Pág. 297

Derecho Público

In claris non interpretatio ¿puede considerarse este brocardo un parámetro de interpretación constitucional?

Tulio Álvarez.....Pág. 349

El control parlamentario en los tratados de promoción y protección de inversiones en Venezuela	
Ramón Guillermo Avelo.....	Pág. 384
Fiscalidad de las compañías foráneas controladas (CFC) en la Ley de impuesto sobre la renta venezolana.	
Serviliano Abache Carvajal.....	Pág. 447
Análisis de la sentencia N° 5965-2019 del Tribunal Constitucional de Chile, sobre el fuero procesal de los miembros del Comité de prevención contra la tortura (mecanismo nacional de prevención)	
Rafael Tobía.....	Pág. 467
La necesidad de agotar las vías ordinarias o los recursos preexistentes como requisito de admisibilidad del amparo constitucional en Venezuela. Estudio crítico y propuestas	
Miguel Porras.....	Pág. 499
La inconstitucionalidad por omisión legislativa y su aplicación por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia	
Carlos Fuentes.....	Pág. 547
La doble concepción del principio de competencia en la contratación pública venezolana.	
Daniel Rosas.....	Pág. 579
Perspectivas público-regulatorias de una revisión legal necesaria en la industria petrolera venezolana.	
Eddward Rangel.....	Pág. 619
FAES, Derecho Penal del enemigo y represión injustificada del crimen en Venezuela.	
Manuel Romero.....	Pág. 649

Reinstitucionalización del Poder Judicial. Una perspectiva desde la independencia y la objetividad.

Rafael Villavicencio.....Pág. 673

La exigencia de visa como una vulneración del derecho a la unidad familiar de los refugiados venezolanos.

Carlos Rodríguez.....Pág. 709

Regulación internacional del espacio ultraterrestre, situación actual en la legislación nacional y propuestas de reglamentación.

Samuel David Morales.....Pág. 751

La OCDE y el nuevo paradigma del Derecho internacional tributario ¿solución o problema?

Jonás Aponte.....Pág. 797

Convenios de la Haya y Derecho internacional privado: una aproximación con acento europeo a través de la vía diplomática y consular

Maiger Dalay Urbina.....Pág. 843

Justicia Constitucional y Arbitraje

Rosnell Carrasco.....Pág. 873

Derecho Laboral

Intangibilidad de las convenciones colectivas de trabajo, modificación y revisión peyorativa en tiempos de distanciamiento social.

Luis Augusto Azuaje.....Pág. 899

Justicia social en el derecho del trabajo venezolano.

Wilder Márquez.....Pág. 921

El embargo de buque y la prohibición de zarpe en el procedimiento laboral venezolano

Edwing Marval.....Pág. 949

Crónica de la Facultad de Derecho.....Pág. 988

Normas para la presentación de artículos a la Revista de la Facultad de Derecho.....Pág. 1001

EDITORIAL

Jaiber Alberto Núñez Urdaneta

Editor de la Revista de la Facultad de Derecho

La presente edición N°74 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello representa todo un record en número de contribuciones evaluadas y aceptadas, con una diversidad temática y profundidad conceptual digna de mención y reconocimiento, demostrando de esta manera la prolija actividad de investigación jurídica dentro y fuera de nuestra Facultad de Derecho, con especial valor y significado dentro de un contexto tan extraordinario y desafiante como lo ha sido y sigue siendo la pandemia de COVID-19.

En este sentido, es tiempo de agradecer el generoso apoyo de todos los autores, como consagrados profesores e investigadores, jóvenes profesionales y estudiantes, que dentro de unas circunstancias tan difíciles nos honran al compartir el fruto de su trabajo científico y riguroso, con el siempre loable propósito que nos une a todos de contribuir con el avance decidido de la ciencia jurídica, desde la tolerancia y el sano debate de diferentes ideas y perspectivas.

De igual forma este editorial representa un espacio propicio para reconocer y valorar el apoyo del profesor Salvador Yannuzzi en su condición de Decano de la Facultad de Derecho, quien luego de 41 años de extraordinaria dedicación académica ha decidido solicitar el beneficio de la jubilación. Vale la pena resaltar y agradecer su cariño personal con la Revista, expresado en su constante y siempre entusiasta apoyo a los esfuerzos editoriales de la misma, no solo como destacado autor de diversos artículos, sino también como interlocutor de primer nivel con las autoridades universitarias, permitido desarrollar exitosamente el proceso de transformación digital de la Revista, que entre otros beneficios ha permitido recuperar su memoria histórica gracias al arduo proceso de digitalización de todas sus ediciones desde la N° 1 correspondiente al año 1966, junto con el sostenido incremento de su alcance y difusión gracias a la potencialidades del mundo digital, lo que en conjunto con la tradicional calidad de los trabajos publicados, nos permite afirmar con

satisfacción que la Revista de la Facultad de Derecho continua siendo fiel a su historia y reconocido prestigio tanto a nivel nacional como internacional

En este orden de ideas, contamos con siete artículos publicados en el ámbito del Derecho Privado, trece artículos publicados en el ámbito del Derecho Público y tres relacionados con el Derecho del Trabajo, los cuales se detallan a continuación.

El Decano Salvador Yannuzzi, aborda un interesante tema de derecho procesal en torno a las declaraciones o deposiciones de las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, destacando como en la legislación venezolana siempre ha existido una prerrogativa para las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, en el sentido de evitarles concurrir a la sede de un tribunal cuando sean llamados a deponer en calidad de testigos; Sin embargo, no existe normativa que establezca la forma en que dichas altas autoridades procedan a cumplir con el deber de declarar los hechos que conocen, ya que, si bien se menciona alguna alternativa para ello, no se indica ningún procedimiento, quedando sin resolver una serie de interrogantes para que la evacuación de la prueba pueda hacerse de manera segura, en cumplimiento de las regulaciones que para la sustanciación de la prueba de testigo dispone el Código de Procedimiento Civil.

El destacado académico Dr. Enrique Urdaneta Fontiveros nos introduce a la discusión en torno a la prohibición legal de que acreedor y deudor convengan de antemano en que el acreedor se apropie o disponga libremente de la cosa dada en prenda o hipoteca en caso de que el deudor no cumpla la obligación garantizada a su vencimiento. Examina el fundamento o razón de ser de la prohibición del pacto comisorio para extraer de allí el significado que debe atribuirse a las disposiciones legales que regulan la materia. En su trabajo examina algunos supuestos excluidos del campo de aplicación de las disposiciones legales que prohíben el pacto comisorio, así como algunos supuestos de tipificación dudosa, es decir, casos que la doctrina y la jurisprudencia discuten si deben quedar comprendidos o no dentro de la prohibición legal. Por último, analiza los efectos que produce la estipulación del pacto comisorio en el Derecho venezolano.

El profesor Francisco Jiménez Gil se adentra en el análisis de los aspectos relativos a los principios y normas del derecho probatorio en su aplicación en el procedimiento oral

establecido en el Código de Procedimiento Civil vigente; mediante el estudio específico de la relación existente entre los principios que informan dicho procedimiento oral y las normas generales de derecho probatorio, propendiendo a su armonización; indagando en la oportunidad y formas de promoción, evacuación, control, impugnación y valoración de los medios probatorios en el procedimiento oral civil; investigando los poderes del Juez en materia probatoria en el referido procedimiento y con la intención de ofrecer posibles soluciones a las situaciones de contradicción o colisión de normas que pueden existir.

La notable jurista Andrea Trocel Yabrudy aborda el análisis de las implicaciones que desde el punto de vista jurídico surgieron a raíz de las modificaciones aplicables al régimen de convertibilidad de la moneda y a los mecanismos para realizar operaciones cambiarias en el sector privado desde la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N° 1 del 7 de septiembre de 2018.

El abogado David Cedeño desarrolla en su artículo algunas consideraciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional desde la iniciativa privada. Destacando que la función jurisdiccional es quizás la actividad humana más importante de todas, actualmente es ejercida por el Estado, quien es representado por sujetos que han obtenido los más altos cargos como resultado de alianzas, o de una sagaz manipulación mediática de la psicología social y la propaganda para el control de las masas, sin que los méritos, los logros, la experiencia, las capacidades ni las competencias de los funcionarios jueguen un papel fundamental en la designación de sus respectivos puestos. Actualmente, en mayor o menor medida el acceso a la justicia constituye uno de los negocios ilícitos más lucrativos, reservado casi exclusivamente para quien ostenta poder político, económico o una combinación de ambas cosas. Es por ello que la función jurisdiccional (incluido el sistema penitenciario) debe ser desarrollada por organizaciones privadas con fines de lucro sometidas a estrictos medios de supervisión y control a cargo tanto del Estado como de la comunidad y de los medios de comunicación, sobre la base de parámetros preestablecidos que procuren la estandarización y uniformidad del quehacer jurisdiccional, tanto en su parte operativa como administrativa.

En este sentido, los destacados profesores Aníbal Ruiz y Olga Molano deliberan acerca de la prevaricación en la práctica del derecho venezolano. Los fundamentos epistemológicos en esta disertación están vinculados con las ciencias jurídicas y son explicitados en un orden cognoscente con la intención de interpretar y comprender los significados en el ejercicio de la abogacía. El sustento metodológico del análisis argumentativo se basó en la revisión documental de los planteamientos teóricos relacionados con el ejercicio de la carrera de derecho, la práctica empírica y los planteamientos éticos. Se concluye que la prevaricación, está reñida con la práctica de la abogacía, esta debe estar regida por los más altos principios altruistas del ser humano y en principio ello debería ser así, es decir, la honestidad, la integridad, la lealtad, la probidad, el estudio, el conocimiento y la rectitud deberían ser el norte de todo aquel que se ha dedicado al estudio de las leyes, la defensa del derecho y la justicia.

En la línea de Derecho Internacional Privado, la importante jurista y profesora Dra. Claudia Madrid Martínez, analiza las soluciones de la Ley de Derecho internacional privado venezolana en materia de contratos internacionales, en el contexto latinoamericano, que permitirá evaluar sus soluciones y determinar su adaptación a la realidad del mundo de los negocios después de más de veinte años de vigencia.

En el área de Derecho Público, esta edición aborda diversos temas de gran relevancia. El notable investigador Tulio Álvarez, devela las diversas dimensiones en el proceso interpretativo, afirmando la imposibilidad de uniformidad de método al ejecutar la interpretación y aplicación del derecho a la resolución de controversias. Se vale de un análisis sobre el brocardo *in claris non fit interpretatio* para demostrar la diferencia en la interpretación de diversos instrumentos normativos, en especial los contratos y la ley. Además, aprovecha para proponer los parámetros fundamentales que debe considerar el intérprete al momento de fijar el sentido de la norma constitucional, como instrumento marcado por elementos meta jurídicos que determinan su valor y entidad. Un esfuerzo que permite identificar las posiciones encontradas en cuanto a la consideración de la jurisprudencia como proceso de creación normativa, al tiempo que resalta la utilidad de la filosofía del derecho como esfuerzo de abstracción que permite la definición del mejor Derecho e impide la calcificación normativa.

En lo que respecta al Derecho Constitucional, el Dr. Ramón Guillermo Avelo estudia cómo constitucionalmente el Poder Público venezolano se encuentra distribuido en lo territorial y dividido en lo funcional. Al órgano legislativo nacional incumbe la legislación y el control del gobierno y la administración. La aprobación por Ley de los tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo es una de las disposiciones para asegurar ese control. En la década de los noventa del siglo XX, en un clima de apertura estimulado por la globalización, la mayoría de los países del mundo apreció la necesidad de reglas para ordenar esas nuevas y crecientes realidades económicas internacionales y sus consecuencias. Esas regulaciones no podían ser unilaterales o nacionales, requerían acuerdos internacionales. Entre otros instrumentos de Derecho Internacional, Venezuela, tradicionalmente receptora de inversiones extranjeras y con vocación para invertir en otros países, suscribió tratados de promoción y protección de inversiones. Este trabajo analiza el control parlamentario de esos tratados de inversiones, en su contexto constitucional y político.

En cuanto al Derecho Tributario, el reconocido profesor Serviliano Abache Carvajal toca el tema de la fiscalidad de las compañías foráneas controladas (CFC) en la ley de impuesto sobre la renta venezolana. Al respecto propone un análisis descriptivo y crítico sobre las reglas CFC establecidas en el régimen venezolano de transparencia fiscal internacional.

El destacado profesor Rafael Tobía, por su parte, analiza y comenta la sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile, dictada en el Rol N° 5965-2019, emanada en fecha 04 de abril de 2019. Dictada con motivo del ejercicio del control preventivo y obligatorio de la constitucionalidad de los artículos 9 y 10 del proyecto de Ley adoptado por el Congreso Nacional (Boletín N° 11.245-17) que designó al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura. La sentencia declaró la inconstitucionalidad del artículo 10, que había consagrado un *fuero procesal* para asegurar la independencia funcional de los miembros que integran el Comité de Prevención de la Tortura, adscrito al INDH, con el objeto de evitar que el ejercicio de sus funciones pueda ser afectado u obstaculizado por acciones judiciales infundadas o temerosas. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el

establecimiento del referido *fuero procesal*, justificando ello –principalmente– en la infracción del principio constitucional de igualdad ante la ley. El análisis y comentarios que se realizan permiten evidenciar y concluir que la declaratoria de inconstitucionalidad pronunciada respecto del *fuero procesal* de los miembros del Comité de Prevención de la Tortura, es cuestionable a la luz de la propia Constitución Política, afecta disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y su Protocolo Facultativo que han sido ratificados por Chile, y se aparta de la jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional ha adoptado en casos anteriores.

El abogado Miguel Porras, expone en su artículo, la necesidad de agotar las vías ordinarias o los recursos preexistentes como requisito de admisibilidad del amparo constitucional en Venezuela. Resaltando que la cultura jurídica venezolana, entendida como compendio de prácticas reiteradas de interpretación y aplicación del Derecho, demuestra una suerte de alergia al amparo constitucional, procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Esta situación ha arrojado un menoscabo general en la protección de los derechos y garantías fundamentales, resistencia al cambio de paradigmas y apego a formalismos. Uno de los mantras que abandera esta visión lo constituye la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria o los recursos preexistentes como requisito de admisibilidad del amparo, manifestaciones de su supuesto carácter extraordinario. Se pretende, pues, contribuir a la desmitificación de este concepto y a la consecución de una cultura jurídica respetuosa de la institución del amparo.

Continuando con la línea de Derecho Constitucional, el autor Carlos Fuentes realiza una investigación dirigida a estudiar el instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa expresamente previsto en el artículo 336.7 de la Constitución así como su aplicación por parte de la jurisdicción constitucional en Venezuela. Para su desarrollo, se aborda el fundamento constitucional y legal del instrumento adjetivo, su concepto, justificación, modalidades, legitimación, procedimiento, objeto, la necesidad de una violación concreta para su debido conocimiento y resolución, normas constitucionales objeto de tutela y el contenido de la sentencia que la declara para concluir, con fundamento en un criterio propio del autor y poniendo especial énfasis en la actuación que la Sala

cúspide de la justicia constitucional ha llevado a cabo en torno a la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, en una postura que asegure el racional uso de la figura objeto de tratamiento así como el equilibrio que entre los Poderes Públicos debe imperar.

El abogado Daniel Rosas, trata un tema importante del Derecho Administrativo, abordando la concepción del principio de competencia en materia de contratación pública desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la perspectiva orgánica, entendido como la atribución de facultades de decisión a un órgano o ente público sobre una determinada materia. En segundo lugar, este trabajo fundamenta la existencia de una segunda perspectiva del principio de competencia con base en la normativa legal vigente en materia de contratación pública, este principio puede ser también entendido desde el ámbito de la amplia concurrencia y la necesaria competitividad entre los participantes. En ese sentido, se analizan las normas legales pertinentes y sumado al sustento doctrinario internacional, se explica también la relación entre esta segunda concepción del principio de competencia y otros principios generales del Derecho Administrativo que informan la contratación pública.

El autor Eddward Rangel presenta el trabajo titulado Perspectivas público-regulatorias de una revisión legal necesaria en la industria petrolera venezolana, el cual tiene como propósito sentar bases sobre el panorama jurídico y político-económico del negocio petrolero en Venezuela. Se pretende esgrimir cómo –desde reformas bien pensadas y estrategias de desregulación del negocio– la implementación de una nueva política pública petrolera enfocada en la apertura de la industria podría, en un corto a mediano plazo, reactivar la economía venezolana. Esto gracias a la participación justa y equitativa del sector privado, nacional o extranjero, con el Estado en las actividades *Upstream* y *Downstream*. En este sentido, se busca presentar una propuesta adaptada a la realidad venezolana, que sea parte del estado actual con la participación de capital privado en la industria petrolera, revisando una posible adaptación del marco regulatorio vigente. Luego, se señalan aspectos fiscales sobre el sector de los hidrocarburos que necesitan una evaluación hacia la eficacia-eficiencia del sistema de tributos, para finalmente proponer un posible nuevo esquema público-regulatorio de apertura del sector.

Dentro de los estudios del Derecho Penal, el abogado Manuel Romero presenta un trabajo sobre FAES, derecho penal del enemigo y represión injustificada en Venezuela, que desde la creación en el año 2017 del comando de “Fuerzas de Acciones Especiales”, se ha venido presentando en Venezuela una actuación policial que ha sido denunciada, de acuerdo a diversas organizaciones de ámbito internacional como la ONU, y víctimas anónimas, como arbitraria y plagada de diversos atropellos legales como las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada de personas; todas envueltas en una justificación de reprimir los altos niveles de delincuencia en Venezuela. Dicho escenario guarda una relación directa con una teoría propia de la filosofía del derecho penal conocida como “Derecho penal del enemigo”, la cual establece una serie de consecuencias derivadas de la represión del enemigo mediante leyes penales punitivas y falta de regulación judicial, y cuyas semejanzas con los resultados colaterales de las operaciones ejecutadas por el referido comando policial permiten evidenciar un escenario perjudicial para la sociedad venezolana, y una necesaria revisión de la legislación tendiente a regular los hechos delictivos y su prevención.

Del mismo modo, el especialista en Derecho Procesal Rafael Villavicencio, nos habla de la crisis que atraviesa el Poder Judicial en Venezuela, que tiene una génesis histórica de larga data, con diversas aristas que se esbozan en esta investigación. A fin de concretar el Estado de Derecho que a su vez garantice la democracia, crecimiento de la economía y legitimidad, se requiere de una revisión urgente del modelo actual. A tal efecto se analiza el concepto de independencia, la evolución del Poder Judicial en Venezuela, los factores actuales que aquejan su funcionamiento y se realiza una propuesta que permite la materialización de la independencia, a través de la elección de los mejores con base en criterios objetivos, que garanticen que el juez pueda ejercer su función sólo atendiendo al derecho y al contenido del expediente.

En el área de Derechos Humanos, el abogado Carlos Rodríguez expone que en los últimos años se ha observado una constante y masiva salida forzada de venezolanos como consecuencia de la falta de alimentos, medicinas, la situación económica y laboral, inseguridad, violencia y persecución política. En virtud de ello, el ACNUR ha señalado que la mayoría de estas personas son refugiadas, con base en los criterios establecidos en la

Declaración de Cartagena. Entre 2017 y 2019, Ecuador, Perú, Chile, República Dominicana, Panamá, Guatemala y Honduras impusieron la exigencia de visa en el pasaporte a los ciudadanos venezolanos como mecanismo de contención de la llegada masiva. A su vez, estas medidas se han constituido en una barrera para la reunificación familiar.

En el área de Derecho Internacional Público, se presentaron dos trabajos, el primero de autoría de Samuel David Morales que aborda la regulación, que desde el derecho internacional público, se le ha dado al espacio ultraterrestre y las actividades que en él pueden ejercer los Estados y particulares. Se hará una extensiva revisión de los principales instrumentos normativos de derecho internacional, revisando Tratados y Convenios al igual que Declaraciones de Principio que configuran las obligaciones de los Estados signatarios y el régimen general de responsabilidad internacional en el área, labor codificadora cuya dirección ha sido liderada por las Naciones Unidas. Se revisarán las distintas Agencias y Comités de las Naciones Unidas que están dedicadas al área relacionada al espacio ultraterrestre. Luego daremos un salto a revisar la desafortunadamente escasa legislación nacional, y la situación actual de la industria espacial venezolana desde un punto de vista jurídico y de política pública; concluyendo con unos modestos aportes que creemos pueden llevar en un futuro a Venezuela a crecer en el área.

El segundo, Jonás Aponte analiza los nuevos derroteros del derecho tributario, conjurado en una desformalización de sus normas y principios. El Plan BEPS además de formular 15 grandes líneas de acción ha introducido y popularizado ciertos términos que criminalizan tanto a los contribuyentes en general y a las prácticas o esquemas utilizados para procurar disminuir las cargas fiscales, en ocasiones inapropiadas. En tal sentido, se hará referencia a la naturaleza del Plan BEPS y cómo lejos de ayudar a frenar la distracción de ingresos fiscales genera mucha inseguridad jurídica.

El autor Maiger Dalay Urbina desarrolla en su artículo como la vía diplomática y la vía consular representa los mecanismos tradicionales de cooperación jurídica internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado. En tal sentido, la presente investigación realiza un estudio crítico aproximativo que se centra en la especificidad española respecto

del marco jurídico europeo, con el propósito de mostrar la influencia que han tenido la vía diplomática y consular en otros instrumentos jurídicos, a partir de los conocidos Convenios de la Haya en materia civil y/o mercantil sobre notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, así como el relativo a la obtención de pruebas, de 1965 y 1970, respectivamente.

Esta edición de la Revista también nos presenta tres trabajos de gran relevancia en el área de Derecho del Trabajo.

El primero es escrito por Luis Augusto Azuaje, quien analiza como la convivencia y actividades humanas se han visto alteradas a partir de la declaración del COVID-19 como pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud, trayendo como consecuencia la afectación social, jurídica y económica de los países. De allí, será necesario debatir sobre la posibilidad de nuevas negociaciones entre empleadores y organizaciones sindicales que modifiquen o revisen medidas peyorativas a las convenciones colectivas de trabajo ya acordadas, y, con el desafío adicional de hacer esas negociaciones en cumplimiento de garantías de seguridad de salud y legales como el distanciamiento personal impuesto que hacen necesaria la incorporación de medios telemáticos para lograr las negociaciones y acuerdos.

El segundo, de autoría de Wilder Márquez, habla de la justicia social en el derecho del trabajo venezolano, partiendo desde el surgimiento del concepto de justicia social, se hace una revisión del mismo pasando por la forma de gobierno predilecta para su ejercicio pero desde la óptica del derecho del trabajo, tanto en la legislación nacional como en las estipulaciones en la materia de la Organización Internacional del Trabajo, desde el punto de vista conceptual, con la finalidad de poder analizar la actualidad práctica de la justicia social en Venezuela con ocasión al Informe de la Comisión de Encuesta de la Organización Internacional del Trabajo del 27 de septiembre de 2019 en virtud del artículo 26 de la Constitución de esta organización internacional.

Finalmente, el tercer artículo titulado “El embargo de buque y la prohibición de zarpe en el procedimiento laboral venezolano” escrito por Edwing Marval, plantea que dentro del procedimiento marítimo el embargo de buque y la prohibición de zarpe se erigen

como medidas típicas o especiales concebidas por el legislador acuático venezolano como una categoría en el marco de la tutela jurisdiccional diferenciada en el género enmarcado dentro un enfoque bifronte teniendo una connotación de aseguramiento material y a la vez de medidas cautelares de acuerdo a la naturaleza de la pretensión y el tratamiento procesal concebido por una norma atributiva de competencia, teniendo excepcionalmente el Tribunal Laboral de SME potestad para decretarlas cuando existan méritos para su procedencia.

DERECHO PRIVADO

REGIMEN PROCESAL DE LA DECLARACION COMO TESTIGOS DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS CIVILES, MILITARES Y ECLESIASTICOS

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB), Teoría General de la Prueba y Pruebas en el Proceso (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Resumen

En la legislación venezolana siempre ha existido una prerrogativa para las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, en el sentido de evitarles concurrir a la sede de un tribunal cuando sean llamados a deponer en calidad de testigos; sin embargo, no existe normativa que establezca la forma en que dichas altas autoridades procedan a cumplir con el deber de declarar los hechos que conocen, atinentes a un proceso determinado, ya que si bien se menciona alguna alternativa para ello, no se indica ningún procedimiento, quedando sin resolver una serie de interrogantes para que la evacuación de la prueba pueda hacerse de manera segura, tratando de cumplir con las regulaciones que para la sustanciación de la prueba de testigo dispone el Código de Procedimiento Civil, y ello es lo que trataremos en este trabajo.

Palabras clave: Testigo. Alta autoridad. Privilegio. Interrogatorio. Control.

PROCEDURAL REGIME OF THE DECLARATION AS WITNESSES OF THE SENIOR CIVIL, MILITARY AND ECCLESIASTICAL OFFICIALS

Abstract

In Venezuelan legislation there has always been a prerogative for high civil, military and ecclesiastical authorities, in the sense of avoiding them attending the seat of a court when they are called to depose as witnesses; However, there is no regulation that establishes the way in which said high authorities proceed to comply with the duty to declare the facts they are aware of, pertaining to a specific process, since although an alternative is mentioned for this, no procedure is indicated, remaining unsolved a series of questions so that the evacuation of the evidence can be done safely, trying to comply with the regulations that the Code of Civil Procedure has for the substantiation of the witness evidence, and this is what we will deal with in this work.

Keywords: Witness. High authority. Privilege. Interrogation. Control.

ACLARATORIA INICIAL

Las legislaciones en general conceden privilegios a algunas personas, en razón de la posición que ocupan, con el fin de otorgarle flexibilidad para que rindan declaración como testigos, cuando son promovidos en esa condición. Sin embargo, la normativa es bastante lacónica en cuanto a la forma y procedimiento que debe cumplirse para que se realice la evacuación de la prueba, en las condiciones más confiables y transparentes, habida cuenta de que ni las partes ni el juez estarán presentes en la oportunidad en que el testigo proceda a contestar el interrogatorio que se le formule, de acuerdo a una de las hipótesis establecida en el Código de Procedimiento Civil; además, el no promovente tiene derecho al control de la prueba, sobre lo cual no hay una disposición específica, ya que la general no podría aplicarse tal y como está concebida.

Por ello, la intención de este trabajo es considerar las alternativas que se tendrían para obtener la declaración, en calidad de testigo, de aquellas personas que son calificadas como altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, en ausencia de disposiciones legales, por lo que exploraremos tres alternativas, a saber: la primera de ellas es evacuar la prueba por escrito, posibilidad prevista en la legislación, pero sin ninguna clase de sistematización de la forma como debe llevarse a cabo, a fin de cumplir con los requerimientos que establece el Código Adjetivo para sustanciar dicha prueba; la otra posibilidad que tratamos es evacuar la prueba mediante traslado del tribunal a la oficina o residencia del testigo, alternativa esta que también está prevista en la legislación, pero sin ninguna regulación específica; finalmente, planteamos la alternativa de evacuar la prueba mediante una video conferencia, lo que no está planteado en materia civil, debido a que cuando se promulgó el vigente Código de Procedimiento Civil no existía la tecnología imperante en la actualidad, por lo que no era previsible implementarlo, pero hoy en día es perfectamente posible, y es lo que tratamos de explicar en este trabajo.

A pesar de las limitaciones de acceso a bibliotecas, debido al encierro obligatorio a que estamos sometidos por la pandemia que azota al mundo entero, en las investigaciones realizadas por internet no encontramos alguna relación sobre el tema tratado.

1. ¿QUÉ ES UN TESTIGO?

En nuestra legislación no se encuentra definición alguna del testigo, simplemente en el Código Civil al referirse a esta prueba, comienza de manera prohibitiva, al indicar cuando no es admisible; sin embargo, encontramos que en el artículo 481 del Código de Procedimiento Civil se hace referencia al deber de deponer, al estipular lo siguiente: “toda persona hábil para ser testigo debe dar declaración”; mientras que en materia penal, observamos que el artículo 208 del Código Orgánico de Procedimiento Penal también se refiere al deber de declarar que corresponde a cualquier persona y señala que “todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a la citación practicada por un tribunal con el fin de que preste declaración testimonial, de declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre el objeto de la investigación, y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de su declaración”, por lo que es mucho más explícito en cuanto a la extensión del compromiso que incumbe a una persona que tenga conocimiento de algún hecho que interese a un proceso. Por otra parte, si nos atenemos a la segunda acepción que del vocablo testigo trae el Diccionario de la lengua española, tenemos que lo conceptualiza como la “persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo”.¹

La doctrina jurisprudencial de España considera testigo “a la persona física que, siendo ajena al proceso, es llamada a declarar por su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos. Ya sea por haberlos presenciado (testigo presencial) o por haber tenido noticias de ellos (testigo referencial).² Por nuestra parte, consideramos que puede conceptualizarse al testigo como “la persona natural, hábil, que declara bajo

¹ Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/social?m=form>. Consultada el 23 de julio de 2020.

²² Tomado de la página web <https://practico-penal.es/vid/declaracion-testigos-proceso-penal-391378126>. Consulta realizada el 25 de julio de 2020. En Venezuela, en materia civil, no se acepta al testigo referencial, mientras que la jurisdicción penal, lo ha venido admitiendo, ante el temor de muchos testigos presenciales, de prestar declaración.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

juramento, en un proceso idóneo, del que no sea parte, sobre hechos sucedidos en el pasado, de los cuales tiene conocimiento”.³

De la definición de referencia,⁴ se destaca que el testigo es una persona natural, lo que es condición sine qua non para su validez, por ser un medio de prueba personal. Al indicar que debe ser “hábil”, nos referimos a que el testigo no esté incurso en alguna de las causales de inhabilidad señaladas en la Ley.⁵ La declaración, necesariamente, debe ser bajo juramento,⁶ y en un proceso idóneo, es decir, en el juicio (bien ante el Juez de la causa o ante un Juez comisionado al efecto)⁷ o en algún mecanismo procesal en que se pueda

³ YANNUZZI, Salvador. Momento en que debe solicitarse la fijación de nueva oportunidad para que declare el testigo contumaz. En *Estudios de Derechos Procesal*. Libro homenaje a Adán Febres-Cordero. Coordinador: Salvador Yannuzzi. UCAB, Caracas. 2013.

⁴ *Ibidem*.

⁵ El Código de Procedimiento Civil venezolano señala una sobreabundancia de causales por las que el testigo no puede rendir declaración (ver artículos 477, 478, 479 y 480); Leyes más recientes, como lo es la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, las reduce a las mismas inhabilidades absolutas establecidas en el Código de Procedimiento Civil; otras Leyes, como es el caso de Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, simplemente las eliminaron, adaptándose con ello a las tendencias más modernas. Sin embargo, muchas de estas limitaciones perviven en Códigos Iberoamericanos.

⁶ En Venezuela se ha considerado un requisito esencial para la validez de la declaración del testigo, que a ésta la preceda del juramento. Al efecto, podemos citar decisiones reiteradas en este sentido. Así tenemos la sentencia número 112, proferida por la Sala Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 13 de Abril de 2000, en la que consideró que el juramento del testigo es una formalidad esencial en el proceso, por lo que no podría ser subsanada o convalidada; criterio reiterado por la misma Sala, en sentencia 482 del 20 de Diciembre de 2001, el que fue reiterado en decisión de la misma Sala de Casación Civil, de fecha 29 de Marzo de 2005 (caso Asociación Civil Provienda). También la citada Sala de Casación Civil, en sentencia del 11 de agosto de 2005 (caso Inversiones Mejoral), ratificó el mismo criterio. En la sentencia número 516 del 11 de Julio de 2007, la citada Sala de Casación Civil, reiteró que el juramento es un requisito esencial para la validez de la prueba de testigo. Por su parte la Sala Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 03382, de fecha 16 de Diciembre del 2003, sustentó el mismo criterio, con lo que ratificó la decisión número 94 del 3 de Mayo de 2000, no obstante que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no exige el juramento en la sustanciación de la prueba de testigos, por lo que obviamente se aplicó la exigencia de la juramentación del testigo contemplada en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, por la remisión genérica que hace el artículo 11 de dicha Ley a dicho Código; sin embargo, no puede perderse de vista que la citada Ley, en su artículo 90, remite a la jurisdicción penal al testigo que “declare falsamente bajo juramento”. (Todas las sentencias citadas, han sido tomadas de la página web del Tribunal Supremo de Justicia). La doctrina jurisprudencial indicada, ya había sido sostenida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 24 de mayo de 1.972, en la que se desestimó aun testigo no juramentado por considerar que dicha falta era una irregularidad sustancial cometida en su evacuación. (Ver BUSTAMANTE MIRANDA, MARUJA. 15 Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1978. Pág. 499).

⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, permite al Juez dar comisión para la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación, salvo las que expresamente prohíbe dicha norma dentro de las que no se encuentra la prueba de testigos. Sin embargo, en los procedimientos orales regidos por la absoluta inmediación no podría comisionarse y el testigo debe declarar ante el juez de sustanciación, como regla general.

recibir la declaración en presencia de un Juez.⁸ Necesariamente el testigo es un tercero en relación con las partes en el juicio en el que debe rendir su declaración, por lo que no tiene interés en el proceso.⁹

2. LOS DEBERES QUE CONCIERNEN AL TESTIGO

La circunstancia de que una persona haya presenciado un hecho que concierna a un proceso, motivo por el cual deba acudir ante el Juez a narrarle lo que aprehendió o conoce de ese hecho, comporta una serie de deberes de obligatorio cumplimiento. Febres Cordero,¹⁰ al referirse al deber del testigo de declarar sobre los hechos que conoce, le asigna una extensión que comprende a su vez los deberes de comparecer, de prestar

⁸ Tendríamos como ejemplo de ello, el juicio correspondiente al Retardo Perjudicial por temor fundado, regulado en los artículos 813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en el que se podría anticipar la declaración de testigos, por ejemplo, por tener el testigo una edad muy avanzada, por padecer alguna enfermedad terminal o porque posteriormente sea muy difícil su localización, como sería el caso de un marinerero, que por la índole de su trabajo están en constante movimiento. No obstante, ello, debe indicarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 1571, del 22 de agosto de 2001, establece la posibilidad de que, en los medios alternativos de resolución de conflictos, las partes, sin intervención judicial, puedan adelantar la declaración del testigo, lo que conllevaría una falta de juramentación. En efecto, la Sala expresó lo siguiente: “Pero los avances tecnológicos que permiten las retransmisiones y reproducciones comentadas, abren otra posibilidad a los fines de la inmediatez, cual es que en las materias que puedan ser sometidas a arbitramento, a ser dirimidos los conflictos que en ellas surgen por la justicia alternativa, las partes puedan adelantar actos procesales, como el testimonio (sic) por ejemplo, e incorporarlos al juicio oral mediante videos u otros sistemas de reproducción de imágenes, siempre que ambas estén presentes en los actos grabados, y ambos promueven al medio contenido en el video. Con esta promoción conjunta se evitan discusiones sobre posibles alteraciones del instrumento, se garantiza que ambos controlaron la prueba y que hasta las ediciones que se efectúen a las mismas las partes consideran que no las dañan”. Sin embargo, unos párrafos más adelante, la sentencia citada, expresó la manera como podría juramentarse el testigo, y señaló lo siguiente: “La juramentación del testigo puede realizarse dentro del acto privado aprehendido por los medios audiovisuales, al igual que los requisitos para el desarrollo del acto, que podrían coronarse con un acta suscrita por los intervinientes. Es más, hasta un árbitro en el papel de juez garante de la igualdad procesal, podrían crear las partes a esos fines”. No estamos de acuerdo con este procedimiento, ya que el testigo debe juramentarse ante el Juez que lo haya convocado sea el de la causa, el comisionado o que el sustancie el Retardo Perjudicial por temor fundado.

⁹ En Venezuela el interés, aunque sea indirecto es causal de inhabilitación para que el testigo declare en el procedimiento regido por el Código de Procedimiento Civil (artículo 478). La determinación del interés es casuístico y queda a la soberanía del Juez. Ver sentencia número 501 proferida por la Sala Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20 de diciembre de 2002, que reiteró criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de noviembre de 1974. Sin embargo, un sector de la doctrina ha considerado que el interés debe ser de orden económico, criterio coincidente con el expresado por la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 06 de diciembre de 1962 (Gaceta Forense 38, Pág. 195).

¹⁰ FEBRES CORDERO, ADAN. La Prueba Testimonial. Revista de Derecho Probatorio. Número 2. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 1.993, Págs. 253 - 254

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

juramento, de someterse a cualquier otra formalidad prevista en la Ley, de responder al interrogatorio y a las repreguntas de la contraparte, de decirle al Juez lo que considere que es la verdad y de comunicar al Juez todo cuanto sabe sobre los hechos objeto del interrogatorio.¹¹

Es decir, el testigo debe declarar sobre aquellos hechos que ha percibido sensorialmente y que interesan al proceso, lo que debe hacer en un acto procesal, como ha quedado dicho, bien sea en el propio juicio o de manera anticipada en los mecanismos establecidos por la legislación si las circunstancias así lo requirieran. Por ello, nos vamos a referir a los deberes de los testigos, a saber:¹² Deber de comparecer al Tribunal,¹³ es obligatorio que el

¹¹ YANNUZZI, Salvador. Ob. Cit.

¹² Ibidem.

¹³ El artículo 494 del Código de Procedimiento Civil, establece este deber, cuyo incumplimiento está sancionado con una multa que no exceda de mil bolívares, hoy en día una cien milésima de bolívar, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Reconversión Monetaria, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.638 de fecha 06 de marzo de 2007, en cuya disposición Transitoria Cuarta, expresa lo siguiente: “Cuarta: Las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, providencias, circulares, instrumentos o actos administrativos de efectos generales y/o particulares, así como en decisiones judiciales, instrumentos negociables, u otros documentos que produzcan efectos legales que hayan sido dictados y/o entrado en vigor, según el caso, antes del 1° de enero de 2008, deberán ser convertidas conforme a la equivalencia prevista en el artículo 1° del presente Decreto-Ley. De igual modo, el papel sellado, los timbres fiscales, estampillas y/o sellos postales, así como cualquier otra especie valorada en bolívares actuales deberán ser utilizados hasta su agotamiento, entendiéndose su valor a partir del 1° de enero de 2008, conforme a la equivalencia establecida en el artículo 1° del presente Decreto-Ley”, por una parte; y, por la otra en el Decreto N° 3.548 de la Presidencia de la República, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.446 de fecha 25 de Julio de 2018, mediante el cual se estableció que a partir del 20 de agosto de 2018, se reexpresaba la unidad del sistema monetario de la República Bolivariana de Venezuela, estipulando que todo importe expresado en moneda nacional antes de la citada fecha, deberá ser convertido a la nueva unidad, dividiendo entre cien mil (100.000).

Obviamente que hoy en día no tiene sentido el monto de la multa, por efecto de la erosión del valor de la moneda en virtud del fenómeno inflacionario y no habría como pagarla porque no están en circulación monedas, por lo que se deberá pagar un monto muy superior. De acuerdo a la norma, debe procederse a aplicar la multa y en caso de no pago de ésta, procederá el arresto proporcional, que dado el monto será de minutos. Rengel Romberg, Arístides. Ob. Cit. Tomo IV. Pág. 344, afirma que al testigo civil no se le aplica la normativa prevista en el Código Penal para el testigo que no cumplió con el deber de comparecer, ya que debe aplicarse la prevista en el citado artículo 494 del Código de Procedimiento Civil. No me parece correcta la apreciación del distinguido profesor Rengel Romberg, y considero que la multa es una simple sanción administrativa, por lo que se podría perseguir al testigo por el delito de negativa de servicios prestados a la justicia. Por ejemplo, en la legislación española se dispone que “el obligado a concurrir (como testigo) que no lo hiciere, o después de haber concurrido se negare a declarar lo que supiere acerca de los hechos, será corregido con multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en la negativa podrá ser conducido a la presencia judicial por agentes de la autoridad y perseguido por un delito de obstrucción a la justicia”. Tomado de la página web <https://practico-penal.es/vid/declaracion-testigos-proceso-penal-391378126>. Consulta realizada el 25 de julio de 2020. En este supuesto, le otorgan (al testigo) la oportunidad para rectificar su conducta y rinda la declaración, antes de que se le procese por el delito. En Venezuela, el artículo 238 del Código Penal

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

testigo concurra a la sede del Tribunal o al sitio que se ha señalado para rendir la declaración,¹⁴ de no hacerlo el testigo será sancionado con una multa o arresto salvo que el testigo goce de alguna prerrogativa, como es el caso de las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, a que se refiere el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, que es el aspecto al que nos vamos a referir en este trabajo; o que estén exceptuados de deponer, como lo serían los diplomáticos acreditados en la República que gocen de

venezolano, tipifica el delito de la negativa a servicios legalmente debidos, cuyo texto es del tenor siguiente: “Todo individuo que, llamado por la autoridad judicial, en calidad de testigo, experto, médico, cirujano o intérprete, se excuse de comparecer sin motivo justificado, será castigado con prisión de quince días a tres meses. El que habiendo comparecido rehúse sin razón legal sus deposiciones o el cumplimiento del oficio que ha motivado su citación, incurrirá en la misma pena. Además de la prisión se impondrá al culpable la inhabilitación en el ejercicio de su profesión o arte por un tiempo igual al de la prisión, terminada ésta”. Estimo que esta norma es aplicable y que no se trataría de doble sanción, ya que la establecida en el Código de Procedimiento Civil, corresponde a una sanción de índole administrativa.

En Venezuela ha sido tradición secular sancionar al testigo contumaz, así vemos que, en una de las primeras leyes sancionadas en la Venezuela republicana, como lo fue la Ley de Hurtos promulgada el 23 de mayo de 1836, en la que se establecía al testigo contumaz una multa de veinticinco pesos o arresto de tres días. (Ver QUINTERO, INES. *El Fabricante de Peinetas. Último Romance de María Antonia Bolívar*. Editorial Alfa. Caracas, 2011. Pág.45).

Sin embargo, pensamos que para que proceda la sanción debe constar de manera auténtica la citación que se le hizo al testigo, ya que el simple dicho o afirmación de la parte promovente no puede convertir al testigo en contumaz, y aplicarle las sanciones, cuando no hay constancia cierta de que el testigo estaba citado.

Evidentemente que la sanción, hoy en día, es absolutamente simbólica, por lo que debe considerarse que, en futuras reformas, se implementará un sistema como el existente en otras legislaciones, como es que el testigo citado de acuerdo a la Ley, que injustificadamente no concurra en la oportunidad fijada para su examen, se le condene a sufragar los gastos ocasionados por su incomparecencia; además, de fijársele nueva oportunidad para su deposición y pagar una multa. Si el testigo persistiere en su rebeldía, que se doble la multa, por cada incomparecencia y se le conduzca por la fuerza al Tribunal o al sitio de la declaración. Lo anterior no obsta para que el interesado pueda solicitar al testigo contumaz todos los daños que se le hubieren causado por la incomparecencia o el retraso en rendir su declaración. Es de observar, que el Parágrafo único del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, permite reclamar al tercero que haya actuado con temeridad o mala fe en el juicio, los daños y perjuicios causados, y dicha norma determina que esa conducta puede estar encuadrada por omitir hechos esenciales a la causa o la de obstaculizar el desenvolvimiento normal del proceso, y la actitud omisiva del testigo puede encasillarse en ellas, al no informar al Juez sobre el hecho que conoce e interese al juicio, siempre que dicho hecho sea fundamental en dicha causa. Pensamos que la sanción debe ser objetiva, es decir, aplicarse por la simple incomparecencia, a menos que el Juez considere que la excusa alegada y comprobada por el testigo contumaz sea razonable, quedando ello a la discrecionalidad del Juez. El artículo 225 del Código de Procedimiento Civil colombiano, contempla una disposición como la que se propone, es decir, si el testigo desatiende la citación debe acreditar dentro de los tres días siguientes a la oportunidad fijada para la declaración, la causa justificativa de su contumacia; de no hacerlo se le multará, sanción ésta que no lo releva de rendir declaración. En el caso de que el testigo justificare, oportunamente, la causa del desacato, se le exonerará de la multa y se le fijará nueva oportunidad para que declare, sin necesidad de nueva citación. En caso de que no concurra, el interesado puede solicitar un mandamiento de conducción para que la policía lo traslade al Tribunal.

¹⁴ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 489 del Código de Procedimiento Civil, concordado con el artículo 191 eiusdem, el Juez de oficio o a solicitud de parte, puede acordar que el testigo sea examinado en el lugar a que se han de referir sus deposiciones.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

inmunidad, de conformidad con previsto en la citada norma.¹⁵ Así mismo, podrían excusarse aquellas personas que tengan un impedimento físico (enfermedad), caso en el cual el Juez puede acordar trasladarse al sitio en que se encuentren para examinar a dichos testigos.¹⁶ En el caso de que el testigo tenga una residencia distinta a la del Tribunal de la causa, pueden declarar ante el Juez de esa localidad, que al efecto se comisione.¹⁷

- a) Deber de jurar, previsto en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, al que se ha hecho referencia con anterioridad, y en Venezuela es considerado un requisito sine qua non para la validez de la declaración. En la nota número 6, se han destacado las decisiones proferidas por el Alto Tribunal de la República referentes a la exigencia del señalado deber.¹⁸
- b) Deber de deponer.¹⁹ Esto implica que el testigo debe contestar el interrogatorio que le haga el promovente, el que le formule el contrario (repreguntas) o el Juez.²⁰ Sin embargo, encontramos algunas excepciones a este deber, como serían los

¹⁵ Las inmunidades son concedidas en consideración a la relevancia que pueda tener una persona en particular, y ello está vinculado a las funciones que ejerce. Estas inmunidades se regulan mediante leyes que se dicten al efecto. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, “están exentos de la obligación de declarar el Rey y la Reina, sus consortes, el heredero y los regentes, en su caso, los agentes diplomáticos acreditados y el personal al servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si lo dispusieren los tratados”. Es decir, que las excepciones están establecidas en el derecho comparado, en razón del rango que tenga una persona. Tomado de la página web <https://practico-penal.es/vid/declaracion-testigos-proceso-penal-391378126>. Consulta realizada el 25 de julio de 2020.

¹⁶ El artículo 490 del Código de Procedimiento Civil, prevé esta hipótesis. En efecto, dicha norma reza: “Podrá también el Juez trasladarse a la morada del testigo, en caso de tener impedimento justificado para comparecer, a fin de que allí sea examinado, disponiéndose así por auto del Tribunal, dictado por lo menos el día anterior a aquel en que haya de verificarse el examen”.

El promovente debe justificar (no probar) dicha circunstancia, aportando medios de convicción al Juez, para que éste acuerde el traslado. Sin embargo, aunque no lo indica el transcrito artículo, pensamos que el Juez debe prevenir al testigo que debe permanecer en el sitio a fin de que rinda su declaración.

¹⁷ En los juicios orales, regidos por el principio de la inmediación es carga del promovente presentar al testigo ante el Tribunal para su examen el día de la audiencia de juicio, independientemente del sitio en que tenga su domicilio, residencia o morada. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del 22 de agosto de 2001, citada en la nota 9, determinó la posibilidad de que pudiera anticiparse la declaración del testigo, recogiendo en un video para transmitirla en la audiencia de juicio, considerándose ello una inmediación de segundo grado.

¹⁸ El Código Orgánico de Procedimiento Penal, establece una excepción en el artículo 214, al disponer que las personas hasta los quince años, declararán sin juramento. Por otra parte, es de acotar que este aspecto, es decir, el juramento, no se puede perder de vista en la declaración de los altos funcionarios civiles, militares y eclesiásticos, habida cuenta de la manera como deben rendirla.

¹⁹ Ver artículo 481 del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ Ver artículo 487 del Código de Procedimiento Civil.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

diplomáticos acreditados en la República que gocen de inmunidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil. También están exceptuados de declarar los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, así como aquellas personas que por su estado o profesión deban guardar secreto respecto del hecho de que se trate.²¹

- c) Deber de decir la verdad. Este deber está aparejado con el anterior, ya que no solo corresponde al testigo declarar, sino que la declaración sea cierta; es decir, que conscientemente no omita ni altere lo captado.²²

3. ¿QUIENES SON LAS ALTAS AUTORIDADES CIVILES, MILITARES Y ECLESIÁSTICAS?

La determinación de a quienes se debe catalogar como altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, corresponde a una calificación que se hace en cada legislación bien sea por motivos protocolares, judiciales o de cualquier otra índole, y la intención es otorgarle determinados privilegios, con el propósito de no perturbar el normal funcionamiento del Estado o de la administración pública, o de la seguridad ciudadana o general, en virtud de las funciones que desempeñan; un ejemplo de ello sería el beneficio del ante juicio de mérito,²³ para evitar que se persiga a un funcionario por razones triviales;

²¹ Sobre el alcance del secreto profesional, puede consultarse a YANNUZZI RODRIGUEZ, Salvador. La Prueba Ilegítima en Venezuela, en el Libro Homenaje al Dr. Ricardo Henríquez La Roche. III Jornadas Anfbal Dominicani. Coordinador: José G. Salaverría. Ediciones Funeda. Caracas 2011. Págs. 247 – 332.

²² Mentir, omitir o alterar sobre lo captado está tipificado como delito, como más adelante se expresa en este trabajo.

²³ El ante juicio de mérito es un procedimiento penal especial, cuya competencia se le atribuye al Tribunal Supremo de Justicia, a fin de que determine si existe o no mérito para enjuiciar a altos funcionarios del Estado, por razón de las tareas que desempeñan, pero no se pronuncian sobre la procedencia de los delitos objeto de la acusación. La intención de ello, es evitar que al funcionario se le persiga por motivos irracionales o fútiles. La legitimidad para hacer la solicitud del ante juicio de mérito corresponde al Ministerio Público. El artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que el Tribunal Supremo de Justicia puede declarar si hay o no méritos para el procedimiento para los siguientes funcionarios públicos: Presidente de la República, vicepresidente de la República, los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros, del Procurador General, del Fiscal General, del Contralor General de la República, del Defensor del Pueblo, de los Gobernadores, oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes de misiones diplomáticas de la República. Ver también el artículo 37 del Código Orgánico de Procedimiento Penal.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

y al que vamos a revisar en este trabajo, cual es la excepción de concurrir al tribunal a declarar cuando han sido promovidos como testigos.

En el caso de los funcionarios civiles y militares, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 266, expresa un listado de altos empleados civiles y militares como lo son el presidente de la República, el vicepresidente de la República, los integrantes de la Asamblea Nacional, los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia, los ministros, el procurador general, el fiscal general, el contralor general de la República, el defensor del pueblo, los gobernadores, oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y los jefes de misiones diplomáticas de la República, por lo que esta puede ser la referencia para determinar aquellos funcionarios que se pueden calificar de “altas autoridades”, y se fundamenta en las funciones que desempeñan. Sin embargo, veremos que en algunos casos exigen alguna ocupación específica para la labor que le es asignada, por ejemplo, dos personas que tengan un mismo rango, alguna de ellas puede gozar de un privilegio que no le corresponde al otro, debido a la índole de sus labores.

En ese sentido, observamos que el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, establece como altas autoridades, las siguientes: el presidente de la Republica o quien haga sus veces; los ministros, los senadores y diputados al Congreso de la Republica²⁴ durante el periodo de inmunidad, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia,²⁵ los gobernadores de Estados, de Territorios Federales y del Distrito Federal,²⁶ los arzobispos y obispos titulares de las arquidiócesis y diócesis,²⁷ y los integrantes del alto mando militar.²⁸

En materia penal, la lista es más larga, quizás por ser una disposición más reciente, por lo que el legislador tomó en consideración cargos que no existían antes de que

²⁴ La vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que abrogó la Constitución de 1961, y sustituyó el Congreso de la Republica, que era bicameral, por la Asamblea Nacional, que es unicameral, por lo que, en este momento, en Venezuela, no existe la figura del senador.

²⁵ La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cambió la denominación del Alto Tribunal de la Republica, de Corte Suprema de Justicia a Tribunal Supremo de Justicia.

²⁶ Los Territorio Federales, hoy en día son Estados y el Distrito Federal fue convertido en Distrito Capital, y se le segregó una parte de su territorio que fue convertida en el Estado Vargas.

²⁷ Esto está referido a la jerarquía de la Iglesia Católica.

²⁸ Estas mismas personas, por disponerlo el artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, gozan del mismo privilegio, en el supuesto de que sean citadas para absolver posiciones juradas o deban hacerlo, en virtud de la reciprocidad, por ser promoventes de ellas.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

comenzara a regir la vigente Constitución. En efecto, el artículo 209 del Código Orgánico Procesal Penal, expresa como excepción de concurrir a declarar a la sede del tribunal, a las personas siguientes: al presidente de la República, el vicepresidente ejecutivo de la República, los ministros del Despacho, el procurador general de la República, miembros del alto mando militar, los gobernadores de los Estados, los diputados de la Asamblea Nacional, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el contralor general de la República, el fiscal general de la República, el defensor del pueblo, los rectores del Consejo Nacional Electoral, el defensor público general, jefes de Gobierno, miembros del cuerpo diplomático acreditados en la República que quieran prestarse a declarar;²⁹ los diputados de los Consejos Legislativos de los Estados, y los oficiales superiores de la Fuerza Armada Nacional con mando de tropa, podrán pedir que la declaración se efectúe en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán, oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente.

Con respecto a las altas autoridades eclesiásticas, esto depende de la organización que tenga cada Iglesia. Por ejemplo, el clero, de la Iglesia Católica, está organizado en una jerarquía ascendente, basado en los tres grados del sacramento del orden (el Episcopado, el Presbiterado y el Diaconado), que va desde el diácono, pasando por el presbítero,³⁰ obispo,³¹ arzobispo, primado, patriarca (en casos más especiales) y cardenal, hasta llegar al cargo supremo de Papa.³²

En Venezuela, aproximadamente, un setenta por ciento de la población profesa la religión católica; el protestantismo, tiene alrededor de un diecisiete por ciento de la población como seguidores; otras religiones, agrupan un seis por ciento de la población, los

²⁹ Debe recordarse que estos gozan de inmunidad y no están obligados a declarar, como se indica en este trabajo.

³⁰ El presbítero es un sacerdote.

³¹ Los Obispos pueden ser: Obispo Ordinario, designado por el Papa para que gobierne una Diócesis o Iglesia Particular, es también conocido con el nombre de Obispo Diocesano; Obispo auxiliar es el asignado a un obispo ordinario para que le supla o ayude en el gobierno de la diócesis; Obispo coadjutor es el designado para que ayude al obispo ordinario en el gobierno de una Diócesis, teniendo el derecho a sucesión esa sede episcopal cuando esta quede vacante. Tomado de la página web <https://blogsaverroes.juntadeandalucia.es/blogdereligion/?p=109>. Consulta realizada el 26 de julio de 2020.

³² Tomado de la página web <https://www.google.com/search?q=jerarquia+de+la+iglesia&oq=jerarquia+&aqs=chrome.6.69i57j0l7.11381j1j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Consulta realizada el 26 de julio de 2020.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

restantes se distribuyen entre ateos, agnósticos, santeros, etc.³³ Las religiones que conviven en el país, deben estar reconocidas por el Estado y su control es por medio de la Dirección General de Justicia, Instituciones Religiosas y Cultos del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz.

Ahora bien, todas estas personas, si han captado sensorialmente un hecho que se discuta en un proceso, están obligadas a informarle (declarar) al juez sobre lo que conocen de ese hecho, con la finalidad esclarecerlo, la diferencia va a consistir si deben concurrir o no al tribunal para rendir esa declaración, de acuerdo al privilegio que les concede la ley.

Sin embargo, debe aclararse que hay personas que gozan de una inmunidad absoluta, por lo que no están obligados a prestar declaración en ningún juicio, sin que ello les acarree consecuencia alguna, salvo que de manera espontánea consientan en ello.³⁴ En Venezuela gozan de este privilegio los jefes de misiones diplomáticas (acreditadas en el país) y los empleados de estas que gocen de extraterritorialidad.³⁵

Adicionalmente, debe observarse, que existen otras personas que están exentas de declarar tanto en materia civil como en materia penal. En materia civil, están exceptuados de declarar como testigos,³⁶ los ascendientes o descendientes, el cónyuge y el sirviente

³³ Datos tomados de la página web https://es.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%B3n_en_Venezuela, el 27 de julio de 2020.

³⁴ Ver el Segundo aparte del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil.

³⁵ La inmunidad diplomática se refiere a los beneficios de la inviolabilidad que goza un diplomático sobre su persona y el país en donde reside y se desempeña oficialmente, la exención de impuestos y de la jurisdicción civil y criminal respecto con los tribunales locales. Estos beneficios fueron convenidos históricamente en reconocimiento a que el diplomático representa a una soberanía diferente y que el ejercicio legítimo de sus funciones no le será innecesariamente impedido. La inmunidad diplomática está regulada por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, regula igualmente estos derechos al Cónsul y a cualquier funcionario consular reconocido oficialmente como tal. También se refiere al derecho que tienen los agentes diplomáticos a no ser llamados a juicio, toda vez que ningún tribunal de algún país determinado puede declararse competente para conocer de acciones intentadas en contra de un agente diplomático extranjero, un soberano extranjero o un Estado extranjero. Tomado de la página web https://es.wikipedia.org/wiki/Inmunidad_diplom%C3%A1tica#:~:text=La%20inmunidad%20diplom%C3%A1tica%20se%20refiere,respecto%20con%20los%20tribunales%20locales. Consultada el 29 de julio de 2020.

³⁶ Ver artículos 479 y 481 del Código de Procedimiento Civil. Aunque el artículo 480 del citado Código establece una inhabilidad para declarar a favor de sus parientes consanguíneos, hasta el cuarto grado, y a los afines, hasta el segundo grado, esta inhabilidad no aplica en aquellos procesos que se tramiten de acuerdo a la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

doméstico; los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y aquellos que por su estado o profesión deben guardar secreto respecto del hecho de que se trate.³⁷ En materia penal eximen de la obligación de declarar, al cónyuge o al que tenga una relación estable de hecho con el imputado;³⁸ a los ascendientes y descendientes y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; a los ministros de cualquier culto respecto de las noticias que se le hubieren revelado en el ejercicio de las funciones propias de su ministerio; a los abogados respecto de las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes y a los médicos y demás profesionales de la salud con relación a sus pacientes. Sin embargo, en todos estos casos (dichas personas) deben concurrir al tribunal y manifestar su intención de no declarar o de estar incurso en alguna causa de excepción.

Hay países que conceden inmunidad a sus nacionales, en virtud de su rango u ocupación, por ejemplo, en España están exceptuados de declarar el Rey, la Reina, sus

³⁷ Se refiere al secreto o sigilo profesional, lo que establece y regula las leyes específicas del ejercicio profesional y en el caso de los sacerdotes de la Iglesia Católica, por imponerlo el Código de Derecho Canónico. Me remito a lo sugerido en la nota 22.

³⁸ La Ley Orgánica de Registro Civil, regula los efectos de las uniones estables de hecho, la manera de constituirla y disolverla. En efecto, la Ley de referencia, dispone las formas como pueden registrarse la unión estable de hecho y las maneras de disolverla, y al efecto establece lo siguiente: Artículo 117. Las uniones estables de hecho se registrarán en virtud de: 1. Manifestación de voluntad. 2. Documento auténtico o público. 3. Decisión judicial. Artículo 118. La libre manifestación de voluntad efectuada entre un hombre y una mujer, declarada de manera conjunta, de mantener una unión estable de hecho, conforme a los requisitos establecidos en la ley, se registrará en el libro correspondiente, adquiriendo a partir de este momento plenos efectos jurídicos, sin menoscabo del reconocimiento de cualquier derecho anterior al registro. Artículo 119. Toda decisión judicial definitivamente firme que declare o reconozca la existencia de una unión estable de hecho, será insertada en el Registro Civil. Los jueces y las juezas de la República Bolivariana de Venezuela deben remitir copia certificada de la decisión judicial definitivamente firme a las oficinas municipales de Registro Civil, para su inserción en el libro correspondiente. Artículo 122. Se registrará la declaratoria de disolución de las uniones estables de hecho, en los siguientes casos: 1. Manifestación de voluntad efectuada unilateral o conjuntamente por las personas unidas de hecho ante el Registro Civil. 2. Decisión judicial. 3. La muerte de una de las personas unidas de hecho, por declaratoria del sobreviviente. En los casos de disolución unilateral de las uniones estables de hecho, el registrador o la registradora civil deberá notificar a la otra persona unida de hecho, de conformidad con la ley. Estas uniones estables fueron incluidas en la vigente Constitución de la República, en cuyo 77 establece lo siguiente: “Se protege el matrimonio, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y obligaciones de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”. Esta norma fue objeto de interpretación por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 1682 del 15 de julio de 2005, y en esta decisión la Sala al referirse a las uniones estables de hecho, dejó sentado, al referirse a la relación concubinaria, que la que debe tenerse como estable, es aquella que reúne los requisitos indicados en el artículo 767 del Código Civil.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino,³⁹ todo ello en consideración a la alta investidura que ostentan y para evitar que los involucren en situaciones que pudieran resultar escandalosas. Por ello, la calificación corresponde hacerla a cada Estado.

4. LA DECLARACIÓN DE LAS ALTAS AUTORIDADES CIVILES, MILITARES Y ECLESIÁSTICAS.

Si bien es cierto, como hemos visto, existen un grupo de personas con el privilegio de no tener que concurrir a la sede del tribunal a prestar declaración en calidad de testigos, no están exentas de prestarla, por lo que debe existir una manera para que dichas personas rindan la declaración, sin que se vulnere el derecho que comporta a los sujetos procesales de controlar la prueba y su evacuación, de acuerdo a la normativa prevista para ello, e inclusive para el juez a fin de preservar la seriedad con la que debe sustanciarse la prueba..

En virtud de que no hay en la ley ninguna regulación relativa a la evacuación de la prueba de testigos cuando se trata de las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, y solamente existe una referencia genérica, en el sentido de que -para interrogar a dichas autoridades- puede solicitarse que contesten por escrito o que el tribunal se constituya en su morada a tales fines, sin que se indique nada adicional sobre la manera de efectuarla. Por ello, nos vamos a referir a tres hipótesis que consideramos pudieran llevarse a cabo, que son las siguientes: a) Evacuar la prueba por escrito; b) Evacuar la prueba mediante traslado del tribunal a la oficina o residencia del testigo; y c) Evacuar la prueba mediante un video conferencia. Las dos primeras son las que están referidas en el Código de Procedimiento Civil, la tercera no se encuentra mencionada en el citado Código.

4.a) Evacuar la prueba por escrito

El aparte primero del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, dispone que en el caso de que alguna de las personas indicadas en su encabezamiento deba rendir

³⁹ De conformidad con lo establecido en el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Tomado de la página web <https://practico-penal.es/vid/declaracion-testigos-proceso-penal-391378126>. Consulta realizada el 29 de julio de 2020.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

declaración como testigo, las partes⁴⁰ pueden solicitar que contesten por oficio o escrito dirigido al tribunal, los puntos del interrogatorio y las preguntas escritas que presentare la parte promovente.⁴¹ Ante estas disposiciones, debemos comentar lo que expresamos de seguidas, ya que, aunque aparenta ser un acto sencillo, veremos que es una actividad compleja que puede tener varias etapas, de acuerdo al procedimiento que se escoja.

Evidentemente que para activar la declaración de una de las personas que tenga este privilegio, lo pueden solicitar cualquiera de las partes, aunque lo natural es que el pedimento lo realice la parte que requiera su declaración, quien al promover al testigo debe indicar la posición que ocupa, salvo que la designación o elección al cargo haya sido con posterioridad a la promoción, o que no conozca la posición que ocupa el testigo. Sin embargo, pensamos que en caso de que se haya omitido la solicitud en la promoción del testigo, no sería causa que impidiera la utilización de esta forma para obtener su declaración, porque este no constituye ningún requisito esencial para la promoción de la prueba de testigos, debido a que la única exigencia establecida en la ley es que el promovente presente la lista de los testigos que deben declarar, es decir nombre y apellido, con indicación del domicilio.⁴² Por tanto, la solicitud podría hacerse posteriormente.

⁴⁰ Es llamativa esta disposición porque la solicitud podría hacerla la parte no promovente, lo que distingue perfectamente el legislador, ya que a renglón seguido indica que el testigo conteste “las preguntas escritas que presentare la parte promovente”. Es decir, se concede la legitimada a ambos litigantes para efectuar la petición.

⁴¹ En los Códigos de Procedimiento Civil anteriores, de acuerdo a lo afirmado por Feo, “deja la ley a las partes pedir, o que el tribunal se traslade a su morada (la del funcionario) y rindan allí su declaración y respondan a las preguntas verbales; o bien que certifiquen en su propia morada ante el secretario y también sobre las repreguntas escritas de la parte contraria”. F. FEO, Ramón. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano. Editorial Rea. Caracas. 1962. Tomo II. Págs. 148 – 149. Borjas hace la misma acotación realizada por Feo, en cuanto al Código de Procedimiento Civil de 1916, respecto a la manera de sustanciar la declaración de las altas autoridades. BORJAS, Arminio. Comentarios al Código de Procedimiento Civil. Editorial Bibloamericana. Argentina – Venezuela. Tomo III. 1947. Pág. 390. Si bien los Códigos adjetivos anteriores, estipulaban las dos alternativas expresadas, que son las mismas establecidas en el vigente, este suprimió que la declaración escrita se efectuara en presencia del secretario del tribunal. No tenía ni tiene ningún sentido que el contrario enviara las repreguntas, sin conocer la deposición rendida por el testigo, como lo manifestamos en este trabajo.

⁴² Ver artículo 482 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 27 del Código Civil establece que “el domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses”, es decir lo que debe señalarse es la localidad y no el sitio de residencia, salvo que el promovente solicite se cite al testigo, caso en el cual debe suministrar una dirección postal. En el acta de la declaración del testigo se deja constancia de su dirección de habitación. El artículo 864 eiusdem, concerniente al procedimiento oral, exige

Consideramos que debe apostillarse⁴³ la prueba, en el sentido de indicar lo que se persigue o pretende probar con la declaración de ese testigo, no solo para determinar su pertinencia,⁴⁴ y legalidad,⁴⁵ sino por estipularlo el primer aparte del artículo 495 del Código Adjetivo que ordena se expresen “los puntos del interrogatorio”, lo que diferencia (la misma norm) al señalar que el oferente de la prueba tiene la carga de consignar “las preguntas escritas que presentare el promovente”, a fin de que las conteste el testigo, por lo

que en el libelo de la demanda se debe mencionar el nombre, apellido y domicilio de los testigos que rendirán declaración, y la misma exigencia está contemplada para el demandado en el artículo 865 eiusdem.

⁴³ En Venezuela el tema del apostillamiento de la prueba ha sido un tema muy sensible. Muy pocos autores hacían referencia a ello, solamente el profesor Jesús Eduardo Cabrera, era de los que señalaban la necesidad de apostillarla, haciendo excepción de la prueba de testigos y de las posiciones juradas, mecanismo para provocar la confesión, y la excepción la fundamenta en que al evacuar la prueba de testigos o sustanciar las posiciones juradas, el contrario puede ejercer la oposición, la que no podría realizar con antelación -según su criterio-, habida cuenta de que no conoce las preguntas que se van a formular durante su sustanciación, por lo que Cabrera afirma de la existencia de la oposición diferida a dichas “pruebas”. En ese particular, debo expresar que comulgo con la posición de Cabrera en el sentido de la carga que incumbe al litigante de apostillar la prueba, pero no excluye a la de testigos, ya que se debe indicar lo que se aspira probar con él, de manera general, y esa oposición diferida a la que hace referencia es solo a los efectos del control de la prueba, derecho que incumbe al contrario, la que sería eficaz al conocer para que se promovió ese testigo, ya que de otra manera el no promovente estaría en la más absoluta ignorancia, lo que se traduce en indefensión. Con respecto a las posiciones juradas el Código de Procedimiento Civil, se encarga de determinar de manera precisa cual es el alcance e intención de su evacuación (ver artículos 403 y 410). En consecuencia, en ese aspecto discrepo de la posición sostenida por el profesor Cabrera.

Jurisprudencialmente, antes del año 2000, de manera eventual, a nivel de instancia, se conseguía algún pronunciamiento sobre este aspecto; pero, es a partir del año 2000 que el Tribunal Supremo de Justicia comienza a inmiscuirse en el tema. En efecto, en la sentencia 66 del 30 de mayo de 2000, dictada por la Sala Plena determinó la necesidad de señalar el objeto de la prueba, sentencia que no tuvo eco, porque su importancia fue el fondo, que era un tema totalmente político. Posteriormente, la Sala Plena Accidental, en sentencia proferida el 8 de junio de 2001, dictaminó que es carga del promovente expresar con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, a fin de que el juez pueda decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente. Por su parte la Sala de Casación Civil, en sentencia 340, dictada el 31 de octubre de 2000, esbozó la exigencia de que el promovente al ofrecer la prueba al proceso debía hacer señalamiento de su objeto y debía indicar con precisión lo que quería probar con el medio ofrecido, excluyendo a la prueba de testigos y a las posiciones juradas, sentencia que pasó desapercibida. Posteriormente, en fecha 16 de noviembre de 2001 (Caso Microsoft), dictó sentencia que fue ratificada sucesivamente, entre otras, con la número 00170 del 25 de abril de 2003, la 00207 del 16 de mayo de 2003, y la 00722 del 1ero, de diciembre de 2003, en las que amplió lo sentado el fallo del 31 de octubre de 2000, en el sentido de la carga del promovente de apostillar todas las pruebas, incluidas la prueba de testigo y las posiciones juradas, explicando las razones por las que se apartan del criterio sustentado por el profesor Cabrera. Sin embargo, en sentencia del 12 de agosto de 2005, la Sala de Casación Civil, regresa a la tesis sostenida en la decisión del 31 de octubre de 2000, en el sentido de la carga que incumbe al promovente de apostillar todas las pruebas, menos la de testigos y las posiciones juradas, tesis que aún mantiene vigente la dicha Sala.

⁴⁴ Ver artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil.

⁴⁵ Los artículos 1387 y siguientes del Código Civil, establecen los casos de inadmisibilidad de la prueba de testigos, en materia civil.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

que debe entenderse (en nuestro criterio) que la exigencia de enunciar “los puntos del interrogatorio”, se refiere a la clara manifestación del promovente de revelar lo que aspira comprobar con el testigo promovido. Pensamos que lo anterior aplica para la promoción de cualquier testigo que se promueva, tenga o no privilegio; pero en caso de que lo tenga, el promovente debe solicitar al tribunal que ante la prerrogativa que tiene una persona, esta conteste por escrito las preguntas que debe presentar como interrogatorio, en virtud de que el examen debe formularse de “viva voz”,⁴⁶ sin embargo, hemos visto que la ley faculta al no promovente para hacer la solicitud.

Las preguntas que presente el promovente, deben versar sobre un solo hecho,⁴⁷ no podrán ser preguntas sugestivas, capciosas o inútiles.⁴⁸ Por tanto, estimamos que el contrario del promovente, como parte del derecho al control de la prueba, tiene la prerrogativa de oponerse a las preguntas que versen sobre más de un hecho o que sean sugestivas, capciosas o inútiles, y el juez debe resolver dicha objeción, y en el caso de que sea procedente, el promovente debe reformular las preguntas objetadas, tal y como lo efectuaría en el acto que se desenvuelva en la sede del tribunal o en el sitio fijado para la declaración del testigo.⁴⁹ Es decir, ya se conocen las preguntas del examen que se le hará al testigo, y la oposición en un acto que se lleve a cabo en el tribunal, o en el lugar fijado para ello, la oposición se haría en tiempo real y de considerarse procedente, el promovente deberá reformular la pregunta; en este caso, se haría anticipadamente a que el testigo reciba el cuestionario; es decir, estamos en presencia del ejercicio del control de la prueba. Si la oposición formulada fuese procedente, ello contribuiría a la precisión de las respuestas del testigo, ya que de otra manera podrían surgir dudas de ello, un ejemplo que se le pregunte al testigo si estuvo en un sitio determinado en una fecha dada, lo que podría suceder que efectivamente estuvo en el sitio pero en otra fecha, y si el testigo no fuere cuidadoso pudiera dar una contestación que no fuere totalmente veraz, o pudiera ser una pregunta

⁴⁶ Ver artículo 485 del Código de Procedimiento Civil.

⁴⁷ Ver el encabezamiento del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil.

⁴⁸ Entendemos por preguntas sugestivas, aquellas que en su formulación contienen o sugieren la respuesta que se aspira del declarante. La pregunta capciosa, es aquella que se formulan de manera engañosa, con la intención de confundir al testigo, y con ello, o bien obtener la respuesta que se desea, o invalidar al testigo. Las preguntas inútiles, serían aquellas que no aportarían nada para el establecimiento de los hechos debatidos.

⁴⁹ Ver artículos 490 y 191 del Código de Procedimiento Civil.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

sugestiva, por insinuarle al testigo una respuesta determinada. Una vez que quede establecido el cuestionario, el juez puede remitirlo al exceptuado de comparecer para su trámite. Pensamos que el juez debe fijarle un plazo prudente al testigo para que conteste el interrogatorio, para lo cual deberá considerar no solo la ocupación o cargo que esté desempeñando, si no el número de preguntas que se le hayan formulado.

Sin embargo, esta solicitud de que el testigo con privilegio conteste las preguntas por escrito, no es un simple requerimiento, sino que estamos en presencia de la evacuación de una prueba, que tiene legalmente formas establecidas para su sustanciación que deben cumplirse, para su validez. La primera que encontramos, al revisar los deberes de los testigos, es la que estipula el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, como lo es prestar juramento, que corresponde al juramento promisorio,⁵⁰ esto es, decir la verdad sobre lo que se le interroga, juramento que si bien no tiene una fórmula establecida, usualmente se realiza con un componente religioso, salvo que el testigo sea agnóstico o ateo, caso en el cual jurará por su conciencia, por su honor o por la patria. El juramento, además de servir para darle seriedad al acto, es la garantía de que el testigo depondrá de acuerdo a la verdad y no callará total o parcialmente sobre lo que se le interroga, ya que si miente o calla, puede ser perseguido por el delito de falso testimonio.⁵¹ Por tanto, es necesario que aquel que está exceptuado de concurrir al tribunal para rendir declaración como testigo, debe juramentarse⁵² y ello debe constar de manera inequívoca, por lo que el juez cuando le dirija el requerimiento al testigo a solicitud del promovente o del contrario, pensamos que es necesario realizar lo siguiente: a) el tribunal debe transcribir la normativa correspondiente a

⁵⁰ El vocablo juramento lo define el Diccionario de la lengua española como la “Afirmación o negación de algo, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas”. Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/social?m=form>. Consultada el 23 de julio de 2020. Puede verse lo expresado supra sobre este deber.

⁵¹ Ver artículo 242 del Código Penal, que dispone que en caso del testigo que afirme lo falso, niegue lo cierto, o calle total o parcialmente lo que sepa sobre los hechos sobre los cuales se le interroga, será castigado con prisión de quince días a quince meses.

⁵² Es necesario que el funcionario preste el juramento y no podría considerarse que por cuanto prestó juramento al asumir el cargo, pueda extenderse para estos fines, en razón de que aquel juramento es para comprometerse a cumplir bien y fielmente las atribuciones del cargo y el promisorio es para comprometerse a decir la verdad de lo que sabe sobre los hechos debatidos en el juicio y a no callar u omitir alguno.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

los impedimentos para declarar establecidos en el Código de Procedimiento Civil,⁵³ a fin de que el testigo manifieste, antes de comenzar a contestar el interrogatorio, si tiene algún obstáculo para declarar,⁵⁴ el que deberá expresar,⁵⁵ y de no tenerlo, b) indicarle que al iniciar la declaración, debe manifestar su nombre, apellido, edad, estado civil, profesión y domicilio,⁵⁶ c) seguidamente indicarle que el testigo tienen que señalar que la declaración que va a rendir la hace bajo juramento, con lo cual estimamos se cumple con la formalidad exigida por la ley, y con ello el testigo estará consciente de la solemnidad del acto, no obstante que no se encuentren presentes ni el juez ni las partes, y d) indicarle que una vez concluya la declaración, proceda a firmarla.

La intención del legislador de otorgar este privilegio está conectada con las funciones que deba desempeñar el exceptuado, a fin de que no descuide su ocupación que está directamente vinculada con el interés público. Por ello, el privilegiado puede contestar el interrogatorio cuando lo estime oportuno, a fin de no distraer sus ocupaciones fundamentales, pero dentro del plazo fijado por el tribunal. Si necesitare una extensión del lapso, debe manifestarlo al juez, mediante comunicación que le dirija, justificando la razón

⁵³ El artículo 486 del Código de Procedimiento Civil ordena que se le lean al testigo las inhabilidades establecidas en ese Código, a fin de que manifieste si se encuadra en alguna de ellas.

⁵⁴ Pueda ser que el promovente no esté enterado de la causal de inhabilidad.

⁵⁵ Pudiera ser que el testigo esté impedido de declarar porque los hechos aprehendidos lo fueron debido por su estado o profesión, por lo que debe guardar el secreto respecto a esos hechos. Así mismo, cuando el testigo de manera contractual se ha obligado a no revelar algunos secretos, como puede ser procedimientos industriales, o fórmulas para la producción de algún tipo de productos, es decir secretos industriales. Sin embargo, puede darse el caso, de que los hechos sobre los que debe versar la declaración estén comprendidos en aquellas materias que han sido clasificadas, por su relevancia, como de carácter secreto o reservado, cuya revelación o divulgación pudiera conllevar perjuicios a órganos de la administración pública o al mismo testigo. Esto depende de la materia de la que se trate y pudiera ser certificada por la propia administración.

⁵⁶ Para dar cumplimiento a este requerimiento se le exige al testigo que suministre su dirección postal completa.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

de ello,⁵⁷ en caso contrario estaría incurso en la falta administrativa⁵⁸ y en el delito de negativa a servicios legalmente debidos.⁵⁹

Una vez que el exceptuado de comparecer comience a contestar el interrogatorio, puede encontrar que hay preguntas que puede considerarlas impertinentes o vejatorias hacia su persona, también pudiera existir alguna pregunta incriminatoria o simplemente no entiende lo que se le pregunta. Ante esta circunstancia, pensamos que el testigo tiene el derecho a oponerse y expresar la razón o motivo por el cual no puede contestar la pregunta; sin embargo, en este supuesto, no habría quien decidiera, de inmediato, si la oposición es o no correcta, porque pudiera ser un error de percepción por parte del testigo. Ante ello, una vez regrese el requerimiento, el juez debe resolver sobre ellos y si los declara improcedentes, devolver el escrito que le haya remitido el testigo con la orden de responder las preguntas, cuya objeción haya sido desestimada.

Un problema que presenta esta manera de tramitar el interrogatorio, es que no se tiene certeza si efectivamente es el testigo quien responde el cuestionario o le ha delegado a otra persona para que proceda a contestarlo, y tampoco se puede determinar, en caso de que sea el testigo o el tercero quien responda, si para ello consultó o leyó papeles o escritos, en contra de la prohibición establecida en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil.

Si partimos del supuesto de que el testigo respondió todas las preguntas que se le formularon, a la parte contraria le asiste el derecho de repreguntarlo,⁶⁰ lo que está en consonancia con el derecho de defensa que le corresponde no solamente para el control de la prueba,⁶¹ sino también para contribuir en la formación de esta. En este contexto, debe indicarse que las repreguntas que pueden formularse estarán referidas a “los hechos a que

⁵⁷ Imaginemos que a un gobernador de un Estado se le envió el oficio o escrito, pero al día siguiente de su recepción, comienzan unas precipitaciones en la jurisdicción de ese Estado que conlleva a crear una situación grave por la existencia de damnificados y endemias, lo que no le permite contestar oportunamente el interrogatorio, por lo que procedería la extensión. El testigo que debe concurrir al tribunal, ante la incomparecencia en la oportunidad señalada, puede justificar la razón, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 496 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁸ Ver artículo 494 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁹ Ver artículo 238 del Código Penal.

⁶⁰ Este derecho está consagrado en el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, que, si bien establece que las repreguntas se harán de palabra, por razones obvias, en este caso, deben formularse por escrito.

⁶¹ Garantía constitucional prevista en el artículo 49 de la Carta Magna de Venezuela.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo”,⁶² por lo que es necesario que el no promovente conozca lo declarado por el testigo,⁶³ a los fines de ejercer, de manera efectiva, ese derecho de control, porque es la única forma de poder constatar si existe algún hecho que se deba aclarar o rectificar; o con vista de lo declarado, formular alguna pregunta que tienda a invalidar la declaración, por estimar que no se ajusta a la realidad. Por ello, sería absolutamente impropio y violatorio del derecho de la defensa que se exigiera que el no promovente consigne las repreguntas antes de enviar el requerimiento al testigo exceptuado de comparecer, ya que las repreguntas solo se formularán con vista a lo declarado, por lo que pudiera suceder que no existiera interés en repreguntar, por ejemplo, debido a que la declaración efectuada no tiene trascendencia alguna.

Por otra parte, es posible que el exceptuado de declarar sea un testigo calificado, cuyo vocabulario estará acorde con su preparación, y es con fundamento a ello que la parte contraria preparará las repreguntas; y de acuerdo a lo expresado por el testigo, es posible que deba requerir ayuda para entender lo manifestado al contestar las preguntas, a fin de preparar el control, por lo que no sería lógico que se le exigieran que presente las repreguntas, conjuntamente con las preguntas, o se le impidiera hacerlas.

Por ello, estimamos que las repreguntas de la parte contraria, deben producirse una vez esta tenga conocimiento de lo declarado; y una vez impuesta de ello, por haberse agregado el escrito remitido por el testigo al expediente, debe manifestar su intención en formular repreguntas, a fin de que el tribunal le otorgue un plazo, para que dentro de este término, consigne las repreguntas que desee formular, y el promovente, a su vez, pueda realizar las objeciones que estime conveniente a dichas repreguntas, para que el tribunal las resuelva; una vez efectuado ello, el tribunal las debe enviar al testigo, para que las conteste por escrito, en el plazo que a dichos efectos le fije. Si el testigo, no contestare las

⁶² Ver artículo 485 del Código de Procedimiento Civil.

⁶³ No se puede perder de vista, que la declaración tiene relevancia cuando llega al conocimiento del destinatario, bien sea del juez para los efectos de su análisis en la sentencia de mérito, y a la parte contraria para los efectos de su control.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

repreguntas, ninguna eficacia se le puede otorgar a su declaración,⁶⁴ en virtud de haber rehusado al control, y puede ser sujeto de las sanciones previstas en la ley como se ha indicado.

En cualquiera de los referidos supuestos, es decir, que el testigo conteste o no las repreguntas, el juez puede a su vez enviarle otro requerimiento con las preguntas que tenga a bien hacerle,⁶⁵ a los fines de ilustrar el juicio del juez, las que pueden referirse a los aspectos sobre los que el testigo ha prestado declaración, los puntos del interrogatorio señalados por el promovente o para averiguar algunos hechos auxiliares que sirvan como apoyo para analizar la prueba en la sentencia de mérito. Aunque la norma que faculta al juez para interrogar al testigo, no indica la oportunidad en que el juez puede hacer uso de esa potestad, estimamos que este interrogatorio debe producirse una vez que las partes concluyan con su cuestionario, bien por voluntad propia o por decisión del juez,⁶⁶ porque si se hace anticipadamente puede conllevar a que el testigo se contraiga al declarar ante el condicionamiento que puede derivarse del interrogatorio que le haya formulado el juez. En este supuesto, de antemano se conoce el número de preguntas y repreguntas, en virtud de que las partes deben consignarlas por escrito, por lo que el examen del testigo no concluiría por orden del juez.

Finalmente, debe acotarse que, en este supuesto, es decir, que el testigo conteste de manera sucesiva las preguntas del interrogatorio, las repreguntas y las preguntas que le formule el juez, no podrá realizarse el acta del examen de ese testigo de acuerdo a lo previsto en el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, por tanto, todo lo que remita el testigo con sus respuestas suplirá el acta.

4.b) Evacuar la prueba mediante traslado del tribunal a la oficina o residencia del testigo

⁶⁴ Hay sectores de la doctrina, que consideran que, en este supuesto, queda a criterio del juez de considerar esa declaración como un indicio. Esto podría considerarse en aquellos casos en los que no se pudo llevar a cabo el control, por una causa no imputable al testigo, por ejemplo, que hayan tenido que hospitalizarlo por haberse contagiado con la Covid-19, por lo que no se pudo tomar la declaración de las repreguntas.

⁶⁵ Ver artículo 487 del Código de Procedimiento Civil.

⁶⁶ Ver aparte único del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

El artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, también estipula que puede solicitarse que la declaración de las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, se rindan ante el tribunal constituido en la morada del testigo;⁶⁷ supuesto en el cual agrega la norma; debe responder a las preguntas verbales que le haga la otra parte. Dentro del mismo contexto, pero por solicitud del testigo, dispone el artículo 209 del Código Orgánico de Procedimiento Penal, que “los diputados de los Consejos Legislativos de los Estados, y los oficiales superiores de la Fuerza Armada Nacional con mando de tropa, podrán pedir que la declaración se efectúe en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán, oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente”, es decir, que además del privilegio de no concurrir al tribunal, pueden determinar la oportunidad y sitio de la declaración, en materia penal. Es de acotar, que si bien la norma citada del Código de Procedimiento Civil (artículo 495), no establece la posibilidad de que la declaración se realice en la oficina del testigo exceptuado de concurrir al tribunal, no encontramos ninguna objeción para que ello se haga, ya que los artículos 490 y 191 eiusdem lo faculta para ello, bien porque el juez lo decida oficiosamente o que se acuerde a solicitud de parte, salvo que la oficina de la alta autoridad civil o militar sea de acceso restringido por medidas de seguridad. Por tanto, estimamos que la indicada norma penal podría aplicarse también a los funcionarios civiles, por ejemplo, el presidente de la República pudiera rendir su declaración, en su despacho oficial o en la residencia que al efecto tenga instituida.⁶⁸

En cualquiera de los casos, es decir, que el tribunal deba trasladarse (por haberlo acordado) a la residencia u oficina del testigo, debe apercibirlo de que permanezca en el sitio establecido, en la oportunidad fijada para el acto, ya que de no permanecer en el sitio sin tener alguna justificación se convertiría en un testigo contumaz y acreedor de las sanciones previstas en la ley. Por el principio de la publicidad de la prueba, podría ingresar

⁶⁷ El Diccionario de la lengua española, al referirse al vocablo “morada”, le asigna dos acepciones que tienen como significado sitio de residencia. En efecto, en la primera acepción, lo define como “estancia de asiento o residencia algo continuada en un lugar”, y en la segunda como el “lugar donde se habita”. Efectivamente, es la referencia general a que alude la ley, por lo que en materia penal se habla de allanamiento de morada”.

⁶⁸ Cabe recordar que, en Colombia, con motivo del procedimiento 8000, que se le siguió al entonces presidente de la República colombiana, Ernesto Samper Pizano, el juez se trasladaba al Palacio de Nariño, sitio de donde despachan los presidentes de Colombia.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

al sitio donde se constituya el tribunal, cualquier interesado, respetando la capacidad del sitio en el cual se vaya a rendir la declaración; sin embargo, el tribunal podrá proceder, en estos casos, a puertas cerradas, por motivo de decencia⁶⁹ pública, de acuerdo a la naturaleza de la causa. Lo más probable es que el tribunal proceda de esta manera para evitar intromisiones en el acto, pero debe acotarse que no podría impedirse ni restringirse el acceso a las partes o a sus apoderados, aunque pudiera solicitar que se acrediten previamente los concurrentes, si en el sitio donde deban constituirse mantuvieran medidas de seguridad o el aforo fuere limitado.

Una vez constituido el tribunal en la morada u oficina del testigo, el acto se desenvolverá como si estuvieran en la sede del tribunal, es decir, se identificará al testigo, se le leerán los particulares de ley, se le juramentará y comenzará el interrogatorio de viva voz, transcribiendo las preguntas y respuestas, salvo que el tribunal acuerde o lo soliciten las partes, que la declaración sea tomada mediante un medio técnico, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil. Si el acto no finaliza el mismo día, por su extensión o por ocupaciones del funcionario exceptuado, se fijará oportunidad para la continuación, a fin de concluir con la declaración, de la que se dejará constancia en un acta, de conformidad con lo establecido en los artículos 189 y 492 del Código de Procedimiento Civil.

En los casos de los procedimientos orales, vemos que el Código Orgánico de Procedimiento Penal tiene la disposición indicada precedentemente, pero pensamos que la declaración puede reproducirse por un medio mecánico o técnico, y después se puede representar en la audiencia de juicio.

En este supuesto, se puede realizar el acta de conformidad con las previsiones del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil.

4.c) Evacuar la prueba mediante una video conferencia

⁶⁹ La tercera acepción del vocablo decencia, de acuerdo al Diccionario de la lengua española es "dignidad en los actos y en las palabras, conforme al estado o calidad de las personas". En este caso se trata de alta autoridades civiles, militares y eclesiásticas, a las que la ley les concede un privilegio, por lo que el juez podría hacer uso de llevar ese acto en particular, a puertas cerradas, con fundamento a lo establecido en el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

Aunque esta manera no está prevista en la legislación, salvo en la ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal,⁷⁰ consideramos viable esta alternativa, no solo con fundamento a la sentencia número 1571, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 22 de agosto de 2001,⁷¹ que contempla la posibilidad de que se realice la declaración de un testigo por esta vía, sino en virtud del desarrollo de las conferencias a distancias que se han venido incrementando en todos los ámbitos, y para lo cual el Derecho en su aplicación no puede permanecer ajeno, por lo que es una herramienta que no es posible desecharla ni perderse de vista, lo que debe concatenarse con la decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de iniciar un plan piloto para la sustanciación de juicios a distancia.

En esta hipótesis, el tribunal tendría que fijar oportunidad para la realización del acto, atendiendo a la disponibilidad del funcionario, en horas hábiles del despacho del tribunal, salvo que se habilitara el tiempo necesario para ello, debido a las ocupaciones del funcionario, con indicación de la plataforma y claves de acceso, con el objeto de que el testigo, las partes, sus apoderados e interesados puedan acceder a la sala de reunión, a fin de llevar a cabo el acto, el que se desarrollaría, de acuerdo a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, por considerar que la actividad es sincrónica y en consecuencia, presencial a distancia.

En ese caso, todas las personas que deban o deseen concurrir al acto, es decir, integrantes del tribunal, partes, sus apoderados y público se encuentren en la sede del tribunal, se procederá a realizar el acto, de acuerdo a las disposiciones de la ley, como si el testigo estuviera presente y para garantizar que este no tenga interferencia alguna, representantes acreditados de las partes, si así lo quisieren, pudieran estar presentes en el

⁷⁰ En literal “A” del artículo 11, la ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal, dispone (en protección a la persona del testigo) que para que rinda declaración pueden utilizarse medios tecnológicos disponibles, como la video conferencia o cualquier otro medio similar que haga efectiva la protección, tanto en el juicio como cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba.

⁷¹ Véase nota número 9.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

sitio donde se encuentre el testigo prestando su declaración, y el examen del testigo pudieran realizarlo esos representantes, dirigidos remotamente por el juez.

Por tanto, el acto se desarrollaría de la misma manera que una deposición de testigos en la sede del tribunal.

En este supuesto, se puede realizar el acta de conformidad con las previsiones del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, dejando a salvo que el testigo no puede suscribir el acta porque rindió declaración con presencia remota.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expresado precedentemente podemos concluir en lo siguiente:

- a) La calificación de alta autoridad civil, militar o eclesiástica corresponde establecerla a la legislación de cada país, de acuerdo a su estructura política y social.
- b) La ley establecerá aquellas altas autoridades que gocen del privilegio para no concurrir al tribunal a rendir declaración.
- c) La circunstancia de que se otorgue ese privilegio, no exime a la alta autoridad de rendir su declaración.
- d) El testigo, que sea una alta autoridad, también estará obligado a contestar las repreguntas que le haga el no promovente y las preguntas que le formule el juez.
- e) En caso de que la alta autoridad no rinda la declaración, puede ser sancionado de acuerdo a las disposiciones legales, salvo que justifique el motivo por el cual no pudo hacerlo.
- f) La alta autoridad que sea llamada para testificar, está sometida a las mismas disposiciones aplicables a cualquier testigo, por lo que tiene los mismos deberes y derechos.
- g) La declaración de la alta autoridad que sea llamada a prestar declaración como testigo, puede hacerse por escrito o el tribunal puede trasladarse a su morada u oficina. Igualmente, podría hacerse por medio de video conferencia,
- h) La eficacia probatoria de la declaración del testigo alta autoridad, la determinará el juez, de conformidad con las reglas que al efecto establece el Código de Procedimiento Civil.

BIBLIOGRAFÍA

BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*. Editorial Bibloamericana. Argentina – Venezuela. Tomo III. 1947.

BUSTAMANTE MIRANDA, Maruja. *15 Años de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1978.

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Procedimiento Penal. Tomado de la página web https://www.unodc.org/res/cld/document/ven/2012/codigo-organico-procesal-penal_html/CODIGO_ORGANICO_PROCESAL_PENAL_2012.pdf

Código Penal venezolano.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/social?m=form>.

F. FEO, Ramón. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Editorial Rea. Caracas. 1962. Tomo II.

FEBRES CORDERO, Adán. *La Prueba Testimonial*. Revista de Derecho Probatorio. Número 2. Editorial Jurídica Alva. Caracas. 1.993

Gaceta Forense 38.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.638, de fecha 06 de marzo de 2007.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.446, de fecha 25 de Julio de 2018.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

La Prueba Ilegítima en Venezuela, en el Libro Homenaje al Dr. Ricardo Henríquez La Roche. III Jornadas Aníbal Dominici. Coordinador: José G. Salaverría. Ediciones Funeda. Caracas 2011.

Ley de Enjuiciamiento Criminal española, página web <https://practico-penal.es/vid/declaracion-testigos-proceso-penal-391378126>

Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

QUINTERO, Inés. *El Fabricante de Peinetas. Ultimo Romance de María Antonia Bolívar*. Editorial Alfa. Caracas, 2011.

YANNUZZI RODRIGUEZ, Salvador. *Momento en que debe solicitarse la fijación de nueva oportunidad para que declare el testigo contumaz*. En Estudios de Derechos Procesal. Libro homenaje a Adán Febres-Cordero. Coordinador: Salvador Yannuzzi. UCAB, Caracas. 2013.

CONSIDERACIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN LEGAL DEL PACTO COMISORIO¹

Enrique Urdaneta Fontiveros

Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello
(Caracas). Individuo número de la Academia de Ciencias políticas y Sociales

Resumen

El autor se refiere a la prohibición legal de que acreedor y deudor convengan de antemano en que el acreedor se apropie o disponga libremente de la cosa dada en prenda o hipoteca en caso de que el deudor no cumpla la obligación garantizada a su vencimiento. Examina el fundamento o razón de ser de la prohibición del pacto comisorio para extraer de allí el significado que debe atribuirse a las disposiciones legales que regulan la materia. En su trabajo examina algunos supuestos excluidos del campo de aplicación de las disposiciones legales que prohíben el pacto comisorio, así como algunos supuestos de tipificación dudosa, es decir, casos que la doctrina y la jurisprudencia discuten si deben quedar comprendidos o no dentro de la prohibición legal. Por último, analiza los efectos que produce la estipulación del pacto comisorio en el Derecho venezolano.

Palabras claves: Pacto comisorio, acreedor, deudor.

CONSIDETARIONS ON THE LEGAL PROHIBITION OF THE COMMISSIONER AGREEMENT

Abstract

The author examines the legal provisions prohibiting creditor and debtor to agree in advance that creditor shall take ownership or freely dispose of mortgage or pledged assets in the event of non-performance. He then examines the legal basis of such ban in order to ascertain the appropriate meaning that must be given to the provisions that govern this matter. In his article, he analyzes transactions not included within the scope of the legal prohibition as well as dubious cases; *i.e.*, hypothesis that legal scholars and judicial decisions hesitate to include or exclude from the scope of the legal provision. Finally, he examines the consequences of the violation of the legal prohibition under Venezuelan law.

Keywords: Creditor, debtor

¹ Versión escrita de la exposición del profesor Enrique Urdaneta Fontiveros el 23 de julio de 2020 en el Foro “Temas sobre Derecho de Garantías” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Una versión ampliada de este trabajo formará parte del Libro Homenaje de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al doctor Luis Cova Arria que se publicará próximamente.

INTRODUCCIÓN

El destino natural de toda garantía real cuando no ha sido pagado el derecho de crédito es la ejecución judicial del bien que garantiza ese derecho, de modo que este pueda ser satisfecho con lo que se obtenga de aquella (*ius distrahendi*). El acreedor que tiene una garantía real, en caso de falta de pago de la obligación garantizada, tiene derecho al valor de la cosa que garantiza su crédito o a una parte de él, pero no a la cosa misma. Otra forma diferente de satisfacción del crédito sería lo que podría denominarse una *autoejecución*, que consistiría en la apropiación (comiso) por el acreedor del bien dado en garantía, práctica que se encuentra prohibida por los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil y 542 del Código de Comercio¹.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PACTO COMISORIO?

En términos generales, puede decirse que el pacto comisorio es aquel dónde acreedor y deudor convienen que en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor queda facultado para apropiarse de la cosa dada en garantía, dando así por satisfecho su crédito². En razón de su estipulación, las partes convienen que el acreedor podrá quedarse con la cosa objeto de la garantía real si el deudor no realiza la prestación prometida en el tiempo pactado. El pacto comisorio está prohibido por la ley en materia de prenda, hipoteca y anticresis; y, por tanto, carece de validez. La prohibición del pacto comisorio constituye un principio rector de nuestro sistema de garantías reales que obedece a exigencias de orden público que gobiernan la materia³.

¹ Reglero Campos, Fernando, “El pacto comisorio”, en: *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, coordinado por María Elena Larroba y Joan Marsal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 253.

² Esta es en esencia la definición acogida por casi todos los autores. Al respecto, véase: Bianca, C. Massimo, Voz “Patto Commissorio”, en: *Novissimo Digesto Italiano*, bajo la dirección de Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1965, p. 714; Aynès, Laurent y Crocq, Pierre con el concurso de Agustin Aynès, “Droit des Sûretés”, en: Malaurie, Phillipe y Aynès, Laurent, *Droit Civil*, París, L.G.D.J., 2019, p. 328; Durán Rivacoba, Ramón, *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998, p. 68.

³ Al respecto, en relación con el ordenamiento francés anterior a la reforma del Código Civil de 2006 sobre las garantías, sustancialmente equivalente al nuestro sobre la materia, véase: Cabrillac, Michel y Mouly,

El rasgo distintivo del pacto comisorio es su carácter condicional, pues en él siempre hay una condición, que consiste en que el deudor deje de pagar lo que deba al vencimiento del plazo. Además, su estipulación transforma el contrato de prenda, Hipoteca o anticresis en una venta condicional, es decir la cosa vendida es el bien objeto de una garantía; el precio, el monto de lo adeudado por el deudor, y la condición, el hecho de que éste no pague oportunamente la deuda⁴. Por consiguiente, para que se entienda estipulado un pacto comisorio, es necesario que en la estipulación figure de una manera u otra la condición “si el deudor no paga la obligación al vencimiento el acreedor podrá hacerse dueño de la cosa” por el precio prefijado y que es lo adeudado al acreedor⁵.

Tampoco pueden los sujetos de la relación obligatoria convenir que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor podrá disponer de la cosa dada en prenda o hipoteca sin ejecutarla judicialmente, esto es, disponer de ella al margen de los procedimientos legalmente establecidos para la ejecución de la garantía⁶. La exigencia legal de la ejecución judicial de la prenda y de la hipoteca trae consigo que carezca igualmente de validez el pacto por el cual se convenga que el acreedor podrá disponer a su arbitrio de la garantía real enajenándola sin sujetarse a los trámites previstos en la ley, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada⁷. Con mayor razón le está prohibido al

Christian, *Droit de Sûretés*, 2ª edición, París, Editorial Litec, 1993, pp. 395-396. En la doctrina nacional, Aguilar Gorrondona incluye la prohibición del pacto comisorio entre “las normas comunes de las garantías reales” (Aguilar Gorrondona, José Luis, *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*, 11ª edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, pp. 57-59).

⁴ Bianca, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio*, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cargo de Pietro Pierlingieri, Nápoles-Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 14; Locajono, Vincenzo, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 22, especialmente, la nota 5 y la jurisprudencia de la Casación italiana ahí citada.

⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1980, p. 432.

⁶ Bustos Pueche, José Enrique, “Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, fascículo II, abril-junio 1990, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, pp. 550-551.

⁷ Es la cláusula llamada de *voie parée* (de vía que apareja ejecución) cuya nulidad consagró el artículo 2.078 del Código Napoleón. Al respecto, véase: Jossierand, Louis, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II (Contratos), traducción castellana de Santiago Conchillos y Monterola, Buenos Aires, Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 456; Mazeaud, Henri, Mazeaud, Leon, y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Tercera, Volumen I (Garantías), traducción castellana de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 113-114.

acreedor, como se dijo, apropiarse de la cosa constituida en garantía en caso de inejecución o retardo.

En sentido estricto, por tanto, se entiende por pacto comisorio el convenio en virtud del cual el acreedor queda facultado para hacerse propietario del bien constituido en garantía o disponer de ella sin ejecutarla judicialmente, en defecto de pago al vencimiento de la obligación principal⁸. Así entendido, el pacto comisorio engloba tanto los aspectos directamente apropiatorios de la cosa constituida en garantía, como los de su ejecución fuera de los estrictos cauces previstos en la ley.

II. RECEPCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN EL DERECHO MODERNO

En el Derecho moderno se incorporó la prohibición del pacto comisorio en la generalidad de los Códigos. Baste citar entre ellos al Código Civil francés de 1804 (art. 2.078); el Código Civil alemán (B.G.B.) de 1900 (1.149 y 1.229); el Código Civil suizo de 1.907 (art. 894); los Códigos italianos de 1865 (arts. 1.884 y 1.894) y 1942 (art. 2.744); y el Código Civil español de 1889 (arts. 1.859 y 1.884).

En muchos Códigos civiles hispanoamericanos se introdujo igualmente la prohibición del pacto comisorio. Baste citar entre ellos al argentino de 1869, (art. 3.222), chileno (art. 2.397), peruano de 1864 (art. 1.066), colombiano (art. 2.422) uruguayo (art. 2.338), costarricense (art. 421) y venezolano (arts. 1.844, 1.858 y 1.878).

Sin embargo, siguiendo las tendencias más modernas del derecho de las garantías reales, en la legislación civil de algunos países se ha eliminado la prohibición del pacto comisorio como, por ejemplo, en la Reforma del Código Civil Francés sobre el Derecho de Garantías de 2006 que eliminó la interdicción del pacto comisorio para la prenda (art. 2.348) y para la hipoteca (art. 2.459); en el Código Civil y Comercial argentino promulgado

⁸ Baudry-Lacantinerie, G. y de Loynes, P., “Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée”, Tome I, en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXII, 2ª edición, París, 1899, p. 124. En la doctrina nacional, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 58-59; Domínguez Guillén, María Candelaria, Voz “Pacto Comisorio”, en *Diccionario de Derecho Civil*, Caracas, Liven Editores, 2009, p. 122.

el 7 de octubre de 2014 cuyo artículo 2.229 faculta al acreedor para adjudicarse la cosa dada en prenda por la estimación que de ella haga un experto al vencimiento de la deuda. En el Perú, la Ley de Garantías Mobiliarias de 2006 derogó el artículo 1.066 del Código Civil peruano que prohibía el pacto comisorio en la prenda y autorizó a las partes a pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, conforme a las disposiciones establecidas en la ley. En Colombia, la Ley de Garantías Mobiliarias de 2013 derogó los artículos 2.422 (inciso 2º) del Código Civil y 1.203 del Código de Comercio que prohibían el pacto comisorio y estableció un mecanismo de pago directo con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, debiéndose realizar el avalúo en el momento de la entrega o apropiación del bien por el acreedor.

III. CONSAGRACIÓN DE LA PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil consagran la prohibición del pacto comisorio en la prenda, anticresis e hipoteca⁹ en los siguientes términos:

Artículo 1.844: El acreedor no podrá apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella, aunque así se hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele tendrá derecho a hacerla vender judicialmente.

Podrá admitirse al acreedor a la licitación de la prenda que se remate.

Artículo 1.858: Es nula de pleno derecho toda convención que autorice al acreedor a apropiarse el inmueble, caso de no serle pagada la deuda.

Artículo 1.878: El acreedor no se hace propietario del inmueble hipotecado por la sola falta de pago en el término convenido. Cualquiera estipulación en contrario es nula.

⁹ En nuestra legislación civil el antecedente remoto de la prohibición del pacto comisorio en la prenda se encuentra en el texto del artículo 1.671 del Código Civil de 1867 que se inspiró directamente en el artículo 1.775 del Proyecto de Código Civil para España de Don Florencio García Goyena. El texto actual de la prohibición del pacto comisorio en la prenda y en la anticresis es sustancialmente idéntico al que consagraban nuestros Códigos Civiles de 1873 (arts. 1.778 y 1.789); 1880 (arts. 1.779 y 1.790); 1896 (arts. 1.819 y 1.839); 1904 (arts. 1.827 y 1.838); 1916 (arts. 1.921 y 1.932); 1922 (arts. 1.921 y 1.932); y 1942 (arts. 1.848 y 1.858). La prohibición del pacto comisorio en la hipoteca se introdujo expresamente por primera vez en el Código Civil de 1942 (art. 1.878), disposición ésta que se inspiró en el art. 2.744 del Código Civil italiano de 1942 y que tampoco fue objeto de modificación en la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982.

El artículo 542 del Código de Comercio aplicable a la prenda mercantil, por su parte, reitera dicha prohibición cuando prescribe:

Artículo 542: Es nula toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda, o para disponer de ella en otra forma que la prescrita en las precedentes disposiciones.

De acuerdo con estas disposiciones, no puede el acreedor apropiarse de las cosas pignoradas, hipotecadas o dadas en anticresis. Todo pacto en contrario es nulo.

Cae bajo el campo de aplicación de la prohibición legal el convenio por el cual acreedor y deudor convengan que, en defecto de pago al vencimiento, el acreedor se convertirá de pleno derecho en propietario de la cosa dada en garantía (*pacto comisorio real*), o el pacto por el cual las partes convengan que, en caso de vencimiento de la deuda y falta de pago de la misma, el deudor se compromete a transferir la cosa al acreedor (*pacto comisorio obligatorio*).

No es lícito que las partes convengan anticipadamente que llegado el vencimiento de la deuda el acreedor pueda optar entre quedarse en pago con la propiedad de la cosa dada en garantía o exigir el cumplimiento de la deuda.

Pero ese no es el único límite. Los artículos 1.844 del Código Civil y 542 del Código de Comercio prohíben igualmente que las partes convengan que, vencida la deuda y a falta de pago, el acreedor lleve a cabo por su cuenta la ejecución de la prenda. El artículo 666 del Código del Procedimiento Civil reitera esta prohibición cuando establece que:

Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales la ejecución de prenda se llevará a cabo conforme al procedimiento establecido en este Capítulo...

En los mismos términos, el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil al referirse a la ejecución de la hipoteca establece que la misma se hará conforme al procedimiento previsto en los artículos 661 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Sería, por tanto, igualmente nula la cláusula según la cual las partes convengan de antemano que si el deudor no cumple la obligación principal, la venta de la cosa dada en

garantía real tendrá lugar amistosamente sin intervención judicial. Era la cláusula de *voie parée* (cláusula que lleva aparejada ejecución) cuya estipulación prohibía el artículo 2.078 del Código Napoleón de 1804. Como principio de carácter general, no puede, por tanto, el acreedor llevar a cabo por su cuenta la ejecución de la garantía.

Esta prohibición del *ius vendendi* privado dirigida a impedir el fraude producido por un acreedor que vende la cosa sobre la cual recae la garantía real por bajo precio, se ha confundido a menudo con la prohibición del pacto comisorio, a lo que ha contribuido que ambas limitaciones estén establecidas en el artículo 1.844 del Código Civil. Pero en realidad, la prohibición de que el acreedor pueda apropiarse de las cosas dadas en garantía responde a la interdicción del pacto comisorio; la de que pueda disponer de ellas, a la prohibición de convenir anticipadamente en la ejecución privada de las garantías¹⁰.

De manera que las precitadas disposiciones legales sirven para fijar, desde un punto de vista negativo, las facultades que el derecho real de garantía concede al acreedor, prescribiendo que este carece de la facultad de apropiación y de disposición de la cosa, fundamentalmente porque ello excede de la función que corresponde a la prenda, hipoteca o anticresis que no otorgan de por sí tal poder de disposición, puesto que a lo único que facultan al acreedor es a instar judicialmente su venta con el fin de que su producto se aplique al cumplimiento de la obligación.

IV. FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN

Son variadas las explicaciones que se han dado, como fundamento o razón de ser de la prohibición del pacto comisorio. Como se examina poco más adelante, la *ratio* o justificación de la prohibición legal ciertamente puede y debe contribuir a la correcta interpretación de la normativa sobre la materia.

Veamos las más importantes teorías sobre el fundamento de la aludida prohibición.

a. Tutela del deudor

¹⁰ Bianca, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio...* cit., p. 188; Rodríguez Rosado, Bruno, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 211.

Según algunos autores, el motivo determinante de la prohibición es la tutela de la voluntad del deudor¹¹. La razón de ser de la prohibición radica, a grandes rasgos, en la falta de libertad del deudor que, ante la necesidad del crédito, acuerda conceder al acreedor la facultad de apropiarse o de disponer libremente del objeto que se le ofrece de garantía¹². Se trata, en definitiva, de preservar la libertad del deudor para que el negocio resulte realmente expresión de su voluntad al evitar que su estado de necesidad económica (*soffocatio debitoris*) desvíe el negocio de préstamo de los fines que le son propios¹³.

A esta teoría se la formulan las siguientes críticas: 1) La presunción se establece en favor de la libertad de los contratantes, no de su ausencia. Lo que se presume en todo contrato es la validez del consentimiento y que el mismo ha sido prestado libre y espontáneamente, sin coacción, y no lo contrario; y 2) Si el fundamento de la prohibición fuera la invalidez del consentimiento por no haber sido libremente manifestado, el pacto comisorio estaría afectado de nulidad relativa y no absoluta (Código Civil, artículos 1.146 y 1.150) correspondiéndole al propio deudor la decisión de impugnar o no la cláusula pues nadie mejor que él sabe si actuó libremente o no.

b. Tutela de los acreedores

Según un sector de la doctrina, el fundamento de la prohibición del pacto comisorio es la protección de los restantes acreedores y el respeto al principio *par conditio creditorum*. La interdicción del pacto comisorio, se afirma, obedece a la protección de los acreedores a quienes debe aprovechar el mayor valor de la cosa dada en garantía. La *ratio* de la norma prohibitiva del pacto comisorio se encuentra en la defensa de la efectividad del principio *par conditio creditorum*, que quedaría alterado al sustraerse a la común garantía

¹¹ Brugi, Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción al castellano, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 423; De Luca, Breglia y Guidi, citados por Locajono, Vincenzo, ob. cit., p. 23; Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo IV, Madrid, Editorial Reus, 1931, p. 981.

¹² Baudry-Lacantinerie, G. y de Loynes, P., ob. cit., I, pp. 125-126.

¹³ Mélich-Orsini, José, “Los verdaderos alcances de la prohibición del pacto comisorio en el Derecho venezolano y una errónea sentencia de la Corte Suprema de Justicia”, en: *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Tomo II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 1113-1118.

de los restantes acreedores el posible sobrante o valor residual de la cosa previamente ofrecida en garantía¹⁴.

A esta teoría se le hacen las siguientes críticas: 1) Para la defensa de los intereses de los acreedores, el recurso que el ordenamiento pone a su disposición en estos casos es la acción pauliana o revocatoria, recurso este que se podría ejercer incluso contra el pacto comisorio en el supuesto caso de que este fuera admisible y, en todo caso, la fundamentación es insuficiente ya que no explica la nulidad del pacto cuando el deudor posee un patrimonio suficiente para satisfacer holgadamente a todos sus acreedores¹⁵; y 2) Si bien esta fundamentación pudiera encontrar apoyo en el Derecho italiano donde la prohibición del pacto comisorio se encuentra ubicada en el artículo 2.744 del *Codice*, es decir, entre las “Disposiciones Generales” del Título III (Libro Sexto), que trata “De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial”; la situación no es la misma en nuestro ordenamiento donde los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 no tienen la misma ubicación sistemática, sino que se encuentran consagrados respecto de la prenda, anticresis e hipoteca¹⁶.

c. Tutela del deudor y de los restantes acreedores

Algunos sostienen que la *ratio* de la prohibición es evitar que la situación de necesidad económica del deudor le lleve a permitir que el acreedor se apropie de un bien que cuyo valor excede al de la deuda, en perjuicio tanto del propio deudor como del resto de los acreedores, a los cuales no les quedaría en ningún caso la posibilidad de satisfacer sus créditos sobre ese bien¹⁷.

¹⁴ Carnelutti, Francesco, “Note sul patto commissorio”, en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, bajo la dirección de A. Straffa y C. Vivante, Vol. XIV, parte seconda, Milán, Vallardi, 1916, p. 890.

¹⁵ Locajono, Vincenzo, ob. cit., p. 28.

¹⁶ Al respecto, véase: Melich-Orisini, José, ob. cit., p. 1112.

¹⁷ Carnevali, Ugo, Voz “Patto commissorio,” en: *Enciclopedia del Diritto*, bajo la dirección inicial de Francesco Calasso, Vol. XXXII, Milán, Giuffrè, 1982, p. 500; Locajono, Vincenzo, ob. cit., pp. 36 y ss.

A esta teoría se le hacen las siguientes críticas: 1) Si el fundamento de la norma que prohíbe el pacto comisorio fuera la protección de ambos intereses, su estipulación quedaría sin justificación en los casos en los cuales no se produce daño a los acreedores (sea porque no los haya, o porque el deudor es solvente), o al deudor, (porque no hay desequilibrio entre el valor del bien objeto del pacto comisorio y el de la deuda); 2) En todo caso si esa fuera la fundamentación de la interdicción legal del pacto comisorio, la sanción que su estipulación acarrearía debería ser la nulidad relativa y no la nulidad absoluta¹⁸.

d. Protección del interés general

Ante las deficiencias de las teorías que fundamentan la prohibición del pacto comisorio en la protección de un interés particular (sea del deudor o de los demás acreedores), surge una nueva posición de acuerdo con la cual la sanción obedece a la protección del interés general que no puede permitir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes que los deudores dieron en garantía para satisfacer las deudas incumplidas. Con la prohibición del comiso se salvaguarda el interés general y la buena marcha de las relaciones económicas y comerciales de la colectividad en general¹⁹. Al ser el pacto comisorio una práctica individualmente perniciosa, si se generaliza pueden alterarse las bases del sistema económico (orden público económico).

Exponente de esta corriente de opinión en la doctrina nacional es el autor Francisco López Herrera cuando afirma que el pacto comisorio constituye un supuesto “de causa ilícita del contrato por subvertir el orden económico de la sociedad”. La nulidad absoluta del pacto tiende “a evitar la usura y el agiotismo”. Cuando se estipula en una convención que “el acreedor se hace propietario del inmueble dado en prenda o del inmueble hipotecado en su garantía, por la sola falta de pago del capital en el término convenido (artículos 1.844 y 1.878)... es evidente el atropello que uno de los contratantes quiere hacer al otro; desde este punto de vista solo intereses privados están en juego. Pero el asunto

¹⁸ Al respecto, véase: Bianca, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio...* cit., pp. 215-216.

¹⁹ Ídem; Bianca, C Massimo, *Voz Patto Commissorio...* cit., pp. 717-718.

repercute gravemente en los intereses generales de la Sociedad y por eso se impone la sanción de nulidad absoluta”²⁰.

Resulta claro que, si se admitiera el pacto comisorio, ello podría alterar profundamente la concepción de las garantías reales que impera en nuestro ordenamiento, ya que, muy probablemente el actual sistema de ejecución del crédito quedaría sustituido por el más sencillo de autoejecución del acreedor a través del mecanismo de la apropiación directa del bien.

e. Ejecución privada

La prohibición del pacto comisorio, según algunos autores, obedece principalmente a la necesidad de seguir un procedimiento judicial para la ejecución forzosa de las garantías reales. La prohibición del pacto comisorio no es sino una expresión del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor. De acuerdo con esta teoría, los particulares no pueden disponer del procedimiento para la ejecución de las garantías a través de la adopción de regímenes que conduzcan a la apropiación por el acreedor de las cosas dadas en garantía²¹. El fundamento de la prohibición, se afirma, se encuentra en el Derecho procesal que rechaza la posibilidad de la ejecución privada de las obligaciones²².

A la teoría que fundamenta la interdicción del pacto comisorio en la ilicitud de la ejecución privada y en la prohibición de la autotutela se le formulan las siguientes críticas:

1) Supone una visión excesivamente procesalista de las garantías reales²³. Olvida que dichas garantías no son simples instituciones procesales. La garantía real es algo más que

²⁰ López Herrera, Francisco *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*, Caracas, Empresa El Cojo, 1952, pp. 186-188.

²¹ Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., pp. 563-564; Irurzun Goicoa, Domingo, “La cláusula resolutoria y el pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado* bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez Radó, Vol. II, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1975, p. 37.

²² Betti, Emilio, “Su gli oneri e limiti dell’autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni”, en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, dirigida por A. Straffa y C. Vivante, Vol. II, Milán, Vallardi, 1931, pp. 705-706.

²³ Roca Sastre, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978, pp. 20 y ss; Feliú Rey, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 71-78.

una forma de ejecución forzosa del crédito. Esta teoría pone el énfasis en la función satisfactoria de la garantía, pero no en su función fundamental que es asegurar el cumplimiento de la obligación. Lo esencial de la garantía, se afirma, es asegurar el cumplimiento, no remediar el incumplimiento²⁴; 2) El principio de la inderogable intervención del Estado en la ejecución forzosa de las obligaciones a través de los tribunales de justicia no tiene carácter absoluto. Existen en nuestro ordenamiento fórmulas negociales pacíficamente admitidas mediante las cuales los particulares pueden hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del deudor y obtener la satisfacción del crédito mediante el bien objeto de la garantía, sin necesidad de acudir a los tribunales. Como ejemplos de formas de satisfacción convencional del crédito, puede mencionarse la cesión de bienes a los acreedores *ex* artículo 1.935 del Código Civil, la prenda irregular, la *datio in solutum*, y también el pacto marciano, por cuanto su licitud se fundamenta en la *ratio* de la prohibición legal²⁵. Por consiguiente, esta teoría implica el olvido de los supuestos de satisfacción del crédito al margen de los procedimientos judiciales, o la misma posibilidad de ejecución cuando la garantía consiste en una prenda irregular; y 3) Si la *ratio* de la prohibición fuera impedir la ejecución privada del patrimonio del deudor, no se explicaría por qué la norma ha sido consagrada a propósito de la prenda, hipoteca y anticresis y no se encuentra ubicada, como en Italia, entre las normas que regulan la responsabilidad patrimonial o la ejecución forzosa de las obligaciones²⁶.

f. Protección del principio de proporcionalidad en las garantías

²⁴ Barbero, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Vol. III, traducción al castellano de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América, 1967, p. 181.

²⁵ Carnevali, Ugo, *ob. cit.*, p. 501.

²⁶ Wegmann Stockebrand, Adolfo “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y del pacto marciano”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, diciembre 2009, p. 119. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3266150>, consultado en fecha 12 de julio de 2020. Cabe hacer notar que incluso respecto al ordenamiento italiano, Bianca, al rechazar la teoría que pretende fundamentar la prohibición del pacto comisorio en razones de orden procesal, afirma que no existe un principio general que consagre la inderogabilidad del procedimiento judicial o que impida la sujeción convencional del deudor al poder de autosatisfacción del acreedor (Bianca, C. Massimo, *Voz Pacto commissorio...* cit., p. 217). Igualmente, en la doctrina italiana, Carnevali (*ob. cit.*, p. 500) se pronuncia en contra del criterio procesalista de la prohibición.

Según un sector de la doctrina, a través de la prohibición del pacto comisorio se busca preservar el principio de proporcionalidad en las garantías. A través de la ejecución de las garantías reales, se afirma, no se puede obtener más de lo que se lograría mediante el cumplimiento exacto de la obligación garantizada, porque la garantía *stricto sensu* nada añade al contenido de la relación obligatoria; tan solo aumenta la probabilidad de obtener el pago del crédito garantizado. En el campo de las garantías, el principio de proporcionalidad exige que exista una correspondencia de la medida de la responsabilidad con la cuantía de la deuda (incrementada, en su caso, por el daño efectivamente causado por el incumplimiento)²⁷.

A nuestro modo de ver, esta teoría aporta explicaciones útiles para fundamentar la prohibición del pacto comisorio.

En efecto, por su carácter accesorio, el derecho real de garantía con que cuenta un determinado acreedor no puede ir más allá de lo que requiera la satisfacción de su crédito; por lo cual, la extensión del derecho del acreedor a cuyo favor se ha constituido una garantía real se circunscribe a obtener la prestación prometida o su equivalente pecuniario más la eventual reparación de los daños y perjuicios. A través de la ejecución de la garantía real, no se puede obtener más de lo que se lograría mediante el cumplimiento exacto de la obligación garantizada²⁸. Nuestro sistema de garantías reales no permite que se aplique la

²⁷ En la doctrina italiana, véase: Varrone, Claudio, *Il trasferimento de la proprietà a scopo di garanzia*, Nápoles, Jovene, 1968, p. 59. En la doctrina española, véase: Ginés Castellet, Núria, *La enajenación de bienes inmuebles con fines de garantía*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004, pp. 486-491.

²⁸ En la doctrina francesa, Crocq afirma que la ausencia de aprovechamiento forma parte de la esencia misma de la idea de garantía (*sûreté*) (Crocq, Pierre, *Propriété et garantie*, París, L.G.D.J., 1995, pp. 222-223). En la doctrina española, Roca Trias al referirse a los principios rectores de las garantías expresa que “el acreedor no debe obtener más o algo distinto de lo que ha pactado, es decir, la prestación obligada, más los intereses, pactados o los legales, más la correspondiente indemnización de los perjuicios cuando se haya producido un incumplimiento de la obligación y esta indemnización se haya previsto como incluida en la garantía” (Roca Trias, Encarus, “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía”, en: *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, coordinado por Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez, Tomo I (Parte General y Garantías Personales), Madrid, Civitas, 1997, pp. 156-157). En la misma dirección pero siguiendo otra línea argumental, en la doctrina italiana, Montel afirma que “la garantía nada agrega al contenido de la relación obligatoria cuya ejecución garantiza ya que solo aumenta la probabilidad de que la obligación sea cumplida, es decir, la llamada seguridad de la propia obligación” (Montel, Alberto, *Voz “Garanzia (diritti reali di)”*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1961, p. 744).

totalidad del valor de un bien que constituye el asiento de la garantía a la extinción de una deuda con independencia de cuál sea el monto de esta última.

En fin, la razón principal de la prohibición del pacto comisorio es la desproporción que se genera entre el monto de lo debido y el valor de la pérdida que sufre el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa objeto de la garantía. De ahí que la prohibición del pacto comisorio no debería alcanzar a aquellos pactos de adquisición que invistan al negocio de una evidente e indudable conmutatividad.

V. EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN

La doctrina se ha planteado el alcance de la prohibición incluida en los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil. ¿Se puede admitir la validez del pacto bajo ciertas condiciones? ¿Es lícito que se convenga en algún caso el acreedor haga suya la cosa dada en garantía en razón del incumplimiento de la obligación principal?

La doctrina se refiere a algunos supuestos que no constituyen pacto comisorio y examina otros que ofrecen mayor duda para pronunciarse a favor o en contra de su validez.

a. Supuestos que no constituyen pacto comisorio

De entrada, conviene tener en cuenta que hay que descartar ciertos supuestos que no constituyen de ningún modo el pacto prohibido. La interdicción del pacto comisorio no debe llevar a la consecuencia inadmisibles de que el deudor nunca pueda celebrar convenios particulares con su acreedor como, por ejemplo, una dación en pago, o la venta de la cosa dada en prenda o hipoteca, dejando a salvo, claro está, la acción pauliana o revocatoria de tales actos que puedan interponer los restantes acreedores *ex* artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, cuando los mismos se hayan llevado a cabo en fraude de sus derechos.

1. Dación en pago

La doctrina admite de forma prácticamente unánime la validez del pacto en virtud del cual el acreedor y el deudor, después de vencida y no pagada la obligación principal,

convienen en que éste le dé en pago a aquél la cosa constituida en garantía, extinguiéndose así la obligación entre ambos²⁹.

La dación en pago de la prenda o de la hipoteca obedece a una pura *causa solvendi*, no a una causa de garantía. Se trata, por tanto, de un negocio esencialmente diferente del negocio de garantía, por el cual el acreedor y el deudor simplemente convienen en un medio solutorio distinto del pago. Una vez vencida y hecha exigible la obligación, la eficacia del convenio es indiscutible debido a que el deudor ha tenido la posibilidad de no convenir en el pacto en cuestión y soportar la venta judicial de la garantía mediante pública subasta para aplicar el precio que se obtenga en el remate a la satisfacción del crédito a través de los correspondientes procedimientos de ejecución³⁰. En efecto, nadie obliga al deudor a convenir en la dación en pago. El hecho de que el acreedor vaya a ejecutar el bien sujeto a la garantía no es ni puede considerarse como una circunstancia que implique el aprovechamiento de una situación angustiosa del deudor. Lo único que hace el acreedor (o el propio deudor) es ofrecer un medio solutorio distinto del pago que el deudor (o el acreedor) podrá aceptar o no.³¹

2. Venta

La prohibición del pacto comisorio tampoco impide que el deudor venda a su acreedor la cosa dada en prenda o hipotecada. Por consiguiente, la venta de la prenda o hipoteca hecha al mismo acreedor prendario o hipotecario, sea antes o después del

²⁹ Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil III*, Vol. III, (Derecho de Bienes), 9ª edición, Madrid, Edisofer, 2004, p. 706; Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, (Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral), 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1977, p. 698; Guilarte Zapatero, Vicente, “Comentario a los artículos 1822 a 1896 del Código Civil”, en: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIII, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990, p. 461. En la doctrina nacional, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., p. 78.

³⁰ Reglero Campos, Fernando, “El pacto comisorio”, en: *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, coordinado por María Elena Larroba y Joan Marsal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 268.

³¹ Al respecto véase Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Región Agraria del Estado Lara, sentencia de fecha 21 de octubre de 2004. Disponible en <https://app.vlex.com/#/search/jurisdiction:VE/%22pacto+comisorio%22/p9/WW/vid/302372902>, consultado en fecha 20 de mayo de 2020.

vencimiento del término de la obligación garantizada, no se incluye en la prohibición del pacto comisorio³².

Lo que la ley prohíbe es que la propiedad de la cosa dada en garantía pase directa e inmediatamente al acreedor, si el deudor no paga la obligación al vencimiento, o que el deudor se hubiere obligado de antemano a transferírsela a su acreedor en esa eventualidad, o que en tal caso este disponga libremente de la prenda o de la hipoteca. Pero la venta de la prenda o de la hipoteca que haga el deudor a su acreedor antes o después de ser exigible la obligación principal (y que no se condicione al impago de la deuda), no cae bajo el campo de aplicación de la prohibición legal. De ahí que sea válida la venta sin fraude hecha por el deudor al acreedor de la cosa dada en garantía, incluso si se conviene que el precio de la venta sea el monto de la deuda garantizada con la prenda o la hipoteca³³. Así lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales³⁴.

b. Supuestos de tipificación dudosa

1. Pacto marciano

El pacto marciano es aquel por el cual se conviene que el acreedor adquiere en caso de incumplimiento del deudor el derecho a apropiarse de la cosa dada en garantía, previa su justa estimación y devolución al deudor de la diferencia entre el valor del bien y el importe de la deuda.

³² Vivante, César, “Del Contrato de Seguro, De la Prenda, Del Depósito en los Almacenes Generales”, Vol. II, en: Botafflio, Rocco y Vivante, *Derecho Comercial*, Tomo 15, traducción castellana de Santiago Sentís Melendo, Ediar Editores, Buenos Aires, 1952, p. 259; Aubry, C. y Rau, C., *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IV, 5ª edición, París, Marchal et Billard, 1907, p. 712, especialmente, la nota 10; Laurent, F., *Principios de Derecho Civil*, traducción castellana, Tomo 28, 2ª edición, Habana, 1920, pp. 546-547, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia de la Corte de Casación belga ahí citada. En la doctrina nacional, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 78-79; Dominici, Aníbal, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, Tomo IV, Tipografía Universal, Caracas, 1905, p. 267.

³³ Baudry-Lacantinerie, G. y de Loynes, P., ob. cit., I, pp. 121-131; Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 78-79.

³⁴ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Federal y de Casación de fecha 30 de mayo de 1940, consultada en *Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación (en Sala Civil), 1824-1949* del doctor José Enrique Machado, Tomo II, p. 40.

La cuestión de la licitud del pacto marciano está estrechamente ligada al fundamento de la interdicción legal del pacto comisorio. Según cuál sea la razón de ser de la prohibición legal, el pacto marciano podrá o no considerarse lícito y admisible.

Si la *ratio* de la prohibición legal es la protección de los intereses del deudor y de los restantes acreedores, el pacto marciano debería admitirse si el precio por el cual el acreedor se hace propietario de la garantía se forma de una manera objetiva como, por ejemplo, por estimación pericial o en función de índices también objetivos como, por ejemplo, los de un determinado mercado etc.³⁵

Del mismo modo si la razón de ser de la prohibición legal se encuentra en la salvaguarda del principio de proporcionalidad en las garantías, debería igualmente admitirse la licitud del pacto marciano puesto que mediante su estipulación el acreedor sólo podrá hacerse propietario de la garantía por el valor que realmente tenga al momento del incumplimiento, con devolución del eventual sobrante al deudor.

En cambio, si el fundamento de la prohibición es la inderogabilidad de los procedimientos de ejecución forzosa de las obligaciones, el pacto marciano no tendría cabida, puesto que mediante su estipulación lo que se pretende es la ejecución forzosa privada de una obligación que no es admisible³⁶.

2. Pacto comisorio *ex intervallo*

El pacto comisorio *ex intervallo* es aquel convenido con posterioridad a la concesión del crédito, pero antes de su vencimiento.

³⁵ La doctrina italiana admite pacíficamente la licitud del pacto marciano. Al respecto, por todos, véase: Bianca, C. Massimo, *Voz Patto Commissorio...* cit., p. 718; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 505; Locajono, Vincenzo, ob. cit., p. 79. En España, la generalidad de los autores se pronuncia por la validez de este pacto. Al respecto, por todos, véase: Mas Alcaraz, Celestino, “El pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado*, bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radío, Vol. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965, p. 75; Feliú Rey, Manuel, ob. cit., p. 95. Díez-Picazo y Gullón, por su parte, después de señalar las razones de la validez del pacto marciano, expresan: “Además, no parece justo obligar al acreedor a iniciar procedimientos legales que en el fondo conducen a la misma finalidad, cual es la fijación objetiva de un precio” (ob. cit., III, p. 498). En la doctrina nacional, Sanojo admite la licitud del pacto marciano (Sanojo, Luis, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1973, pp. 247-248). Lo hace también Anibal Dominici (ob. cit., IV, p. 267).

³⁶ Al respecto, véase: Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., p. 566.

En el Derecho venezolano concierne no es admisible el pacto comisorio *ex intervallo* por las siguientes razones: 1) La prohibición legal contenida en los artículos 1.844, y 1.878 del Código Civil está formulada con carácter general; por consiguiente, comprende tanto el pacto comisorio que acompaña al otorgamiento del crédito o a la constitución de la garantía, como el que se concluye después del nacimiento de la obligación garantizada. Como el legislador no ha hecho ninguna distinción respecto de la oportunidad en que se conviene la estipulación comisorio, tampoco corresponde hacerla al intérprete; 2) La *ratio* de la prohibición legal persiste incluso cuando la garantía real y el pacto comisorio que la acompaña se constituyen con posterioridad al nacimiento de la relación obligatoria³⁷; 3) Si la ley prohíbe que las partes convengan algo en un contrato, no puede permitir que mientras este subsista pueda ser modificado en la materia sobre la cual versa la prohibición, salvo que el legislador haya limitado claramente el precepto prohibitivo al momento mismo de la celebración del contrato; y 4) La aceptación de la tesis contraria permitiría burlar fácilmente la prohibición legal puesto que le bastaría a las partes convenir en la apropiación de la garantía por parte del acreedor con posterioridad al contrato sin cumplir con las exigencias de la ley.

En nuestro sistema legal no cabe pues admitir la cláusula comisorio prohibida, independientemente de que las partes la acuerden en el momento de la celebración del contrato o de la constitución de la garantía, o con posterioridad antes de ser exigible la obligación principal.

3. Pacto comisorio con el tercero constituyente de la prenda o la hipoteca

En nuestro concepto, tampoco es lícita la estipulación comisorio incorporada en una prenda o hipoteca constituida por un tercero en vez del deudor. El texto legal prohíbe al acreedor apropiarse de la prenda o de la hipoteca o disponer de ella a su arbitrio en caso de no serle pagada la deuda, independientemente de que la prenda o la hipoteca hayan sido constituidas por el deudor o por un tercero. La negación de las facultades de apropiación y

³⁷ En la doctrina nacional, Sanojo sostiene que el pacto comisorio convenido después del otorgamiento del crédito es igualmente nulo puesto que el acreedor puede fácilmente imponérselo al deudor quien consentirá en su estipulación por el temor de no poder devolver el préstamo en la fecha de su vencimiento (Sanojo, Luis, ob. cit., IV, pp. 246-247).

disposición por parte del acreedor deriva de la propia naturaleza de la prenda y la hipoteca³⁸.

4. Pacto comisorio con el fiador

Es la convención celebrada por el fiador y el deudor mediante la cual este se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación principal, a transferir a aquel la propiedad de la cosa dada en prenda o hipoteca, en pago del crédito satisfecho por el fiador.

La doctrina discute la validez del pacto por el cual se estipula la apropiación de la prenda en favor del fiador.

Algunos autores consideran que el pacto es lícito por no ser en rigor un pacto comisorio, dado que no se celebra entre el acreedor y el deudor³⁹. Según otros, el pacto es ilícito no solo por la identidad de *ratio* sino, además, porque de acuerdo con la ley el fiador se subroga en la posición del acreedor (Código Civil, artículo 1.300, ordinal 3º), considerándose entonces al fiador como un acreedor verdadero y propio del deudor⁴⁰. A nuestro modo de ver, esa es la posición más razonable ya que el fiador en razón del pago pasa a ocupar el lugar del antiguo acreedor y, por tanto, su crédito goza de las garantías que estaban incorporadas al primitivo crédito, pero siempre con las limitaciones propias respecto de las facultades de apropiación y disposición de la cosa entregada en garantía que tenía el primitivo acreedor satisfecho.

5. Prenda irregular

Contrariamente a lo que ocurre en la prenda regular cuyo objeto son bienes muebles fungibles que permanecen en propiedad de quien los ha entregado en garantía, en la llamada *prenda irregular* lo que se entrega en garantía de un crédito son cantidades de

³⁸ En ese sentido se pronunció la Casación italiana mediante sentencia N° 1787 en fecha 23 de febrero de 1983. Al respecto, véase: Sesta, Michele, *Le garanzie atipiche*, Padua, CEDAM, 1988, p. 540.

³⁹ En tal sentido, véase: Giorgi, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol. III, traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Reus, 1920, p. 341; Troplong citado por Giorgi (*Ídem*). En la doctrina nacional, véase: Sanojo, Luis, ob. cit., IV, p. 249.

⁴⁰ En tal sentido, véase: Locajono, Vincenzo, ob. cit., pp. 91-94.

dinero u otras cosas fungibles no individualizadas. La propiedad de dichos bienes pasa al acreedor; por tanto, no rige la prohibición del pacto comisorio. Si el deudor cumple, la obligación del acreedor prendario es restituir el equivalente de lo recibido en bienes de la misma especie y calidad (*tantundem eiusdem generis*). Si el deudor no cumple, opera la compensación legal entre la deuda y la obligación de restituir la prenda sin que se requiera ningún otro tipo de trámite para cobrar la garantía, ya que el constituyente de la prenda se desprendió de su propiedad al celebrar el contrato. De ahí que para la denominada prenda irregular no rige la prohibición del pacto comisorio⁴¹.

6. Compraventa con pacto de retro

La compraventa con pacto de retro, o retracto convencional en la terminología del Código Civil, le permite al vendedor que ha transmitido la propiedad de la cosa recuperarla devolviendo el precio y reembolsando al comprador los gastos estipulados en la ley (Código Civil, artículo 1.534)⁴². La venta con pacto de retro permite así al propietario de una cosa procurarse el dinero que requiere mediante su enajenación, pero reservándose la posibilidad de retomar la cosa vendida si así lo desea.

Con frecuencia las partes recurren a esta figura para ocultar un préstamo (generalmente usurario) y para eludir la aplicación de las normas de orden público que prohíben el pacto comisorio, enmascarando la verdadera operación bajo el disfraz de una supuesta venta con pacto de retro que se aparta así de su función. El mecanismo que se emplea es generalmente el siguiente: el acreedor entrega una cantidad de dinero al deudor y formalmente se hace o encubre esta entrega como precio de una compraventa. El acreedor aparece formalmente como comprador existiendo en el contrato un pacto de recompra a favor del deudor cuando éste devuelve el crédito o préstamo, es decir, cuando cumple la obligación debida. De esta forma el vendedor con pacto de retro es un prestatario y el

⁴¹ Bianca, C. Massimo, *Voz Patto Commissorio...* cit., p. 718; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 505; Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., p. 69; Dalmartello, Arturo *Voz "Pegno irregolari"*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio Azara/Ernesto Eula, Vol. VI, Turín, UTET, 1968, p. 711.

⁴² Para un examen de los caracteres esenciales y los elementos estructurales del retracto convencional en nuestro Código Civil, véase mi trabajo *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil venezolano)*, Caracas, Ediciones Liber, 2016, pp. 15-75.

comprador, un prestamista. La cosa se “vende” por el prestatario al prestamista por un precio equivalente al monto del préstamo, conviniéndose el pacto de retro que le permitiría al prestatario recuperar la cosa dentro de un plazo – la duración del préstamo – mediante la devolución del “precio”, incrementado con los intereses, o sin incrementar, cuando ello no es necesario porque en el contrato se hizo figurar una suma superior a la realmente recibida por el prestatario. Se ha burlado de esta forma la disposición legal que prohíbe el pacto comisorio con el agravante de que el prestamista no se convierte en propietario al vencimiento, porque la ley se lo prohíbe; pero se convierte en propietario con anterioridad, esto es, desde el día del préstamo encubierto mediante una venta con pacto de retro⁴³.

Como se comprende fácilmente, el problema que se plantea es cómo determinar si el contrato sometido a la consideración del juez disimula la existencia de un contrato de préstamo con una estipulación comisorio enmascarada bajo una compraventa con pacto de retro.

La doctrina señala como características de las operaciones ficticias de venta *sub retro* las siguientes: 1) La existencia de una relación de deuda, anterior o contemporánea del vendedor respecto del comprador. Como se dijo, el indicio capital para reconocer un pacto comisorio encubierto será la conexión directa entre la operación de transmisión del objeto y la existencia de una relación previa o concomitante, con obligaciones contraídas a que responde; 2) El precio vil en relación al valor real de la cosa. Con ello se busca la constitución de una garantía que procure, en caso de falta de pago, la transmisión irregular de una propiedad cuyo precio verdadero es muy superior al pagado; 3) La estipulación de intereses que induce a pensar que, en realidad, estamos ante un préstamo con garantía y no frente a una compraventa, puesto que, de otro modo, no se comprende que el precio produzca intereses; 4) El inmediato arrendamiento de la cosa al vendedor, generalmente a

⁴³ Esta situación ya había sido advertida por la doctrina clásica francesa. Al respecto, por todos, véase: Jossierand, Louis, ob. cit., II, pp. 108-109. La doctrina nacional también ha puesto de manifiesto los peligros que entraña la venta con pacto de retracto porque con frecuencia se ha utilizado para eludir la aplicación de normas de orden público como las disposiciones relativas a la usura y la prohibición legal del pacto comisorio. Al respecto, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 278-279; Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Ibid.*, pp. 24-27.

un precio elevado y que seguramente esconde los intereses del préstamo; 5) El mantenimiento del vendedor en la posesión de la cosa, de manera que la transmisión del dominio (si es que realmente la hay) se perfecciona a través del *constitutum possessorium*; 6) La asunción de todos los gastos de la transmisión y de todos los tributos, cargas y riesgos inherentes a la propiedad del bien a cargo del vendedor; 7) Las declaraciones, expresiones y frases utilizadas por las partes; 8) La prórroga del plazo dentro del cual debía originalmente ejercitarse el derecho de retracto; 9) La prohibición al comprador de disponer de la cosa, o de alterarla o transformarla; 10) La obligación del vendedor de contratar un seguro sobre la cosa objeto de la venta con pacto de retro; 11) La frecuencia de compras bajo esta modalidad efectuadas por una misma persona, lo que hace presumir que se trata de un usurero que oculta sus operaciones ilegales; y 12) En general, todo aquello que no suele ordenarse en una compraventa ordinaria en la que el vendedor se reserva el derecho de retracto⁴⁴.

Los hechos o circunstancias anteriores son pues indicios o presunciones *hominis* que permitirán al juez *ex* artículos 1.394 y 1.399 del Código Civil encontrar cuál fue la verdadera intención de los contratantes. En la generalidad de los casos, la concurrencia de uno o de varios de esos indicios, puede estimarse prueba suficiente para detectar la presencia de una operación de préstamo con un pacto comisorio enmascarado bajo una compraventa con pacto de retro.⁴⁵

⁴⁴ Anelli, Franco, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 150-152; Sesta, Michele ob. cit., pp. 149-153; Durán Rivacoba, Ramón, ob. cit., pp. 182-184; Ginés Castellet, Núria, ob. cit., pp. 125-129; Aguilar Gorrondona, José Luis, ob. cit., pp. 178-279; Urdaneta Fontiveros, Enrique, ob. cit., p. 27.

⁴⁵ Al respecto, véase: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 431, de fecha 13 de marzo de 2007 y Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 427, de fecha 14 de octubre de 2010, citadas ambas en sentencia No. RC.000889 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 9 de diciembre de 2016. Disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/sonia-franci-benedetti-ramirez-655480193>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. RC.000484, de fecha 3 de agosto de 2016. Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/jose-naza-rodriguez-linarez-646722721>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. RC.000148, de fecha 6 de marzo de 2012. Disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/representaciones-dorta-garc-francisco-pino-356216786>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020.

Corresponderá, en definitiva, a los jueces apreciar el verdadero sentido del negocio realizado por las partes según las circunstancias y efectuar la calificación correspondiente. La calificación jurídica de la operación dependerá fundamentalmente de la verdadera intención de las partes, tomándose en cuenta, en especial, los hechos que la demuestren o la hagan presumir, conforme a lo antes expuesto⁴⁶.

7. Compraventa sometida a la condición suspensiva del incumplimiento de la deuda

La figura de la compraventa suspensivamente condicionada al impago de una deuda por parte del vendedor ha sido calificada como un *pacto comisorio autónomo*⁴⁷ y, por ende, incluido dentro de la prohibición legal.

En razón de la compraventa bajo condición suspensiva del incumplimiento de la obligación, el comprador y el vendedor acuerdan que el primero entrega al segundo una cantidad de dinero, y celebran un contrato de compraventa sobre un bien del vendedor, suspensivamente condicionado a la falta de restitución de esa cantidad; de modo que el comprador, en caso de no producirse la devolución del dinero, adquirirá irrevocablemente la propiedad de un bien del vendedor, actuando como precio la cantidad que adelantó.

⁴⁶ Urdaneta Fontiveros, Enrique, ob cit., p. 27.

⁴⁷ El pacto comisorio autónomo es aquel por el cual las partes convienen que, en caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor tendrá el derecho de apropiarse de una cosa determinada del deudor sobre la cual no existe ninguna garantía prendaria, hipotecaria o anticrética. El pacto comisorio autónomo o en sentido impropio funciona como una garantía autónoma, es decir, independiente de un contrato de garantía típico (hipoteca, prenda o anticresis). Por ejemplo, en un préstamo se conviene que, incumplida la obligación, el prestamista hará suya una cosa determinada del deudor sobre la cual el acreedor no tiene una prenda o hipoteca constituida a su favor. Se utiliza una cosa como garantía al margen de los contratos reales típicos de garantía. Si bien los supuestos de pacto comisorio contemplados en la ley son los que acceden a un contrato de prenda, hipoteca o anticresis, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera modernas consideran que no son estos los únicos casos comprendidos en la prohibición. Ese mismo criterio debe seguirse en nuestro ordenamiento. En efecto, las disposiciones del Código Civil que consagran la prohibición del pacto comisorio (arts. 1.844, 1.858 y 1.878) son, por su naturaleza, normas materiales que impiden la obtención de un determinado resultado cualquiera que sea el medio utilizado para obtenerlo. La prohibición legal lo que quiere es impedir el resultado, sea uno u otro el medio empleado para conseguirlo. Por lo cual, se le niega eficacia a aquellos negocios que si bien no están prohibidos directamente producen bajo otra forma el mismo resultado objetivo o fin práctico que es precisamente el que la ley trata de impedir

La operación se traduce en una compraventa sometida a condición suspensiva cuyo evento condicionante es precisamente la insatisfacción del crédito que tiene el comprador frente al vendedor. Si se produce la restitución por el deudor de la cantidad anticipada por el acreedor, la condición es fallida y la compraventa no produce sus efectos. Pero ante un incumplimiento de la obligación, la condición se cumple y la compraventa despliega su eficacia, adquiriendo el comprador sin más la propiedad del bien de su deudor.

La doctrina y la jurisprudencia italiana y española más modernas consideran que una convención de esas características constituye una violación de la prohibición del pacto comisorio⁴⁸ y, por ende, se halla proscrita por la ley por las siguientes razones: En primer lugar, la compraventa está vinculada causalmente con una relación crediticia entre las mismas partes: para que los contratantes puedan garantizar el crédito mediante una venta suspensivamente condicionada al incumplimiento, se requiere la existencia de un crédito entre las partes. Pero adicionalmente el carácter garantista de la operación es evidente. En efecto, por la eficacia suspensiva de la condición, la transmisión de la propiedad se produce en el momento de la no restitución de la cantidad adeudada. Como la transferencia de la propiedad y el pago del precio quedan en suspenso hasta el vencimiento de la obligación garantizada, producido el incumplimiento, las consecuencias respecto al comprador (acreedor son la adquisición de la propiedad y la extinción del crédito por compensación; y

⁴⁸ En la doctrina italiana, Franco Anelli (ob. cit., pp. 27-29), afirma que la solución favorable a la extensión de la prohibición legal a esta hipótesis es pacífica, lo que puede corroborarse en Bianca, C. Massimo, *Voz Patto Commissorio...* cit., p. 714; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 502; Sesta, Michele, ob., cit., p. 27-29. La Casación italiana en sentencias recientes se ha pronunciado igualmente por una interpretación extensiva del art. 2.744 del *Codice* que consagra la prohibición del pacto comisorio ya que no se trata de una norma excepcional sino más bien todo lo contrario, en cuanto refleja “un principio común a numerosas instituciones”. La Casación italiana no ha vacilado en declarar en forma inequívoca que “la prohibición del pacto comisorio comprende tanto las ventas en garantía bajo condición suspensiva, como las ventas con pacto de rescate, de retroventa y de retrocompra”. Al respecto, véanse las sentencias de la Casación italiana reseñadas en Valcavi, Giovanni, “De la prohibición del pacto comisorio, la venta con garantía y el negocio fiduciario” en *Textos jurídicos de Derecho Civil*, s/f., p. 253. Disponible en: <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/espanol/derecho-civil/De-la-prohibicion-del-pacto-comisorio.pdf>, consultado en fecha 20 de julio 2020. La doctrina española entiende en su mayoría que la compraventa en garantía bajo condición suspensiva del impago de la deuda es un supuesto que cae bajo el campo de aplicación de la prohibición legal. Al respecto, véase: Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., pp. 567-568; Durán Rivacoba, Ramón, ob. cit., p. 68; Ginés Castellet, Núria, ob. cit., pp. 135-139; Guilarte Zapatero, Vicente, ob. cit., pp. 460-461, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sido oscilante. Al respecto, véase: Rodríguez Rosado, Bruno, ob. cit., pp. 195-197, especialmente, las notas 19 y 20 y las sentencias del Tribunal Supremo español ahí reseñadas.

respecto al vendedor) deudor, el pago de la deuda a través de la transferencia de un bien. El acreedor se hace propietario de la cosa “vendida” por el incumplimiento. De lo que resulta que hay, en definitiva, una venta en garantía que encubre un pacto comisorio prohibido; o si se quiere, una cláusula comisoria que surge en relación con una garantía oculta como la venta en garantía. Ese mismo criterio debe seguirse en nuestro ordenamiento.

8. Opción en garantía

La opción en garantía es el derecho de opción que el deudor concede al acreedor para que, transcurrido el plazo fijado para el pago de la deuda, pueda ejercerlo sobre un bien propiedad de aquél, por un precio que en la mayoría de los casos es el dinero entregado en préstamo. En tal caso, solo si hay incumplimiento por parte del deudor, el acreedor tiene la facultad de adquirir la propiedad de un bien del deudor por el precio que había entregado en préstamo, o no ejercer este derecho y exigir el crédito, puesto que mantiene la posición de acreedor; es un acreedor cuyo derecho de crédito se encuentra reforzado por un derecho de opción⁴⁹. De lo que resulta que la opción de compra concedida al acreedor funciona como una garantía implícita para asegurar el pago de su crédito. En efecto, la opción en garantía supone una transmisión de la propiedad condicionada a la falta de pago de la deuda dentro de un plazo que, en razón de una estipulación previa, se pone en funcionamiento por la sola manifestación de voluntad del acreedor.

La facultad alternativa del acreedor de elegir, ante el incumplimiento del deudor, entre ejercer la acción personal para el cobro de la deuda o hacer efectiva la garantía adquiriendo la propiedad del bien mediante el ejercicio de la opción, es realmente la misma facultad de elección que asiste al acreedor prendario o hipotecario mediante pacto comisorio: acudir a la vía (ejecutiva) ordinaria para el cobro de su crédito o hacer suyo el bien dado en garantía. En efecto, la opción en garantía le permite al acreedor, en caso de que se produzca el incumplimiento, hacer suyo de manera directa e inmediata un

⁴⁹ Rodríguez Rosado, Bruno, ob. cit., pp. 191-193.

determinado bien del patrimonio del deudor sobre el cual no tenía una prenda o una hipoteca constituida a su favor.

Para facilitar el buen funcionamiento de este mecanismo de garantía se suele prever que si llegado el vencimiento de la deuda hay incumplimiento por parte del deudor, el acreedor tendrá el derecho de adquirir el bien del deudor por un precio prefijado que será pagado por compensación con la deuda insatisfecha. Esta opción puede venir acompañada de un poder irrevocable, otorgado en interés común *ex* artículos 1.704 (ord. 1º) y 1.705 del Código Civil, a favor del propio optante o de una persona de su confianza, para que pueda disponer del bien sobre el cual recae la opción y otorgar los documentos requeridos para hacer constar la transferencia, en caso de que dicha opción sea ejercida.

Como puede fácilmente apreciarse, la utilización del contrato de opción para asegurar el cumplimiento de una obligación le permite a las partes convenir en la transferencia comisorio de la propiedad por el incumplimiento de la deuda. Admitir el empleo de una opción de compra ejercitable por el acreedor sobre un bien propiedad de su deudor en la eventualidad del impago de la deuda dentro del plazo establecido, equivaldría a legitimar la utilización de esta figura con funciones de pacto comisorio para eludir la aplicación de los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil⁵⁰.

No es admisible, es nuestro concepto, que a través de una opción de compra consiga el acreedor que el derecho a la realización del valor de la cosa que le asiste en la ejecución de su derecho de crédito, se convierta en una adquisición comisorio a falta de pago de la deuda⁵¹. De admitirse esta posibilidad se desnaturalizaría lo que es una garantía real que

⁵⁰ En el mismo sentido, respecto al ordenamiento español, véase: Durán Rivacoba, Ramón, *ob. cit.*, pp. 230-244 y la doctrina administrativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado allí citada.

⁵¹ Como afirma Vidal Martínez “la opción de compra articulada con fines de garantía, así como de subordinación de la eficacia de una compraventa al incumplimiento del deudor, adoptando la forma de condición suspensiva o resolutoria no constituyen figuras distintas de la aquí expresada, sino simples variantes, que tratan de eludir la prohibición del pacto comisorio que en estos casos, se ve –en nuestra opinión–, conculcada” (Vidal Martínez, Jaime, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 208-209).

implica la conversión de la cosa en dinero para satisfacer la deuda y revertir el sobrante al deudor.

VI. EFECTOS DEL PACTO COMISORIO

El pacto comisorio, como se dijo, es absolutamente nulo porque adolece de *causa ilícita*. Pero la nulidad no afecta todo el contrato, sino solo a la cláusula ilícita. La nulidad del pacto comisorio no afecta a la garantía constituida. La nulidad se limita exclusivamente al pacto comisorio (*utile per inutile non vitiatur*). La nulidad parcial se fundamenta en el tenor literal de los artículos 1.844, 1.858 y 1.878 del Código Civil y 542 del Código de Comercio, en el principio de la conservación del contrato (*favor negotii* o, al menos, *favor voluntatis*) reconocido por nuestra jurisprudencia y en la propia naturaleza del contrato de garantía que puede existir válidamente sin la cláusula comisorio⁵².

La nulidad total de la garantía, se afirma, sería una sanción excesiva para el acreedor. Como teniéndose por no puesta la cláusula se corrigen por completo los defectos de la relación jurídica, la nulidad parcial es la solución que se impone.

Ahora bien, se admite que otra sería la solución si la cláusula comisorio hubiera sido la causa determinante del acuerdo de las partes, de modo que el contrato de garantía no se hubiera celebrado sin el pacto comisorio. Si queda establecido que el pacto fue determinante del consentimiento, al punto que las partes hicieron depender de su estipulación la existencia misma de la garantía, la nulidad del pacto traerá consigo la nulidad de todo el contrato de garantía⁵³. Como es de suponer que el acreedor preferirá quedarse con la garantía de la prenda, hipoteca o anticresis, antes que dejar de estar garantizado, la nulidad total del negocio de garantía solo procederá en casos excepcionales⁵⁴.

⁵² La doctrina es pacífica al respecto. Por todos, en la doctrina francesa, véase: Josserand, Louis, ob. cit., II, p. 456; Mazeaud, Henri, Mazeaud Leon y Mazeaud, Jean, ob. cit., I, p. 114. En la doctrina italiana, por todos, véase: Locajono, Vincenzo, ob. cit., pp. 40-41; Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 506. En la doctrina española, por todos, véase: Albaladejo, Manuel, ob. cit., III, p. 705; Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio ob. cit., III, p. 499.

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 506.

De ahí que, como principio de carácter general, al declararse la nulidad del pacto comisorio queda en pie la prenda, hipoteca o anticresis con todo su contenido, excepto la cláusula comisoria ilícita⁵⁵. Una vez declarada la invalidez de la convención, la garantía deberá ejecutarse por el procedimiento legalmente establecido.

Pueden pedir la declaración de nulidad todos los interesados. Por consiguiente, están legitimados para solicitarla el deudor y sus otros acreedores. Además, la nulidad puede – y debe – ser declarada de oficio por el Juez. Cabe por último que la haga valer el propio acreedor⁵⁶.

La acción para obtener la declaratoria de nulidad absoluta del pacto comisorio, así como la facultad o poder jurídico de oponerla como excepción, no prescribe nunca; es imprescriptible. Ello sin perjuicio de los efectos de la usucapión de la cosa transmitida al acreedor, como consecuencia del pacto comisorio consumado. Empero, el acreedor solo podrá adquirir la propiedad de la cosa en virtud de la usucapión veintenal prevista en el artículo 1.977 del Código Civil ya que carece de justo título⁵⁷.

Por último, en los casos de pacto comisorio encubierto o simulado bajo la apariencia de otro negocio jurídico, como existe una divergencia entre la voluntad interna y la

⁵⁵ En la doctrina nacional, José Luis Aguilar Gorrondona (ob. cit., p. 77) y Francisco López Herrera (ob. cit., p. 188) se pronuncian por la nulidad parcial. Por la nulidad de la cláusula contentiva del pacto comisorio en la prenda, hipoteca y anticresis se ha pronunciado igualmente la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al respecto véase, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 431, de fecha 13 de marzo de 2007, parcialmente transcrita en sentencia del Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, No. 539, de fecha 23 de noviembre de 2011. Disponible en <https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:VE/%22pacto+comisorio%22/p2/WW/vid/334143930>, consultado en fecha 12 de mayo de 2020; Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia de fecha 8 de febrero de 2017. Disponible en <https://app.vlex.com/#/search/jurisdictions:VE/%22pacto+comisorio%22/WW/vid/785571721>, consultado en fecha 20 de julio de 2020.

⁵⁶ Se podría pensar que permitir al acreedor aprovecharse de la nulidad, sería permitirle sacar provecho de su propia falta. Pero conviene recordar que la nulidad del pacto se establece para la protección del orden público. Por lo cual, hay que mirar la cuestión como si el contratante acreedor al atacar el pacto comisorio nulo, está tratando de salvaguardar ese interés superior y no como si pretende sacar provecho de su falta, aunque sea este su fin primordial.

⁵⁷ Locajono, Vincenzo, ob., cit., p. 45.

voluntad declarada de las partes, su régimen será el que corresponde a la simulación de los negocios jurídicos⁵⁸.

⁵⁸ Carnevali, Ugo, ob. cit., p. 506, Bustos Pueche, José Enrique, ob. cit., pp. 571-572.

CONCLUSIONES

1. El pacto comisorio está prohibido para la prenda, hipoteca y anticresis. Constituye un principio rector de nuestro sistema de garantías reales que obedece a exigencias de orden público que gobiernan la materia.

2. El fundamento de la prohibición del pacto comisorio se halla en la desproporción que se genera entre el monto de lo debido y el valor de la pérdida que sufre el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa objeto de la garantía. La prohibición del pacto comisorio no comprende aquellos pactos de adquisición que invistan al negocio de una evidente e indudable conmutatividad.

3. La interdicción del pacto comisorio no debe llevar a la consecuencia inadmisibles de que el deudor nunca pueda celebrar convenios particulares con su acreedor como, por ejemplo, una dación en pago, o la venta de la cosa dada en prenda o hipoteca, dejando a salvo la acción pauliana o revocatoria de tales actos que puedan interponer los restantes acreedores *ex* artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, cuando los mismos se hayan llevado a cabo en fraude de sus derechos.

4. El pacto comisorio es absolutamente nulo porque tiene *causa ilícita*. La nulidad no afecta todo el contrato, sino solo a la cláusula ilícita. Al declararse la nulidad del pacto comisorio queda en pie la prenda, hipoteca o anticresis con todo su contenido, excepto la cláusula comisorio ilícita (*utile per inutile non vitiatur*).

5. Una vez declarada la invalidez del pacto comisorio, la garantía deberá ejecutarse por el procedimiento legalmente establecido.

6. En los casos de pacto comisorio encubierto o simulado bajo la apariencia de otro negocio jurídico, como existe una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada de las partes, su régimen será el que corresponde a la simulación de los negocios jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Derecho Civil IV. Contratos y Garantías*, 11ª edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil III*, Vol. III, (Derecho de Bienes), 9ª edición, Madrid, Edisofer, 2004.

AUBRY, C. y Rau, C., *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IV, 5ª edición, París, Marchal et Billard, 1907.

AYNÈS, Laurent y Crocq, Pierre con el concurso de Agustin Aynès, “Droit des Sûretés”, en: Malaurie, Phillipe y Aynès, Laurent, *Droit Civil*, París, L.G.D.J., 2019.

BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Vol. III, traducción al castellano de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Jurídica Europa-América, 1967.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. y de Loynes, P., “Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée”, Tome I, en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXII, 2ª edición, París, 1899.

BIANCA, C. Massimo, *Voz “Patto Commissorio”*, en: *Novissimo Digesto Italiano*, bajo la dirección de Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1965.

BIANCA, C. Massimo, *Il divieto del patto commissorio*, Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cargo de Pietro Pierlingieri, Nápoles-Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

Enrique Urdaneta Fontiveros

BRUGI, Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción al castellano, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.

BUSTOS PUECHE, José Enrique, “Teoría general sobre los derechos reales de garantía con especial atención al pacto comisorio”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, fascículo II, abril-junio 1990, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.

CABRILLAC, Michel y Mouly, Christian, *Droit de Sûretés*, 2ª edición, París, Editorial Litec, 1993.

CARNELUTTI, Francesco, “Note sul patto commissorio”, en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, bajo la dirección de A. Straffa y C. Vivante, Vol. XIV, parte seconda, Milán, Vallardi, 1916.

CARNEVALI, Ugo, Voz “Patto commissorio,” en: *Enciclopedia del Diritto*, bajo la dirección inicial de Francesco Calasso, Vol. XXXII, Milán, Giuffrè, 1982.

CROCQ, Pierre, *Propriété et garantie*, París, L.G.D.J., 1995.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, (Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral), 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1977.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, Voz “Pacto Comisorio”, en *Diccionario de Derecho Civil*, Caracas, Liven Editores, 2009.

DOMINICI, Aníbal, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, Tomo IV, Tipografía Universal, Caracas, 1905.

DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Editorial Civitas, 1995.

GINÉS CASTELLET, Núria, *La enajenación de bienes inmuebles con fines de garantía*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.

GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol. III, traducción al castellano por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Reus, 1920.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Comentario a los artículos 1822 a 1896 del Código Civil”, en: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIII, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990.

IRURZUN GOICOA, Domingo, “La cláusula resolutoria y el pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado* bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez Radó, Vol. II, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1975.

Enrique Urdaneta Fontiveros

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II (Contratos), traducción castellana de Santiago Conchillos y Monterola, Buenos Aires, Bosch y Cia. Editores, 1950.

LAURENT, F., *Principios de Derecho Civil*, traducción castellana, Tomo 28, 2ª edición, Habana, 1920.

LOCAJONO, Vincenzo, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milán, Giuffrè, 1952.

LÓPEZ HERRERA, Francisco *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*, Caracas, Empresa El Cojo, 1952.

MAS ALCARAZ, Celestino, “El pacto comisorio”, en: *Estudios de Derecho Privado*, bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radío, Vol. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo IV, Madrid, Editorial Reus, 1931.

MONTEL, Alberto, Voz “Garanzia (diritti reali di)”, en: *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio Azara y Ernesto Eula, Vol. XII, Turín, UTET, 1961.

MAZEAUD, HENRI, Mazeaud, Leon, y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Tercera, Volumen I (Garantías), traducción castellana de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

Enrique Urdaneta Fontiveros

REGLERO CAMPOS, Fernando, “El pacto comisorio”, en: *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, coordinado por María Elena Larroba y Joan Marsal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978.

ROCA TRÍAS, Encarus, “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía”, en: *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, coordinado por Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez, Tomo I (Parte General y Garantías Personales), Madrid, Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

SANOJO, Luis, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1973.

SESTA, Michele, *Le garanzie atipiche*, Padua, CEDAM, 1988.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las Caucciones*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1980.

URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil venezolano)*, Caracas, Ediciones Liber, 2016.

Enrique Urdaneta Fontiveros

VALCAVI, Giovanni, “De la prohibición del pacto comisorio, la venta con garantía y el negocio fiduciario” en *Textos jurídicos de Derecho Civil*, s/f.

VARRONE, Claudio, *Il trasferimento de la proprietà a scopo di garanzia*, Nápoles, Jovene, 1968.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, Civitas, 1990.

VIVANTE, César, “Del Contrato de Seguro, De la Prenda, Del Depósito en los Almacenes Generales”, Vol. II, en: Botafflio. Rocco y Vivante, *Derecho Comercial*, Tomo 15, traducción castellana de Santiago Sentís Melendo, Ediar Editores, Buenos Aires, 1952.

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y del pacto marciano”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, diciembre 2009.

ASPECTOS PROBATORIOS EN EL PROCEDIMIENTO ORAL CIVIL

Francisco Jiménez Gil

Profesor Agregado. Universidad Católica Andrés Bello

Resumen

El Trabajo que se presenta tiene como objetivo general analizar los aspectos relativos a los principios y normas del derecho probatorio en su aplicación en el procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil vigente; mediante el estudio específico de la relación existente entre los principios que informan dicho procedimiento oral y las normas generales de derecho probatorio, propendiendo a su armonización; indagando en la oportunidad y formas de promoción, evacuación, control, impugnación y valoración de los medios probatorios en el procedimiento oral civil; investigando los poderes del Juez en materia probatoria en el referido procedimiento y con la intención de ofrecer posibles soluciones a las situaciones de contradicción o colisión de normas que pueden existir.

Palabras claves: Procedimiento oral, procedimiento civil, pruebas.

EVIDENTIARY ASPECTS IN CIVIL ORAL PROCEEDINGS

Abstract

This Paper has as general objective to analyze evidence-related principles and law regarding the enforcement of the oral proceedings contained in the Civil Procedural Code actually in force; by means of the specific study of the relation between the principles that apply to said verbal proceedings and the general rules of probative law; intending their harmonization; inquiring the opportunities and means of promoting, practicing, controlling, challenging and pondering evidence in verbal civil proceedings; researching probative court powers in those proceedings, with the intent of offering possible solutions to conflicting or law-collision situations that may arise.

Keywords: Oral proceedings, civil procedure, evidence.

INTRODUCCION

Uno de los paradigmas existentes desde los albores de la ciencia del Derecho Procesal ha sido la sistemática del proceso, entendida como el conjunto de principios que deben regular la relación jurídica adjetiva para optimizar la resolución de los conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica y lograr la así la obtención de la justicia y la paz social.

En efecto, las fortalezas y debilidades de los procesos de corte inquisitivo, dispositivo o acusatorio han sido explanadas y debatidas por la doctrina procesal; igualmente, ha sido una pugna de larga data la de la conveniencia de un proceso oral como contrapartida al principio de escritura, existiendo promotores a ultranza de un sistema puramente oral, los detractores de dicha proposición y posiciones eclécticas que propugnan algún determinado grado de influencia de la oralidad en los actos procesales.

Es de común conocimiento que en el derecho anglosajón el proceso oral tiene larga tradición. Del mismo modo, en la mayoría de los países de derecho continental o civil law, el principio de oralidad ha tenido acogida en su sistema procesal en mayor o menor grado. En diversos Estados europeos y latinoamericanos cuando ha sido introducida la oralidad se han verificado éxitos y fracasos, siendo una constante la existencia de períodos de transición, e inclusive podríamos calificar de incertidumbre, mientras las nuevas características procesales permean, son asumidas y su validez verificada por la comunidad jurídica y por la sociedad en general sometida a ellas. Ciertamente, siendo el derecho una ciencia social y cultural, sus manifestaciones y eficacia van en directa proporción con la recepción que el mismo tenga en el colectivo.

Ha sido el caso experimentado por determinados ordenamientos jurídicos que han implementado procesos orales, que poco tiempo después ha sido necesaria la revisión de los mismos, bien para afinar aspectos problemáticos motivados por el cambio de sistema, o bien para delimitar el alcance de la oralidad.

En lo que respecta a Venezuela, se puede afirmar que es un país donde el procedimiento escrito tiene una arraigada tradición, teniendo sus raíces en el derecho

colonial español, y manteniendo tal condición en nuestra historia republicana, solo haciendo aparición en la legislación del siglo XX tímidos esbozos de la oralidad; siempre en el caso de actos procesales determinados y generalmente de forma potestativa para el jurisdicente.

En el Código de Procedimiento Civil de 1986 se positiviza en nuestro país un procedimiento oral, estatuido como uno de los procedimientos especiales en el Título XI, del Libro IV de dicho texto normativo. Decimos que se positiviza, más no se aplica dicho procedimiento, ya que tal realización quedó supeditada a la determinación por el Poder Ejecutivo Nacional de en qué momento, para cuáles materias y en qué circunscripciones sería aplicable dicho procedimiento; o bien por concierto entre las partes.

El procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil, aunque existente en nuestro ordenamiento jurídico desde hace treinta (30) años, no ha tenido aplicación sino hasta fechas recientes, por tanto, el tratamiento y estudio que ha tenido ha sido mayormente de índole teórica y en algunos casos meramente exegética, sin haberse nutrido tales investigaciones de las situaciones que en la práctica forense puedan presentarse.

Sin embargo, a raíz de la promulgación y entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999, la cual propugna la oralidad de los procesos judiciales, retomó singular importancia el procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil.

En leyes especiales dictadas en los últimos años se efectúa una remisión a dicho procedimiento oral para la cognición de litigios, y posiblemente la tendencia se mantenga en los venideros. Igual interés se ha evidenciado en la política judicial dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, al haber dado el paso que propende a instaurar el procedimiento en las causas conocidas por los Tribunales de Municipio en las ciudades de Caracas y Maracaibo, lo cual significa un aumento exponencial de los conflictos intersubjetivos de intereses en los cuales aplica el procedimiento oral.

Por tales razones se hace de vital importancia para jueces, funcionarios judiciales, abogados litigantes, profesores, estudiantes y operadores jurídicos en general, la creación, aprehensión, manejo y desarrollo de literatura jurídica específica sobre el tema.

Hechas tales consideraciones, y entendiendo que el campo de la prueba judicial es uno de los pilares del derecho procesal, hemos tomado como propósito el estudio desde esa óptica del tantas veces referido procedimiento oral civil, en espera de realizar alguna contribución para el desarrollo y operatividad del mismo.

Es un elemento de especial atención y consideración en la presente investigación, que en años recientes existe una iniciativa propulsada por el Tribunal Supremo de Justicia y sometida a consideración del Poder Legislativo Nacional, un nuevo proyecto de Código de Procedimiento Civil; siendo uno de los principales propósitos declarados en tal propuesta una mayor incidencia de la oralidad en el sistema procesal venezolano. Con mayor actualidad aún, la Sala Civil de dicho Tribunal ha proferido sentencia tendiente a una modificación sustancial del procedimiento civil, método de constitucionalidad absolutamente dudosa. Sin embargo, estamos convencidos de que ello, lejos de significar una ausencia de justificación en profundizar en las instituciones adjetivas vigentes, resalta la necesidad de analizar la interrelación entre oralidad y el derecho probatorio. En efecto, en caso de que tales intentos fructifiquen en una modificación de la regulación procesal, la experiencia previa obtenida bajo el imperio de la ley vigente, será necesaria para la interpretación y resolución de eventuales situaciones problemáticas que se susciten. Del mismo modo, existiendo leyes especiales que efectúan una remisión al procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil vigente, la eventual reforma que pueda ocurrir sobre el mismo no supone *per se* la desaparición normativa del procedimiento en cuestión.

I. MARCO REFERENCIAL

1.1. Principio de Oralidad. Generalidades.

Uno de los elementos esenciales de un sistema procesal, es la forma en que los sujetos intervinientes en el proceso se comunican, es decir, el modo en que se presenta la

dialéctica de las partes en conflicto y de ellas para con el Juez; así como las directrices emanadas de éste en sus facultades de director del proceso, ese tercero imparcial decisor de la controversia planteada. Siendo las afirmaciones, argumentaciones y pruebas existentes en un juicio ideas y representaciones, por lo general complejas y canalizadas a través de la palabra (articuladas), las formas de transmisión son necesariamente escritas o verbales.

La oralidad en un sentido amplio, o inclusive utópico, supondría la realización de todos los actos de procedimiento en forma verbal. Sin embargo, ello aparejaría ciertos defectos: (i) la inexistencia de soporte que permita recabar y conservar en el tiempo los aspectos tratados o debatidos en el juicio, limitando la capacidad de control de la actividad jurisdiccional por la vía de los recursos, haciendo más gravosa la posibilidad de ejercer coactivamente el fallo, y en general, cercenando los derechos procesales de los litigantes; (ii) la dificultad para la resolución de situaciones jurídicas complejas. Sobre el particular, señala CHIOVENDA, uno de los principales cultores de la oralidad:

...hoy el proceso no puede ser puramente oral o escrito. Exclusivamente oral sólo puede ser un proceso primitivo: cuando los pleitos y los medios de prueba son sencillos, simples, y no admiten las impugnaciones o apelaciones y los medios de reproducción de la palabra son difíciles. En los pleitos de una civilización más avanzada, la escritura siempre tiene una parte. Todo proceso moderno es por lo tanto mixto; y será oral o escrito según la importancia que en él se dé a la oralidad y a la escritura, y, sobre todo, según el modo de verificar la oralidad...¹

En su justa medida, el principio procesal de oralidad patrocina que en el proceso exista un contradictorio verbal entre las partes y de cara al Juez, que las pruebas se propongan, admitan y evacuen –en cuanto sea posible– de la misma forma; y que la decisión que se dicte sea proferida oralmente.

Tales postulados no significan un antagonismo a ultranza frente a la escritura, por el contrario existen actos cuya realización por escrito es necesaria. Sin embargo, un sistema procesal oral tiene un propósito reaccionario frente a los principales vicios que se endilgan

¹ CHIOVENDA, JOSÉ. “Principios de Proceso Civil”. Traducción de CASAIS Y SANTALÓ, José. Instituto Editorial Reus. Tomo II. 1977. Madrid. España. p. 134 y 135.

a un proceso predominantemente escrito, a saber: retardo procesal y distanciamiento del Juez sobre el debate.

Como modo de paliar tales problemas y pretendiendo la consecución de una justicia más pronta y directa, la oralidad trae aparejados otros principios como son: (i) el de concentración, el cual propende a que el debate oral, la actividad probatoria y la decisión se pronuncien en una misma audiencia o en el menor número posible de ellas; en contraposición a un proceso escrito “...dividido en una larga serie de pequeñas etapas y fases, con el impulso procesal atribuido casi exclusivamente a la discrecionalidad de las partes, mejor dicho de sus defensores...”²; (ii) la inmediación es consustancial a la oralidad, ya que la presencia personal del Juez es necesaria para recibir las alegaciones de las partes, si se realizan en forma oral, así como para la realización de las pruebas, lo que se traduce en una percepción eficaz de los aspectos del litigio; (iii) la oralidad permite una mayor extensión del principio de publicidad procesal, ya que un acto oral permite su observación por público, lo cual se aspira sea un medio indirecto de control de la actividad judicial.

1.2. La Oralidad en Venezuela

Como fue apuntado en forma introductoria, el sistema procesal venezolano ha sido preponderantemente escrito, tanto en sus raíces de derecho colonial español, como en la historia republicana. Sin embargo, observamos que en su oportunidad han sido estatuidos algunos esbozos de oralidad; así tenemos, a título ejemplificativo, que en el Código de Comercio³ (promulgado en el año 1955, pero cuyas normas que de seguidas se señalan provienen del Código de 1904) se establecen actos orales específicos para dirimir: (i) las objeciones que surjan en la calificación de acreedores durante el procedimiento de quiebra (art. 962, segundo párrafo); (ii) las reclamaciones sobre graduación, orden de pagos, distribuciones y reservas en dicho procedimiento concursal (art. 963, cuarto párrafo); (iii) la resolución de tales eventos en las quiebras de menor cuantía (arts. 1.075 y 1.079).

² CAPPELETTI, MAURO. “La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil”. Traducción de SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. Ediciones Jurídicas Europa América. Colección Ciencia del Proceso. N° 62. 1972. Buenos Aires. Argentina. p. 99

³ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475 Extraordinario del 21 de diciembre de 1955.

En materia laboral, la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo del año 1959⁴, estableció la posibilidad de interposición verbal de la demanda, el interrogatorio al demandado por parte del Juez en el acto de litiscontestación y rendir informes en forma oral; iguales informes facultó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del año 1977⁵ (actualmente derogada) en los juicios contencioso-administrativos.

El derogado Código de Enjuiciamiento Criminal⁶ establecía en su Capítulo Décimo del Título Tercero un procedimiento denominado “De los Juicios Correccionales” (arts. 412-A y siguientes) con un elevado contenido de oralidad, sin embargo era potestativo para el Juez de la causa decidir sobre su aplicación. Dicho juicio correccional fue establecido como aplicable por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público⁷ para la cognición de delitos tipificados en esa normativa especial.

Pero no es sino hasta la promulgación del Código de Procedimiento Civil vigente desde el 16 de marzo de 1987⁸, que se estatuye en el ordenamiento jurídico un completo procedimiento que atiende a los principios de oralidad e intermediación. Sin embargo, su implementación no se hizo inmediata sino que se dejó en manos del Ejecutivo Nacional. Establece la exposición de motivos del referido texto normativo:

...Una de las innovaciones más importantes del Proyecto [de Código de Procedimiento Civil] es la introducción del Procedimiento Oral, regulado en el Título XI del Libro Cuarto.

Se estuvo consciente de la dificultad de introducir el juicio oral como regla ordinaria de procedimiento y abandonar sin más el sistema escrito, que forma parte hoy de la mentalidad jurídica y técnica de los jueces y abogados del país, y optó por mantener la estructura general del procedimiento ordinario vigente, con fundamentales reformas, e introducir el juicio oral como un

⁴ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo. Gaceta Oficial N° 26.116 del 19 de noviembre de 1959.

⁵ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 1.893 del 30 de julio de 1976.

⁶ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta Oficial N° 748 del 3 de febrero de 1962.

⁷ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Gaceta Oficial N° 3.077 del 23 de diciembre de 1982.

⁸ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.694 del 22 de enero de 1986. Con reformas parciales publicadas en Gaceta N° 3.886 Extraordinaria del 15 de septiembre de 1986 y Gaceta N° 3.970 Extraordinaria del 13 de marzo de 1987.

ensayo en determinadas materias y dentro de una limitada cuantía, a fin de contribuir así a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral; de tal forma que su comprobado éxito pueda aconsejar la extensión del mismo a otras materias concretas o a todas en general.

Por está razón (sic) la comisión adoptó la sana política de dejar librada al Ejecutivo Nacional la facultad de modificar la cuantía aplicable al procedimiento oral, suprimir este procedimiento en determinadas materias o extenderlo a otras, y determinar también las Circunscripciones Judiciales y los jueces de éstas en que deba iniciarse la vigencia del juicio oral, pensando la Comisión, que tal facultad permitirá al Ejecutivo Nacional proceder con más cautela a la iniciación del procedimiento oral en aquellas Circunscripciones y ante aquellos jueces del mérito en que se den mejor las condiciones indispensables para el éxito de este nuevo procedimiento...⁹

Pudiera afirmarse que el hecho de que se haya dejado a potestad del Poder Ejecutivo la aplicación de tal procedimiento fue una fórmula de compromiso lograda en el proceso de discusión y formación de la reforma procesal, que se tradujo en el Código en cuestión; por cuanto la mayoría legislativa no encontró pertinente la imposición inmediata del sistema oral. Por su parte, hay quienes opinan que la inclusión de un procedimiento oral en el Código de Procedimiento Civil, no obedeció más que a un simple interés académico, sin que hubiere sido la intención real su aplicación.

Lo cierto del caso es que en los primeros lustros de vigencia del Código en cuestión, no hubo ninguna moción para la implementación de dicho procedimiento. En palabras de RENGEL RÖMBERG:

...desde la entrada en vigencia del nuevo Código, el 16 de marzo de 1987 hasta el presente, van 16 años sin que se haya puesto en vigencia el Procedimiento Oral, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998 atribuyó esa potestad al Consejo de la Judicatura; este Consejo fue suprimido durante el proceso constituyente por Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente del 18 de noviembre de 1999, y la Comisión de Emergencia Judicial asumió las facultades de dicho Consejo, Comisión a la cual le fue fijado como fecha límite para resolver “todo lo relacionado con la implantación del Procedimiento Oral en el sistema procesal existente, para su adecuación a la nueva realidad constitucional” hasta el 16 de diciembre de

⁹ Ídem.

1999. Vencido dicho lapso, tampoco hubo cumplimiento alguno de dicho cometido. Seguidamente, por Decreto de la Constituyente, de fecha 29 de Diciembre de 1999, fue creada la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial con las mismas atribuciones relativas a la implantación del Proceso Oral, que tampoco cumplió su cometido; y por último, el 1º de octubre del 2000 el Tribunal Supremo de Justicia asumió el gobierno y administración del Poder Judicial, conforme a lo previsto en el Art. 267 de la Constitución de la República...(omissis)...pero hasta ahora, el Tribunal Supremo no se ha propuesto determinar las Circunscripciones Judiciales y los tribunales de éstas en que deben entrar en vigencia las disposiciones del procedimiento oral.¹⁰

Las líneas anteriores son demostrativas del largo camino que ha tomado la imposición de un sistema procesal oral en nuestro país, y particularmente en materia civil. Sin embargo, es indubitable que la oralidad ha adquirido gran auge como ideal o propósito en la política judicial del país. Así tenemos que, en el año 1998 entró en vigencia el Código Orgánico Procesal Penal¹¹, acogiendo el principio de oralidad para los procedimientos penales; en el mismo año fue promulgada la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente¹², la cual a su vez contempló una serie de actos orales en los procedimientos en materia de protección y de responsabilidad de niños y adolescentes. Tales premisas siguen en eficacia en las versiones vigentes de los referidos textos normativos.

Más aún, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999¹³, estableció en sus artículos 26 y 257 la oralidad como uno de los principios rectores del proceso, de lo cual se ha derivado que en los años subsiguientes se hayan estatuido procedimientos con mayor preponderancia de ella.

En materia de amparo constitucional, la creación jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha extremado los actos procesales orales,

¹⁰ RENGEL-RÖMBERG, ARÍSTIDES. "Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Según el Nuevo Código de 1987" Tomo VI. "De los Procedimientos Especiales." Primera Edición. Altholito, C.A. 2004. Caracas, Venezuela. pp. 454 y 455

¹¹ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.208, del 23 de enero de 1998.

¹² REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.266, del 2 de octubre de 1998.

¹³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453, del 24 de marzo de 2000.

los cuales, independientemente de la constitucionalidad o no de su modo de confección; pragmáticamente tuvieron aplicación unánime en la República, en los años subsiguientes.¹⁴

Igualmente, el procedimiento seguido por dicha Sala Constitucional en el caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA)¹⁵, coloquialmente conocido como “créditos indexados”, fue en esencia el procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil.

En el año 2001 fue promulgada la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario¹⁶, en la cual fue estatuido un proceso oral para la materia agraria. En cuanto al proceso laboral, la bandera de la reforma fue estatuir un proceso oral, actualmente en aplicación desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹⁷, instrumento que también aporta normas procesales de carácter probatorio que son de alguna utilidad para la presente investigación.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004¹⁸ dio cabida a audiencias orales. Dicha tendencia fue continuada y ampliada en materia de derecho procesal constitucional y en el contencioso administrativo tanto con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010¹⁹, como de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁰ del mismo año.

1.3. Juicio Oral Civil

¹⁴ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 07 de fecha 1° de febrero de 2000, caso: José Amado Mejía, estableció un procedimiento con audiencia oral en materia de acción autónoma de amparo constitucional. Consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/07-010200-00-0010.htm>, el 8 de febrero de 2007.

¹⁵ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1571 de fecha 22 de agosto de 2001. Consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>, el 8 de febrero de 2007.

¹⁶ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Gaceta Oficial N° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001

¹⁷ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica Procesal del Trabajo Gaceta Oficial N° 37.504, del 13 de agosto de 2002.

¹⁸ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial N° 37.942, del 20 de mayo de 2004.

¹⁹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.991, del 29 de julio de 2010.

²⁰ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Gaceta Oficial N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

Concretamente en lo que respecta al procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil, se abrió la puerta a su aplicación con la promulgación en el año 2001 de dos textos legales: (i) la Ley de Procedimiento Marítimo²¹, la cual en su artículo 8 declara como aplicable el mismo, con algunas modificaciones; y (ii) la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre²², de acuerdo a la remisión que realiza el artículo 15, norma se encuentra actualmente en vigencia por vía del artículo 212 de la reforma al referido cuerpo normativo promulgada en el año 2008.²³

Artículo 150. El procedimiento para determinar la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito en los cuales se hayan ocasionado daños a personas o cosas, será el establecido para el juicio oral en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal sobre la reparación de daños.

La acción se interpondrá por ante el Tribunal competente según la cuantía del daño, en la circunscripción donde haya ocurrido en hecho.

Bajo la misma tendencia, otros instrumentos legales impusieron dicho procedimiento: la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004²⁴, lo dispuso para sustanciar las demandas que versaren sobre reclamaciones de incumplimiento de obligaciones derivadas de dicha Ley, así como aquellas intentadas para hacer valer las garantías convencionales de buen funcionamiento de productos. Si bien tal aplicación del procedimiento oral civil fue desechada en las reformas legislativas ocurridas en la materia en los años 2008, 2009, 2010 y 2014, respectivamente; ello obedeció más a una política legislativa de desjudicialización e incremento de potestades y atribuciones administrativas, que por dificultades teóricas o prácticas en el empleo del procedimiento oral objeto de estudio.²⁵

²¹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Procedimiento Marítimo. Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinaria del 13 de noviembre de 2001.

²² REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Gaceta Oficial N° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

²³ La referida ley fue parcialmente reformada, en los términos publicados en Gaceta Oficial N° 38.395 del 1° de agosto de 2008.

²⁴ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Gaceta Oficial N° 37.930 del 4 de mayo de 2004.

²⁵ Ni la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 (G.O. 5.889 del 31/07/2008), ni sus sucesivas reformas (G.O. 39.165 del 24/04/2009 y G.O. 39.358 del 01/02/2010), ni

Por su parte, la Ley de Comercio Marítimo²⁶ lo establece para la resolución de las controversias que se susciten entre los copropietarios de un buque, según lo consagra el artículo 81 *eiusdem*.

Así también, el artículo 98 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda²⁷, establece que las normas contenidas el juicio oral previsto en el código adjetivo civil, son de aplicación supletoria en los litigios seguidos con ocasión de ese tipo de arrendamientos. En lo que atañe a los arrendamientos comerciales la reciente Ley de Regularización del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial²⁸ establece en su artículo 43 la aplicación del procedimiento oral civil.

Conforme a Resolución N° 2006-00066 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, dictada en fecha 18 de octubre de 2006²⁹ el procedimiento en cuestión ordena ser aplicado en las causas civiles y mercantiles conocidas por los Juzgados de Municipio en las circunscripciones del Área Metropolitana de Caracas y de la ciudad de Maracaibo, capital del Estado Zulia, desde el 1° de marzo de 2007. Con ocasión de la Resolución N° 2009-006, proferida el 18 de marzo de 2009³⁰ por la propia Sala Plena, se delimitó que por el referido procedimiento oral se ventilarían, en dichas jurisdicciones, las causas cuya cuantía exceda de un mil quinientas unidades tributarias (1.500 UT) hasta dos mil novecientas noventa y nueve unidades tributarias (2.999 UT).

Conforme a Resolución N° 2018-013 de fecha 24 de octubre de 2018 dictada por dicha Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia³¹, se estatuyó un incremento, a nivel nacional, de la competencia por la cuantía de los tribunales de municipio, estableciéndose que los mismos conocen de causas cuyo valor litigado no exceda de quince mil (15.000)

tampoco la vigente Ley Orgánica de Precios Justos (G.O. 40.340 del 23/01/2014) estatuyeron el procedimiento oral del Código de Procedimiento Civil.

²⁶ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Comercio Marítimo. Gaceta Oficial N° 38.351 del 6 de enero de 2006.

²⁷ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.053 del 12 de noviembre de 2011.

²⁸ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Regularización del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial. Gaceta Oficial N° 40.418 del 23 de mayo de 2014.

²⁹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena. Resolución N° 2006-00066 de fecha 18 de octubre de 2006. Gaceta Oficial N° 38.607 del 18 de enero de 2007.

³⁰ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 39.152 del 02 de abril de 2009.

³¹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 41.620 del 25 de abril de 2019.

unidades tributarias. Al igual que en la Resolución del año 2009 antes referida, se estableció una suerte de rangos o franjas para la determinación de los procedimientos aplicables. Así, los juicios cuya cuantía no sobrepase las siete mil quinientas unidades (7.500) tributarias, se ventilan por el procedimiento breve consagrado en los artículos 881 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Si bien la Resolución no tiene una manifestación expresa de cuál es el procedimiento que opera en el rango de cuantía existente entre las siete mil quinientas un (7.501) unidades tributarias, y las quince mil (15.000) unidades tributarias, puede concluirse positivamente que el procedimiento oral consagrado en los artículos 859 y sucesivos del referido Código es el que continúa en vigor para tales casos, con base en los siguientes argumentos:

Si la intención hubiere sido establecer algún procedimiento especial distinto, expresamente así hubiere sido señalado. A falta de indicación expresa, el procedimiento por descarte sería el procedimiento ordinario, por aplicación de la regla prevista en el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, tal premisa rompería con el desiderátum de oralidad consagrado en la constitución, así como significaría una reversión injustificada de la propia tendencia asentada por las políticas judiciales impuestas por el Tribunal Supremo de Justicia.

De mayor peso aún, aunque la referida resolución del año 2018, consagra una derogatoria de la Resolución N° 2006-00066, tal derogatoria no está confeccionada en un modo absoluto, sino que expresa:

Artículo 5: Quedan sin efecto las competencias establecidas en la Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia N° 2006-00066, de fecha 18 de octubre de 2006, sólo en lo que se refiere a las cuantías fijadas, así como cualquier otra disposición que se encuentre en contravención con la presente Resolución.

Vale decir que si bien la técnica normativa que ha sido empleada es defectuosa, es plenamente valedero interpretar y afirmar la resolución del año 2018 contiene una derogatoria de los postulados numéricos de las cuantías previstas previamente, más no una modificación de las premisas sistémicas desarrolladas en las resoluciones de los años 2006 y 2009, en relación a los procedimientos instaurados.

Podemos concluir entonces que, es la intención subyacente de la normativa, que el procedimiento oral opera plenamente en los juicios civiles y mercantiles cuyo valor oscila entre siete mil quinientas un (7.501) y quince mil (15.000) unidades tributarias, cuando no tenga incidencia algún criterio de especialidad (procedimientos monitorios y/o ejecutivos, por ejemplo).

1.4. La Prueba Judicial

1.4.1. Generalidades

La noción de “prueba” la encontramos ampliamente en el lenguaje común donde la misma supone la demostrar la existencia o veracidad de algo. En tal sentido observamos entre las principales acepciones de la palabra conforme al Diccionario de la Lengua Española que desarrolla la Real Academia Española: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”³²; así como “Indicio, señal o muestra que se da de algo”³³.

Sin ser el propósito de la presente investigación efectuar una relación holística y omnicomprendiva del tema de la prueba judicial; procedemos en las líneas subsiguientes a efectuar una presentación de aspectos generales de derecho probatorio, que tienen suma importancia con ocasión del tema objeto de estudio. Ello cumple además la función de delimitar en esta monografía el uso de términos cuya calificación en doctrina puede ser heterogénea.

1.4.2. Ámbito y Objeto de Prueba

En este orden de ideas podemos afirmar que, al circunscribir el concepto a una óptica legal-procesal-judicial, la prueba mantiene esa concepción demostrativa, en el entendido de que la función del Juez consiste en gran medida en ponderar la certeza (o al menos la verosimilitud) de las afirmaciones de las partes y ofrecer una regla de derecho concreta a la situación de conflicto, a los fines de su solución jurídica. Ello es una función histórica, en el sentido que las situaciones llamadas a juzgar han ocurrido en el pasado; es

³² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima Segunda Edición. 2012. Consultada en <http://lema.rae.es/drae/?val=prueba>. Julio 2015.

³³ Ídem.

decir, en forma previa al proceso, y por ende, antes de la oportunidad de dictar sentencia, se encuentra la tarea de acreditar el acaecimiento de determinados hechos; o bien las circunstancias de modo, tiempo y lugar como los mismos han ocurrido, a los fines de que se cumpla la función jurisdiccional. Afirma SENTIS MELENDO: “¿Quién es el destinatario de la prueba? ¿Quién adquiere la prueba? La prueba no puede ser de una parte ni para una parte; ni tampoco para el juzgador. La prueba es para el proceso...”³⁴.

En efecto, el ámbito de la prueba judicial se encuentra en la cuestión fáctica del proceso, ya que es un principio consagrado mayoritariamente en los ordenamientos jurídicos que el derecho es conocido por el Juez, y por ende, está exento de una necesidad probatoria. Tal postulado es recogido bajo la máxima “*iura novit curia*”. Si bien en tiempos pasados fue asunto discutido si el derecho extranjero era objeto de prueba, bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil actual, apuntalado desde la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado³⁵, es incontrovertible que el Juez debe aplicar de oficio el derecho foráneo que resulte aplicable al caso concreto.

En consecuencia, el objeto de la prueba judicial está enteramente en el campo de los hechos. Lo que es objeto de discusión teórica, es si el objeto de la prueba son los hechos en sí mismos o las afirmaciones sobre los hechos que realizan las partes. Somos de la opinión de que, en virtud del principio dispositivo que rige preponderantemente en el sistema procesal venezolano, los hechos solo son judicialmente relevantes en la medida en que son alegados por las partes y formen parte del contradictorio. Cualquier elemento fáctico que esté fuera de tales circunstancias carece de necesidad probatoria en juicio, y por ende, mal puede constituir el objeto de la actividad probatoria judicial. En este orden de ideas señala RENGEL RÖMBERG:

...Existe pues, normalmente una identificación de principio entre el objeto de la prueba y el objeto de la alegación, así como existe una estrecha correlación entre la carga de la alegación y la carga de la prueba, conforme al conocido principio según el cual, para demostrar un hecho en el proceso es menester

³⁴ SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. “La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio.” Ediciones Jurídicas Europa América. Colección Ciencia del Proceso. N° 65. 1979. Buenos Aires. Argentina. Pág. 20.

³⁵ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley de Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial N° 36.511 del 6 de agosto de 1998.

haberlo afirmado, sea el actor en la demanda, o bien el demandado en la contestación.

En conclusión, puede sostenerse con Rosenberg, que hecho, en el sentido del objeto de la prueba, es todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial...³⁶

Se encuentran fuera del objeto de la actividad probatoria, además de los hechos no alegados: (i) los hechos admitidos, por no formar parte del debate procesal; (ii) los eximidos de prueba por disposición normativa, como son los hechos notorios y las presunciones legales absolutas (en el caso de las hominis y/o relativas, al ser permisible la contraprueba del referido hecho presumido, no podemos afirmar que se encuentren fuera del objeto de la actividad probatoria); (iii) las máximas de experiencia, ya que las mismas son juicios y/o apreciación que se encuentran en el campo del raciocinio y no de los hechos. En palabras de STEIN:

...Desde el punto de vista lógico se deduce como requisito de las máximas de experiencia, en primer lugar, el factor negativo consistente en que no pueden ser simples declaraciones sobre acontecimientos individuales, así como tampoco juicios plurales sobre una pluralidad de esos sucesos, obtenida mediante recuento. Por lo que respecta al contenido, tienen que estar en oposición a las declaraciones sobre los hechos del caso concreto, pues deben servir en la sentencia como premisas mayores de esos hechos y, lógicamente, lo que conduce de un hecho a otro es siempre el puente del principio o regla general, del mismo modo que, al revés, para la fijación de un hecho a través de conclusiones, no basta con juicios generales, sino que se precisan también juicios particulares. Por lo tanto, las máximas de experiencia no son nunca juicios sensoriales: no corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos. De manera que no pueden nunca ser probadas por la mera comunicación de sensaciones...³⁷

1.4.3. Medios Probatorios. Precisiones Terminológicas

³⁶ RENGEL-RÖMBERG, ARÍSTIDES (Ob. Cit) Tomo IV. Pág. 240.

³⁷ STEIN, FRIEDRICH. “El Conocimiento Privado del Juez”. Reimpresión de la Segunda Edición. 1999. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Pág. 23.

Un aspecto del derecho probatorio donde existen discordancias terminológicas es en lo que debe entenderse como fuentes y medios de prueba, así como en lo que debe entenderse como pruebas en sentido amplio y en sentido estricto. A los fines de esta investigación, y con el interés de la mayor claridad posible, tales términos se entienden del siguiente modo:

- (i) Fuente de Prueba: es el soporte o continente del hecho a probar.
- (ii) Medio de Prueba: Es el vehículo que permite la incorporación del hecho al proceso
- (iii) Prueba en sentido amplio: Todo medio de prueba susceptible de ser empleado en juicio.
- (iv) Prueba en sentido estricto: Se refiere a las determinadas categorías de medios de pruebas previstos en el ordenamiento jurídico y las reglas que los regulan.

A título ejemplificativo: la fuente de prueba puede tratarse de la existencia del propio objeto físico (y/o sus características) que se pretende probar, en cuyo caso se trata de una fuente directa que puede ser percibida inmediatamente por el Juez. Pero también es fuente de prueba aquella cosa que permite conocer de la existencia o acaecimiento de un hecho; igualmente, el soporte material en el que se encuentra incorporado un contrato, una fotografía o incluso una persona (distinta al Juzgador) que ha percibido un hecho constituyen fuentes de prueba indirecta.

Tales fuentes de prueba se introducen en el mundo procesal a través de los medios de prueba. Siguiendo con el ejemplo anterior, el Juez puede aprehender los hechos con sus sentidos en evacuación de una inspección judicial; el instrumento o la fotografía se incorporan al proceso mediante la prueba documental y la prueba libre, respectivamente. Puede lograrse que la persona (testigo) vuelque al juicio el conocimiento de los hechos relevantes que ha percibido, en uso del medio de prueba testimonial.

Cuando nos referimos a prueba en sentido amplio o lato, la noción versa sobre cualquiera de estos medios; mientras que en sentido estricto se corresponde con algún

medio en específico, ya que cada uno de ellos tiene características y normativa que los delimita y regula. En efecto, es distinto el medio de exhibición de documentos, de una confesión judicial provocada, y estos a su vez son diferentes de la prueba de experticia.

1.4.4. Carga de la Prueba

Dentro de los aspectos generales de estudio en materia probatoria se encuentra la carga de la prueba, ya que interesa al proceso, en algunas circunstancias, la determinación de a cuál de los sujetos de la relación litigiosa corresponde (o correspondía) probar los hechos, o algunos de estos.

El concepto de carga de la prueba está íntimamente ligado a su vez a la noción general de carga procesal, y que en forma sintética se ha definido como un “*imperativo en propio interés*”³⁸, vale decir, una conducta procesal que la parte es libre de cumplir o no, pero se entiende que cumplirla redundaría en su beneficio.

La carga procesal se diferencia de instituciones colindantes, como son las obligaciones y deberes procesales. Si bien este aspecto contiene vastas y diversas opiniones doctrinarias que exceden del objeto de la presente investigación; a los efectos de este marco referencial teórico podemos nuclearmente afirmar que mientras en la obligación procesal la conducta implica una prestación que es exigible por otro sujeto de la relación jurídico-procesal, la carga carece de tal correlativo. A su vez, se diferencia del deber procesal, ya que en éste la adecuación de la conducta obedece a satisfacer un interés o bien jurídico tutelado que excede del interés individual de la parte, que es lo que ocurre en el caso de la carga.

Bajo esas premisas, la carga de la prueba es un instituto jurídico que delimita y permite analizar las consecuencias jurídicas del ejercicio de la actividad probatoria de las partes, o más atinadamente aún, tales consecuencias cuando dicha actividad no se ejerce. Esta es una noción dual: reconoce la necesidad de cada parte de probar sus afirmaciones de hecho, prescribiendo en el caso concreto a quién interesa la prueba de un hecho determinado, lo que se conoce como carga subjetiva. Por otra parte, establece al órgano

³⁸ PUPPIO, VICENTE. “Teoría General del Proceso”. Segunda Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1998. Pág. 325

decisor una regla de juzgamiento a falta de prueba del hecho; está es la faceta objetiva de la carga probatoria. Recoge DEVIS ECHANDÍA:

...se deduce que la noción de carga de la prueba es compleja: por una parte, es subjetiva y concreta; pero por otra, es objetiva y abstracta. Es subjetiva porque contiene una norma de conducta para las partes y porque les señala cuáles hechos les conviene que sean probados en cada proceso, a fin de obtener una decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, no obstante dejarlas en libertad de hacerlo; en este sentido, se habla precisamente de distribución de la carga de la prueba entre demandante y demandado. Es concreta, pues si se la mira desde el aspecto subjetivo o en relación con las partes, determina los hechos particulares que en cada proceso interesa demostrar a cada parte, conforme al asunto sustancial debatido y a la situación sustancial de cada una, entre los numerosos hechos que generalmente pueden ser objeto de prueba judicial y los varios que constituyen el tema de prueba en cada proceso. Es objetiva, por cuanto implica una regla general, de juicio, conforme a la cual, cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan en litigio, o la petición de jurisdicción voluntaria, el juez debe proferir sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de suministrarla, y, por lo tanto, le prohíbe el non liquet o fallo inhibitorio. Es abstracta considerada como regla de juicio, porque no se refiere a casos particulares si no se asume un valor general, de norma de derecho, para todos los casos...”³⁹

La consagración legislativa en el ordenamiento jurídico venezolano de la noción de carga subjetiva de la prueba la encontramos en los artículos 1.354 del Código Civil⁴⁰ y 506 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales se extrae:

- (i) cada parte tiene la carga de probar sus “afirmaciones” de hecho, la simple negación no genera la carga;
- (ii) el que alega la existencia de la obligación debe probarla;
- (iii) le corresponde probar el hecho extintivo, modificativo, o invalidativo a quien lo aduce.

Por su parte, el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil recoge la institución de la carga objetiva al incorporar la regla de juzgamiento de que la demanda solo puede ser

³⁹ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. “Teoría General de la Prueba Judicial.” Cuarta Edición. Primer Tomo. Biblioteca Jurídica Diké. 1993. Medellín. Colombia. Págs. 427 y 428.

⁴⁰ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990 del 26 de julio de 1982.

acogida cuando haya plena prueba de los “*hechos alegados en ella*”. Puntualiza además, que “*en caso de duda*” el Juez sentenciará a favor del demandado. Ello constituye un mecanismo expreso para evitar el vicio de absolución de instancia (*non liquet*), proscrito por los artículos 243.5 y 244 del mismo Código.

1.4.5. Fases Probatorias

Teóricamente, la actividad relacionada con las pruebas en juicio puede separarse en varios aspectos, a saber:

- (i) **Promoción:** Constituye la manifestación de parte sobre cuáles medios probatorios pretende emplear y con qué propósito. Como premisa general, cada medio probatorio suele tener unos elementos técnico-jurídicos propios que tienen relevancia a los fines de determinar su capacidad de incorporar hechos al proceso que deben ser acreditados por el promovente de la probanza. En cuanto al propósito u objeto de la prueba en sentido concreto, el proponente de la prueba debe afirmar cuáles afirmaciones de hecho pretende demostrar con la prueba de que se trate.
- (ii) **Oposición:** Es una manifestación concreta del derecho a la defensa, el acto procesal que permite al adversario del promovente, objetar y/o controlar la legalidad o pertinencia del medio probatorio que se desea hacer valer.
- (iii) **Admisión:** Constituye la aprobación apriorística que imparte el órgano jurisdiccional de incorporar la prueba concreta al proceso. Dependiendo del medio probatorio de que se trate, esta función puede incluir también la determinación tempo-espacial para la práctica de la prueba.
- (iv) **Evacuación:** Se corresponde con la incorporación de la prueba al proceso de las pruebas previamente admitidas; pudiendo incluir también los actos de impugnación que se realicen sobre las mismas.⁴¹

⁴¹ Siendo que la valoración de la prueba no se corresponde con una fase probatoria propiamente dicha, sino con la actividad intelectual de sentenciar, la misma tiene un tratamiento posterior y separado en este marco referencial.

Cada una de estas actividades de naturaleza probatoria puede tener una correspondencia con una oportunidad procesal dentro de la conformación y arquitectura de los procedimientos previstos en la ley. Así, por ejemplo, el procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil establece un lapso probatorio con fases delimitadas (promoción: artículo 396; oposición: artículo 397; admisión: artículo 398 y evacuación: artículos 392 y 400). Sin embargo, en función a la naturaleza de determinados medios de prueba, la actividad probatoria –o alguna de sus fases– pueda desarrollarse fuera de esas etapas.

Del mismo modo, en los procedimientos especiales o incidencias, puede ocurrir que cada una de las fases probatorias no tengan un correspondiente lapso separado. En tales casos, ello no significa que todas las actividades probatorias no puedan desenvolverse, sino que existe un lapso probatorio indiferenciado para promover, oponerse, de admisión y evacuación.

En lo que atañe al procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil, las actividades probatorias se encuentran casuísticamente diferenciadas, dependiendo de la naturaleza del medio probatorio del que se trate, lo cual será analizado en el transcurso de esta investigación.

1.4.6. Valoración de la Prueba

Dicho concepto versa sobre la actividad que realiza el sentenciador una vez que las pruebas se encuentran recibidas y/o practicadas en el decurso del juicio, y se corresponde con la verificación de la cuestión de hecho (*quaestio facti*) en el caso concreto, es decir, determinar si las afirmaciones de hecho efectuadas por las partes han sido comprobadas en el decurso del proceso a través de las pruebas, produciendo la certeza de la veracidad de tales afirmaciones.

Ahora bien, los sistemas jurídico-procesales suelen predeterminar el mayor o menor grado de autonomía que tiene el Juez en la ponderación que debe darse a los medios probatorios. En líneas generales, ello puede ser categorizado de la siguiente forma:

- (i) Libre apreciación de la prueba: Implica una total independencia para el Juez en la estimación del grado de convicción que le produce la prueba de los hechos afirmados.
- (ii) Tarifa legal: El valor que puede ser atribuido a las pruebas viene preestablecido en la norma jurídica, por presumir el legislador la certeza que debe dársele, y sin que pueda el órgano jurisdiccional apartarse de tal imperativo.
- (iii) Sana crítica: Puede entenderse como una posición intermedia en donde el Juez está autorizado para ejercer con libertad en la estimación de veracidad que le concede a la prueba, pero con base a criterios de lógica, racionalidad y experiencia.

II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ORAL CIVIL

Como punto previo y necesario para profundizar en los asuntos probatorios del juicio oral civil, debemos efectuar un recorrido general por dicho procedimiento, sus características y principios rectores.

2.1. Descripción Procedimental

2.1.1. Oportunidades Alegatorias

El procedimiento se inicia por demanda escrita, según lo prevé el artículo 864, la cual debe cumplir los extremos alegatorios legalmente previstos en el artículo 340 del mismo Código. La citación del demandado se realiza conforme a las reglas del procedimiento ordinario (art. 865). Conforme estatuye dicha norma, el sujeto pasivo debe ejercer conjuntamente las cuestiones previas y de fondo en un único escrito. La regulación

de la contumacia del demandado, y la eventual confesión ficta se encuentra establecida en el artículo 868, en términos conceptualmente idénticos a los del procedimiento ordinario.

En caso de reconvencción, se da el trámite procesal de admisión de la reconvencción, y en caso afirmativo, oportunidad para la contestación de la reconvencción, conforme a las normas comunes de la institución, según lo señala el encabezado del artículo 869. Igualmente se prevé la posibilidad de requerir la intervención forzada de terceros durante el lapso de emplazamiento.

2.1.2. Cuestiones Previas

El trámite está encauzado en los artículos 866 y 867; se trata de una incidencia abreviada en comparación a la establecida a tales fines en el procedimiento ordinario, ya que: (i) se establece la apertura de la articulación probatoria, condicionada a que alguna parte así lo solicite, y existan realmente hechos controvertidos; (ii) el lapso para decidir las cuestiones previas es ligeramente más corto, en comparación a la regla ordinaria del artículo 352.

Los efectos de la decisión de cuestiones previas en este procedimiento especial presentan ciertas diferencias con las disposiciones ordinarias, a saber: (i) la declaratoria con lugar de la existencia de condición o plazo pendiente, así como la prejudicialidad, tienen como efecto la suspensión del procedimiento en ese punto, y no en la oportunidad de dictar sentencia; (ii) la decisión en relación a la cosa juzgada, la caducidad de la acción y la prohibición de ley de admitir la acción, en todos los casos tiene apelación tanto en lo devolutivo, como en lo suspensivo.

2.1.3. Audiencia Preliminar

Constituye el primer acto netamente oral del procedimiento. Se arriba a ella, una vez resueltas cuestiones previas, interposición de reconvencción y citas a terceros; vale decir, una vez que están saneados los presupuestos procesales y trabada la litis.

Conforme se desprende del artículo 868, la misma cumple una finalidad dual: (i) fijar los términos de la litis; y (ii) dar apertura a la fase probatoria del juicio. En efecto, realizado dicho acto oral y presencial entre las partes y el Juez, se determina cuáles son los

hechos excluidos del debate; del cual se deriva un auto de fijación de hechos, una oportunidad de promoción de pruebas y un lapso de evacuación de aquellas probanzas que requieren evacuación fuera de la audiencia de juicio.

Si bien el referido artículo 868 no lo señala expresamente, debemos entender, en una interpretación garantista y cónsona con el derecho a ejercer el control y contradicción de la prueba, que luego del lapso de promoción de cinco (5) días que debe establecer el auto de fijación de hechos, debe abrirse el lapso de oposición de pruebas en aplicación analógica y concordada del artículo 397 *eiusdem*.

2.1.4. Audiencia de Juicio o Debate Oral

Finalizada la adquisición procesal de aquellas pruebas que, por su naturaleza, ameritan su evacuación fuera de la audiencia de juicio, se fija la oportunidad para la celebración de ésta.

En tal oportunidad se presentan los alegatos de la parte en forma oral, se efectúa el control, contradicción y evacuación de algunos medios probatorios; se procede a ofrecer las conclusiones de las partes; y por último el Juez, luego de un sumamente breve plazo de reflexión, dicta en forma oral el dispositivo de la sentencia.

2.1.5. Publicación de Sentencia y Recursos

Se otorga un plazo para la publicación en extenso y por escrito de la decisión. Vencido el mismo se habilita el recurso de apelación. En cuando a las decisiones interlocutorias, la regla general –y salvo disposición expresa en contrario– las mismas no tienen apelación.

El procedimiento ante la Alzada es el procedimiento ordinario de segunda instancia, previsto en los artículos 511 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Tal vez una de las debilidades en la confección del procedimiento oral haya sido esta remisión expresa al modo ordinario de sustanciación de la apelación, cesando así la aplicación de la oralidad y los otros principios procesales aparejados a ella, por el pase a segunda instancia de la causa.

Es de recordar que el tribunal en apelación, continúa la función cognitiva en el proceso, con facultades en el establecimiento y determinación de los hechos, no siendo meramente decisor de derecho; por lo cual es una inconveniencia (por decir lo menos) tanto para los jurisdicentes, como para el órgano jurisdiccional, el tramitar una instancia bajo unas reglas derivadas de un set de principios procesales; para luego, dentro del mismo proceso y sólo con base en la interposición del recurso ordinario de apelación, sufrir la modificación de la sistemática procesal con la que inició dicho litigio. Compartimos plenamente la opinión de BADELL MADRID, quien expresa:

...Observamos con preocupación, que a los fines de la tramitación del procedimiento de segundo grado de jurisdicción lo que está previsto es que se sustanciará por el procedimiento ordinario. Es decir, que la oralidad es solo para el primer grado de jurisdicción.

Sencillo es solucionar esta deficiencia, estableciendo un procedimiento oral para que el tribunal de alzada al recibir el expediente, fije la audiencia de apelación y oiga a las partes sus argumentos en relación con las razones de apelación, se evacúen las pruebas que extraordinariamente corresponda ante esa instancia y se proceda a dictar sentencia de forma oral y expedita...⁴²

En varias leyes venezolanas, se encuentran ya positivizados procedimientos de segunda instancia de corte oral. Creemos que el más idóneo en nuestro ámbito de estudio, es el previsto en el artículo 21 de la Ley de Procedimiento Marítimo⁴³, ya que dicha ley tomó como base el procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil, y debe reconocerse que ha logrado con cierto grado de éxito llenar algunas lagunas del mismo. El artículo *in comento* estatuye:

Artículo 21. Los Tribunales Superiores Marítimos conocerán en apelación de los fallos definitivos o interlocutorios dictados por los tribunales marítimos de Primera Instancia.

Recibido el expediente respectivo en el Tribunal Superior Marítimo, se abrirá, sin necesidad de auto expreso, un lapso de diez (10) días para promover y evacuar las pruebas procedentes de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil e instruir las que el Tribunal considere pertinentes de acuerdo a esta Ley. Al día siguiente del vencimiento de este

⁴² BADELL MADRID, ÁLVARO. “La Sentencia Civil. Tendencias Jurisprudenciales”. Primera Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2019. Caracas. Venezuela. Págs. 360 y 361.

⁴³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Procedimiento Marítimo. Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinaria del 13 de noviembre de 2001.

lapso, el Tribunal oirá en audiencia oral y pública a la hora que fije, las exposiciones de las partes, quienes podrán presentar dentro de los tres (3) días siguientes a dicha audiencia, las conclusiones escritas. La sentencia será dictada dentro de los treinta (30) días siguientes, sin perjuicio de la facultad de dictar auto para mejor proveer.

Por supuesto, siendo que la materia procedimental constitucionalmente se encuentra sometida al principio de reserva legal, abogamos que la instauración de una segunda instancia oral en el procedimiento civil objeto de estudio en esta investigación fuera por la vía apropiada de la reforma legal por parte del Poder Legislativo; y no por actuación del Tribunal Supremo de Justicia, mediante aseveraciones de “normativa preconstitucional”, “inconstitucionalidad sobrevenida”, “jurisdicción normativa”, “omisión legislativa” u otros de constitucionalidad igualmente dudosa, en las que ha incurrido el Poder Judicial como medio de impulsar cambios en la juridicidad venezolana.

2.2. Características

2.2.1. Influencia del Derecho Comparado

Si bien en términos generales la reforma del Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia en nuestro país en el año 1987, se apartó de un modelo oral, conforme era la tendencia académica y de la ciencia procesal en nuestra región; esa influencia sí se observa en el procedimiento oral establecido en forma especial en tal texto normativo. Ello se hace patente inclusive de la propia Exposición de Motivos del referido Código, que data del año 1975, donde se expresa:

...se ha creído necesario avocarse a la reforma del Código de Procedimiento Civil, el cual ha permanecido inalterado desde 1926, fecha de la última e insignificante reforma parcial.

Sobre el alcance de la revisión, se estudiaron previamente dos posibilidades:

- a) Adoptar un procedimiento radicalmente diferente del actual, que permitiera alcanzar la finalidad de una mejor justicia y de una mayor celeridad en su administración
- b) Hacer las modificaciones aconsejables, más o menos profundas, al Código vigente, pero manteniendo su estructura y gran parte del articulado existente.

Se estaba consciente de los progresos alcanzados en la legislación procesal de otros países, que mediante el sistema oral de los juicios han logrado un

proceso civil altamente concentrado y con un grado de agilidad y celeridad envidiables, como se muestra en las estadísticas judiciales que recogen el fruto de muchos años de aplicación de aquel sistema.

Sin embargo, se estimó que se trataba, no de concebir un proyecto de Código acorde con los más grandes adelantos de la técnica y la ciencia procesal, sino de legislar para un país como el nuestro, con sus circunstancias concretas históricas, culturales y jurídicas, que no podían dejarse de lado...

...(omissis)...

...Por ello, si bien se ha decidido mantener el sistema escrito y la estructura actual del Código vigente, no se ha desechado la posibilidad de introducir en algunas materias concretas, el juicio oral, con el fin de contribuir a la formación progresiva de esa nueva mentalidad y de hacer posible una experiencia forense suficiente, que pueda aconsejar, en el futuro, la extensión del sistema oral...⁴⁴

Se observa así que los proyectistas del Código tuvieron plena conciencia de la experiencia en el derecho comparado en relación a la oralidad; y si bien ello no fue plasmado en las reglas procedimentales generales, si tuvo gran influencia en el procedimiento oral, el cual tuvo como propósito ser un modelo piloto para la difusión de la oralidad en el país.

La confección del procedimiento oral venezolano tuvo una fuerte inspiración en el trabajo desempeñado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En sus cuartas jornadas, celebradas en Venezuela en 1967, se convino la creación de unas “Bases” para elaboración de un modelo uniforme de legislación procesal. En los años subsiguientes fueron desarrolladas dichas “Bases”, encontrándose en ellas recogidas las nociones de:

- (i) celeridad en los procesos;
- (ii) la “...preferencia de la audiencia sobre la actuación escrita y sucesiva...”⁴⁵

⁴⁴ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.694 del 22 de enero de 1986. Con reformas parciales publicadas en Gaceta N° 3.886 Extraordinaria del 15 de septiembre de 1986 y Gaceta N° 3.970 Extraordinaria del 13 de marzo de 1987.

⁴⁵ Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. 1967-1988. Consultado en fecha 8 de octubre de 2016 en: http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf

- (iii) la consagración de una audiencia preliminar.
- (iv) interrogatorio de testigos solo en audiencia de juicio.
- (v) procurar “...la efectiva realización de los principios de publicidad, inmediación y concentración; para ello la oralidad resulta el sistema más eficaz...”⁴⁶.
- (vi) indicación de prueba documental en los actos de demanda y contestación.

Todas estas premisas encontraron asidero en la positivización del procedimiento oral en el Código Civil vigente en Venezuela desde 1986.

2.2.2. Audiencias

La oralidad en este procedimiento se centra preponderantemente en la celebración de dos (2) audiencias orales y públicas, como fue previamente señalado en los puntos 2.1.3. y 2.1.4.

En la concepción de este procedimiento es la audiencia oral el punto focal, según se expresa diáfamanamente en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil, donde se señala en repetidas oportunidades:

...la audiencia o debate oral, es así el centro del juicio oral, y en ella deben practicarse todas las pruebas, bajo la inmediata dirección del Juez que ha de decidir la causa, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia...(omissis)...Dada la trascendencia que tiene el debate, como centro del juicio oral...(omissis)...forma escrita de la demanda y de la contestación no contradicen en absoluto el principio fundamental de la audiencia o debate oral como centro del juicio...(omissis)...la controversia solo puede quedar decidida sin debate oral, en el caso de falta de contestación de la demanda por parte del demandado y de falta de promoción de alguna prueba en el término de cinco días a contar de la fecha de la contestación

⁴⁶ Ídem.

omitida...(omissis)...La audiencia oral, que es el centro del proceso, debe fijarse por el Tribunal...⁴⁷

2.2.3. Principios Procesales Especializados

En el artículo 860 del Código de Procedimiento Civil el legislador se aparta expresamente del principio de escritura desarrollado en forma general para dicho Código en sus artículos 25, 187, 188 y 189; señalando expresamente que en estos casos la forma escrita solo aplica para los actos procesales expresamente señalados en la ley en materia de pruebas que deban practicarse antes del debate oral.

Prosigue además efectuando una mención de que las normas previstas para el procedimiento ordinario regirán solo en forma supletoria a las disposiciones del proceso oral, pero en tales eventos, se impone un deber al Juez de asegurar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación del procedimiento oral.

Igualmente señala que las disposiciones del procedimiento oral no pueden relajarse o modificarse por convenio entre las partes y/o el juez, estableciendo así una reafirmación particular del principio de legalidad en materia procesal sostenido en el artículo 7 del Código.

Tales previsiones legislativas constituyen las coordenadas para la armonización de los diversos principios procesales que pueden entrar en juego en el procedimiento oral civil; ya que se observa que ha sido estatuido un set de principios que rigen preponderantemente en el procedimiento oral. Más ello no debe significar un abandono de la incidencia que otros principios, previstos en forma más general, también ostentan en este juicio.

En consecuencia, el derecho a la defensa, al contradictorio, las economías procesales y semejantes aplican en el procedimiento oral, pero tamizados bajo los principios de oralidad, brevedad, concentración e inmediación; los cuales además de secundar un sistema procesal oral, permiten entrever la intención del legislador sobre los

⁴⁷ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.694 del 22 de enero de 1986. Con reformas parciales publicadas en Gaceta N° 3.886 Extraordinaria del 15 de septiembre de 1986 y Gaceta N° 3.970 Extraordinaria del 13 de marzo de 1987.

propósitos o fines perseguidos con tal sistema. Esto es, que la intención que subyace en estatuir un sistema oral es propugnar la resolución judicial de los conflictos en forma más expedita y con activa participación de los sujetos procesales.

III. ESPECIFICIDADES DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ORAL

La aplicación de los principios especializados implica una importante separación en el procedimiento oral de las reglas que rigen en materia ordinaria, primordialmente en lo que atañe a la promoción, control, evacuación e impugnación de pruebas. En esta investigación se efectúa el estudio de tales aspectos desde la óptica de los distintos medios probatorios nominados.

3.1. Prueba Documental

3.1.1. Oportunidad de Incorporación

Establece el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil la carga del demandante de acompañar todas las pruebas documentales de las que quiera valerse conjuntamente con el libelo, so pena de no serle admitidas posteriormente. En lo que respecta al demandado, el artículo 865 establece igual carga de promoverlos con la contestación a la demanda. En ambos casos, la única excepción planteada es cuando se trate de instrumentos públicos y se haya mencionado la Oficina donde consten los mismos.

Salta a la vista que tales disposiciones suponen una ruptura sustancial con las reglas probatorias ordinarias, en las cuales al demandante solo se le impone la procura del instrumento fundamental conjuntamente con la demanda, mientras para el demandado es potestativo acompañar documentos a su contestación; y existe una oportunidad probatoria común para las partes en las que se pueden presentar los documentos privados no fundamentales ex artículos 396 y 434 *eiusdem*, pudiendo los instrumentos públicos no fundamentales ser acompañados en cualquier tiempo, antes de los últimos informes.

3.1.1.1. Instrumento fundamental

Las claras diferencias antes referidas traen aparejadas diversas interrogantes. A los efectos del procedimiento oral ¿pierde interés la distinción entre documento fundamental de la pretensión, es decir, aquel del que dimana directa e inmediatamente el derecho deducido, y los restantes documentos?

Pareciera que si, ya que la carga que en el procedimiento ordinario tiene el demandante de acompañar el instrumento fundamental en el libelo de demanda, ha sido extendida a todas las pruebas documentales en el procedimiento oral civil, haciéndola aún más restringida que lo regulado en los artículos 434 y 435 del Código de Procedimiento Civil, ya que mientras en estas normas se permite acompañar documentos privados con carácter de fundamentales en oportunidad posterior, siempre que se aleguen circunstancias específicas, para el procedimiento oral se estima que los documentos tienen que ser necesariamente públicos para que se admita sean traídos al proceso luego de la interposición de la demanda.

Igualmente, conforme a las reglas ordinarias antes citadas, las causas que habilitan que el documento fundamental sea consignado luego son: (i) que se haya mencionado en qué oficina o lugar se encuentren; (ii) que sean de fecha posterior a la demanda; (iii) que siendo anteriores la parte no haya tenido conocimiento de su existencia, lo cual tiene que demostrar. En cambio, conforme a la normativa oral, solo puede acompañarse el documento público ulteriormente, únicamente bajo la primera hipótesis mencionada, verbigracia, que haya sido nombrada la oficina donde reposa el documento en cuestión.

En consecuencia, podría estimarse que es más beneficioso para los intereses del demandado alegar la inadmisibilidad por razones de ilegalidad (tardía promoción) de aquel documento no acompañado al libelo de demanda, que la cuestión previa de ausencia del instrumento fundamental, ya que esta permitiría a su contendor por la vía de la subsanación traer al proceso el documento que no fue acompañado, ni mencionado (de tratarse de documento público) en la demanda. Sin embargo, y como se detalla más adelante, creemos que existen otras oportunidades de aportación de los documentos no fundamentales, y por ello, dicha cuestión previa tiene la misma relevancia que en el procedimiento ordinario.

La incidencia de la institución procesal del instrumento fundamental en el ordenamiento jurídico venezolano ha sido ratificada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada el 25 de noviembre de 2016⁴⁸ al extremo de que en la misma se declaró (una vez sustanciado el juicio, en dos instancias y casación) la inadmisibilidad de la demanda por ausencia de instrumento fundamental, expresando:

...En el sub iudice, tal como se estableció precedentemente, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, obvió el contenido del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la inadmisión de la demanda por la no consignación de los instrumentos fundamentales, motivado por dicha omisión del demandante, al no consignar con su escrito libelar tanto el convenimiento homologado cuya simulación y nulidad se pretende así como su partida de nacimiento, razón suficiente para que se deba declarar la inadmisibilidad de la demanda. Así se decide.

Es erróneo el criterio asentado por dicha sentencia, ya que como bien afirma el atinado voto salvado de la misma:

...la mayoría sentenciadora se aparta de lo estipulado textualmente en la norma delatada como infringida, y deriva consecuencias no previstas en ella, tal y como la inadmisibilidad de la demanda.

El artículo 434 del Código de Procedimiento Civil establece, que si el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos fundamentales, no se le admitirán después, a menos que haya indicado la oficina o el lugar donde se encuentren. Es así como textualmente reza:

...Artículo 434.- Si el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos en que la fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos...

De lo anterior se colige, con absoluta claridad que la intención del legislador estriba en que las partes presenten en la oportunidad legal correspondiente, los documentos del cual deriva el derecho invocado en su demanda.

⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia RC-000838, del 25 de noviembre de 2016, con ponencia de Guillermo Blanco, y voto salvado de Francisco Velásquez. Consultada en: <https://vlexvenezuela.com/vid/ramon-casanova-sierra-felipe-654900009>, el 22 de abril de 2020.

Siendo así, resulta claro en la norma que lo que no se admitirá después son los instrumentos fundamentales de la demanda, nunca se señala que la ausencia de instrumento derive la inadmisibilidad de la demanda...

En efecto, tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento oral, así como en otros procedimientos especiales previstos en materia civil; el control jurisdiccional sobre la aportación o no del instrumento fundamental se realiza a instancia de parte, vía la institución de las cuestiones previas, de acuerdo a lo previsto en el ordinal 6° del artículo 346, en concordancia con el ordinal 6° del artículo 340, todos ellos del Código de Procedimiento Civil. La falta de subsanación voluntaria de la cuestión previa opuesta, genera una incidencia que el órgano jurisdiccional está llamado a decidir conforme a los extremos del artículo 352 *eiusdem*, en la cual se garantiza el contradictorio y derecho a probar. En el caso de que la cuestión previa sea declarada con lugar, al demandante se le ordena la subsanación forzosa de la omisión, so pena de declaratoria de perención, todo ello a tenor de los artículos 354 y 271 del referido Código. Cabe acotar que, como es sabido, la perención es un instituto procesal distinto a la inadmisibilidad de la demanda.

Puede darse el caso de que en un juicio concreto no se haya suscitado la controversia sobre el instrumento fundamental vía cuestiones previas, y el demandante pretenda incorporar tal documento en oportunidad procesal posterior. Es justamente en este supuesto donde entra en aplicación la consecuencia procesal del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, la cual es la inadmisibilidad de la documental en específico, y no la inadmisibilidad de la demanda. Vale decir, el proceso continúa, y las consecuencias de la ausencia de tal prueba documental, es un problema de carga y valoración de la prueba conforme a los artículos 254 y 506 del mismo Código.

La posición asumida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia claramente subvierte el procedimiento legalmente establecido, y es violatorio del principio *pro actione*, al cual se le ha dado raigambre constitucional en nuestro país. Sin embargo, lo rescatable de la decisión es que se sostiene en general la importancia de la aportación del instrumento fundamental en el proceso civil; en lo que si estamos de acuerdo, y particularmente convencidos de la relevancia de dicha institución en el proceso oral.

Derivado de ello, consideramos a su vez que las excepciones que habilitan acompañar el instrumento fundamental al proceso en oportunidad posterior deberían ser todas las establecidas en el ya referido artículo 434 del Código de Procedimiento Civil para procedimiento ordinario, las cuales se detallaron en líneas anteriores y no en los términos limitados de la parte final del artículo 864 *eiusdem*, conclusión a la que se puede arribar mediante criterios interpretativos e integrativos de normas, pero además, su clarificación debería ser un propósito *lege ferenda*, de mantenerse el interés de extender el procedimiento oral en materia civil.

3.1.1.2. Documentos Públicos

Surge la interrogante también de cuál será la oportunidad para presentar ese documento público, que sin ser acompañado en la demanda o en la contestación, se señala en qué oficina se encuentra el mismo, ya que al respecto la normativa del procedimiento oral no contiene un señalamiento expreso. Igualmente cabe preguntarse si realmente la introducción de la demanda, para el demandante, y la contestación de la misma, para el demandado, y la excepción señalada, serán las únicas oportunidades para la aportación de pruebas documentales en el proceso.

Como ya se ha mencionado, la regla procesal general en lo que respecta a la oportunidad de aportación del documento público es que los mismos pueden ser presentados hasta los últimos informes, es decir, aquellos ofrecidos en segunda instancia, lo que se señala en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, y lo resaltan los artículos 519 y 520 del mismo; según los cuales el documento público es una de las pruebas admisibles en segunda instancia, y que la oportunidad para tacharlo o formular observaciones al instrumento de tal categoría presentado conjuntamente a los informes rendidos ante la Alzada, será el mismo plazo previsto para las observaciones. Por su parte, el artículo 879 del Código, establece que la segunda instancia en el proceso oral se regirá por las reglas del procedimiento ordinario.

Con fundamento en tales normas opinamos que los instrumentos públicos, independientemente de si fueron o no señalados en el libelo que da inicio al proceso oral, pueden ser igualmente presentados en la oportunidad de informes de segunda instancia, ya

que en primer lugar, el referido artículo 879 hace una remisión sin salvedades al procedimiento de segunda instancia del cual son parte integrante los artículos 519 y 520 antes mencionados. Más aún, al establecerse ese procedimiento ordinario de apelación, el cual es escrito, y donde cesan de aplicar los principios de oralidad y concentración propugnados en la primera instancia oral, cesan de existir las razones que justifican las limitadas oportunidades de incorporación de documentos al proceso.

En efecto, consideramos que el motivo que subyace en la imposición en el proceso oral de acompañar los instrumentos en las oportunidades de alegación, permitir al Juez familiarizarse con el contenido de tales documentales desde las tempranas fases del proceso, ya que recordemos que el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 868, establece que en la audiencia preliminar deberá procederse a la fijación de los hechos y los límites de la controversia. Del mismo modo, el artículo 875 *eiusdem* estatuye que la deliberación del Juez se iniciará en forma inmediata finalizado el debate oral y deberá ser dictado el dispositivo de la sentencia en un lapso no mayor a media hora.

Por ende, se busca evitar que las partes pretendan sorprender al Juez, y a su adversario, con la presentación de un instrumento al final del debate oral, el cual no pueda ser suficientemente objetado y/o analizado. Por otra parte, la aportación temprana del documento otorga un mayor tiempo para adelantar los actos relativos a su impugnación, sobre lo cual se detallará en luego en esta investigación.

Al tomarse en segunda instancia los principios y reglas del procedimiento ordinario, dichas razones que podrían sustentar la imposibilidad de aportar los instrumentos públicos cesan su existencia, y por ende, debe entenderse totalmente válido la promoción de tales instrumentos.

Expuesto lo anterior creemos que, si es admisible en la Alzada el documento público no acompañado al libelo de demanda o a la contestación, cuando se haya afirmado en qué oficina cursan; con mayor razón el documento de esta índole presentado en primera instancia debe poder surtir efectos probatorios. Sin embargo, a los fines de armonizar con los principios y propósitos del procedimiento oral, debe ser aportado a más tardar en el

lapso probatorio que se apertura luego de la audiencia preliminar, según lo prevé el artículo 868.

Entre las razones que abonan tal asunción tenemos que el artículo 872 *eiusdem*, al tratar de la audiencia o debate oral, expone la posibilidad de evacuar pruebas, no de su promoción, por lo que cabe entender que en dicha oportunidad procesal solo podrán evacuarse las pruebas ya promovidas, con ocasión del establecimiento de los términos de la controversia, y cuando las mismas no correspondiere evacuarlas antes de la audiencia. Supondría también un deber de valoración difícil de sobreponer para el Juez, la aportación del instrumento en la audiencia de juicio; sobre todo si se considera la brevedad en la que se debe dictar el dispositivo del fallo, tal y como fue apuntado con anterioridad.

Sin embargo, no encontramos mayor obstáculo para que en la audiencia preliminar, cuyo fin es el establecimiento de los hechos a probar y/o de los límites de la controversia, pudiese la parte manifestar su intención de hacer valer un determinado documento, y luego aportarlo en el lapso de promoción que se apertura luego de dicha audiencia previa. De tal modo no se estaría sorprendiendo la buena fe del contrario; ni del órgano jurisdiccional, ya que se enteran con la suficiente antelación al debate oral de la existencia del documento que se pretende incorporar.

A su vez, existe oportunidad razonable para el ejercicio del control de la prueba, ya que si el artículo 868 del Código, establece que luego de esta oportunidad de promoción deriva un pronunciamiento del Tribunal sobre la admisibilidad de las pruebas, estimamos que previo a este dictamen, podrán las partes exponer sus alegatos de ilegalidad o impertinencia de la prueba. La contraparte de quien promoviere el documento en esta oportunidad, podrá ejercer el control de la documental promovida, ya que es ésta la oportunidad general para la oposición y admisión de todas las pruebas promovidas en el proceso.

En efecto, la admisión o inadmisión de las pruebas en el proceso oral, inclusive de las documentales promovidas en el libelo o en la contestación, se hace una vez finalizada la audiencia preliminar, y el lapso de promoción que discurre después de ésta. Por tanto, en todo caso el control de la prueba documental siempre se realizará en este momento

procesal; por lo cual se evidencia nuevamente la ausencia de justificación de la rigidez establecida en los artículos 864 y 865 *eiusdem*, antes referidos.

La contradicción de la documental, a través de la tacha de falsedad instrumental a su vez podría instruirse en el período comprendido entre la admisión de las pruebas y el debate oral, lo cual va en perfecto arreglo con lo consagrado por el artículo 868, al tratar de las pruebas que ameritan trámites evacuación en cuyo caso se abre un lapso a tal efecto que no puede sobrepasar la extensión del ordinario.

En consecuencia, la promoción de una prueba documental durante la fase probatoria general del procedimiento oral, no impediría el correcto desenvolvimiento del debate oral, ni el derecho de las partes de efectuar las pertinentes conclusiones al respecto de la documental.

3.1.1.3. Documentos Privados

Como precisión terminológica, acotamos que como documento privado a los efectos de esta investigación, entendemos como aquel que parte de la doctrina ha denominado documento privado simple; distinto al documento auténtico, que ingresa en la definición establecida por el artículo 1.357 del Código Civil y 75 de la vigente Ley de Registros y del Notariado⁴⁹. Por ende, al referirnos al documento privado se trata de aquel creado por las partes sin mayor solemnidad y sin intervención de funcionario alguno.

Según hemos apuntado con anterioridad, está establecido para el procedimiento oral que la oportunidad de promoción de documentos privados será la presentación de la demanda o la contestación, dependiendo de cuál sujeto procesal se trate, demandante o demandado. Sin embargo, no compartimos que sea adecuada tal rigidez, ya que como al igual que con los documentos públicos, creemos que su promoción en el lapso previsto en el artículo 868 de Código de Procedimiento Civil, no supone una contradicción a los principios que informan al procedimiento oral, permite un suficiente control y contradicción de la prueba, y no afectaría la correcta realización del debate oral.

⁴⁹ República Bolivariana de Venezuela. Ley de Registros y del Notariado. Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario, del 19 de noviembre de 2014.

3.1.1.4. Documentos producidos en Articulaciones Probatorias

Al establecerse para el procedimiento oral como regla general la promoción de documento conjuntamente con los actos primarios de alegación (libelo y contestación), surge la duda de si las documentales promovidas en alguna de las incidencias podrán ser reproducidas para que surta efectos probatorios al fondo de la demanda.

Si bien en virtud del principio de concentración, se propugna la limitación de las incidencias en el procedimiento oral lo cual se observa de la letra del artículo 878 del Código, al establecer como regla la inapelabilidad de las sentencias interlocutorias, es el caso que existen facetas procesales donde se abren articulaciones probatorias. Es así principalmente en el caso de la tramitación de las cuestiones previas de conformidad con el artículo 867 *eiusdem*; así también en la articulación probatoria que se apertura de pleno derecho en la incidencia de medidas preventivas, a tenor del artículo 602; igualmente de existir una necesidad del procedimiento, así sea el oral, el Juez puede ordenar la apertura de una articulación, según lo establece la norma establecida en el artículo 607 del citado Código.

Considerando que en dichas oportunidades probatorias especiales pueden ser traídos al proceso instrumentos; y en el entendido de que tales documentos puedan aportar algo al fondo del asunto debatido, ¿podrán a su vez ser promovidos y estimados a tales fines, o bien aplicará sin cortapisas la limitación establecida en los artículos 864 y 865, esto es, que los documentos deben ser aportados en el libelo o contestación, respectivamente, para cada sujeto procesal?

Creemos que son valederas las razones expuestas anteriormente, en el sentido de que si la articulación probatoria en la que se introdujo el documento al proceso fue anterior a la audiencia preliminar, debe ser permisible que la parte exponga su interés de hacer valer el mismo como prueba en el fondo de lo debatido y lo promueva en la oportunidad probatoria que se abre luego de la audiencia preliminar.

Como conclusión preliminar de los aspectos tratados anteriormente, tenemos que si bien es comprensible el interés del legislador en establecer una carga procesal relativa a la

aportación expedita de la prueba documental en el proceso, en favor de la oralidad y del principio de contradicción que rige al proceso por audiencias; tal propósito no debe menoscabar el derecho a la prueba del justiciable, máxime si tomamos en cuenta que, como ya hemos detallado, la manifestación de traer al proceso un determinado documento en la audiencia preliminar y su aportación en la oportunidad de promoción inmediatamente posterior, no trastoca o menoscaba el paradigma de oralidad que se propugna, ya que su control y eventual impugnación pueden efectuarse con prelación a la audiencia oral.

Traemos a colación la opinión sentada por JOAN PICÓ I JUNOY, con relación al proceso civil español:

...La constitucionalización del derecho a la prueba comporta la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes, siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva (favor probationes). Así, la STS de 10 de febrero de 1992 (RA 1080), en su f.j. 2º, destaca que “el art. 24.2 CE ha elevado al rango de derecho de derecho fundamental el disponer de los medios de prueba pertinentes para la defensa [...] ello impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben ser los Tribunales de Justicia los que deben proveer la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo u obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de la prueba que en su denegación”...(omissis)...Por ello, la STC 140/2000 de 29 de mayo (f.j. 4º) rechaza la decisión jurisdiccional denegadora de pruebas siempre que se fundamente en una lectura de la legalidad que suponga “la imposición de un formalismo enervante obstaculizador o contrario a la efectividad del derecho a la prueba”.

Esta lectura amplia de la legalidad, en orden de permitir la máxima actividad probatoria, comporta la necesidad de no subordinar la eficacia del derecho fundamental a la prueba a otro tipo de intereses como la economía procesal o la rapidez de los juicios...⁵⁰

No escapa a este análisis que los artículos 864 y 865 son tajantes al afirmar que los documentos no acompañados a los actos de alegación no serán admitidos luego, salvo el caso de excepción contemplado para el documento público, pero, si como hemos afirmado, la aportación de la prueba documental en el lapso general de promoción no afecta el debido

⁵⁰ PICÓ I JUNOY, JOAN. “El Nuevo Derecho a la Prueba en el Proceso Civil Español”. VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Zuliano de Derecho Procesal. 2005. Caracas. Venezuela. p. 476

desarrollo del procedimiento conforme a los principios de oralidad y tampoco afecta la igualdad procesal de las partes, entonces la prohibición en cuestión carece de justificación, y se convierte en una disminución o desmejora del constitucional derecho a la prueba de los litigantes, por lo cual la regla en cuestión puede ser objeto de la acción popular de inconstitucionalidad, o bien la solicitud en el caso concreto del control difuso de la constitucionalidad, mediante la desaplicación de la norma conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

3.1.2. Exhibición de Documentos

Especial comentario merece el medio probatorio de exhibición de documentos establecido en los artículos 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil, y su adminiculación con las normas del procedimiento oral.

Conforme a dichas normas, la exhibición de documentos aplica bajos dos supuestos, en primer lugar, en los casos en que se tenga una copia del documento que se pretende sea exhibido, la cual se debe aportar; el segundo caso es que a falta de dicha copia, se deben alegar los datos que se conozcan sobre el contenido del documento. En ambos supuestos se debe acompañar un principio de prueba que genere la presunción grave de que el instrumento se encuentra en poder de la persona a quien se solicita la exhibición.

Al ser este medio probatorio una de las formas de adquisición de la prueba documental, consideramos que en principio, la aportación de la copia del documento a exhibir, o los datos que se tengan de éste e igualmente, así como lo que funja como principio de prueba de que el documento se encuentra o se ha hallado en poder del adversario, deben realizarse conjuntamente con la presentación de la demanda o con la contestación, según el caso; salvo que se solicite la desaplicación por inconstitucional de los artículos 864 y/o 865 del Código, por los motivos y razones antes señalados.

En lo que respecta a la oportunidad para realizar el acto de exhibición, una vez admitida la prueba en la oportunidad establecida en el artículo 868 *eiusdem*, surge la duda de si el acto de exhibición deberá realizarse antes de la audiencia, en el lapso de evacuación que puede abrirse para la evacuación de pruebas como la experticia o la inspección; o por el

contrario el documento deberá ser exhibido en la audiencia oral, ya que de las normas del procedimiento oral no se evidencia una solución expresa.

El artículo 862 establece que solo se evacuarán fuera de la audiencia las pruebas que por su naturaleza lo ameriten. Siendo la exhibición un acto que no amerita realizarse fuera de la sede del tribunal, ni tampoco una larga sustanciación, puede ser evacuada en el debate oral. Como abono de lo antes expuesto tenemos que el artículo 868 solo establece como pruebas a evacuarse antes de la audiencia la experticia y la inspección, haciendo expresa mención de que las posiciones juradas y la prueba de testigos, se realizará siempre en la audiencia oral, por lo cual cabe inferir, en primer lugar, que de haber sido la intención del legislador realizar el acto de exhibición previo a la audiencia le hubiera dado expresamente el mismo tratamiento que a la inspección y a la experticia. Así también, es válido inferir que es el propósito general que se realicen en la audiencia las pruebas, según señala la porción pertinente de la Exposición de Motivos del Código, conforme ha sido previamente apuntado en esta investigación.

El realizar el acto de exhibición en la audiencia oral, es también la resolución expresamente acogida para el procedimiento oral laboral, por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁵¹, según señala su artículo 85. Tenemos así que existen varias razones que sustentan la tesis de que el acto de exhibición de documentos debe ser realizado en el debate oral, y así debe establecerlo el Juez al admitir la prueba y ordenar la notificación del adversario

3.1.3. Impugnación de la Prueba Documental

3.1.3.1. Generalidades

Al emplear el vocablo impugnación, nos referimos en forma lata a las formas de negar eficacia de la prueba documental en el proceso, en este sentido ha expresado CABRERA ROMERO: “...*la impugnación cualquiera que sea su forma, es un ataque dirigido*

⁵¹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica Procesal del Trabajo Gaceta Oficial N° 37.504, del 13 de agosto de 2002.

a enervar un medio de prueba... ”⁵². En tal sentido, podríamos hablar de una impugnación activa, como sería la tacha de falsedad instrumental, y una pasiva, por ejemplo, para los instrumentos privados, el desconocimiento.

Tanto el Código Civil como el Código de Procedimiento Civil tienen una amplia normativa que regula la impugnación de la prueba documental. Así, el Código sustantivo trata las causales de tacha y contiene preceptos en relación al desconocimiento de documentos privados y a la simulación, mientras que en el Código adjetivo se establece la forma de sustanciación de la tacha por vía principal e incidental, así como del desconocimiento, y las formas de verificar la autoría del mismo.

Tal regulación ha sido confeccionada para un procedimiento escrito; sin embargo, es de acotar que en leyes como la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario⁵³, las cuales estatuyen procedimientos orales para las materias de su especialidad, presentan formas de impugnación de la prueba documental con ciertas variantes a las reglas procesales civiles ordinarias, con el objeto de hacerlas más adecuadas a las previsiones de un procedimiento de corte oral.

Creemos que conforme al artículo 860 del Código de Procedimiento Civil, el Juez en el procedimiento oral civil, a los fines de la impugnación de documentos, deberá aplicar preponderantemente las reglas civiles ordinarias, sin embargo, considerando que la norma en cuestión, faculta al Juez para las adecuaciones que sean necesarias en beneficio de la oralidad, brevedad, concentración e inmediación, podría éste buscar apoyo en las normas de dichos instrumentos legales. En tal sentido, consideramos sumamente útil el análisis de la regulación estipulada en los artículos 248 al 251 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sobre los cuales trataremos *infra*.

3.1.3.2. Tacha de Falsedad Instrumental por Vía Principal

El encabezado de los artículos 1.380 y 1.381 del Código Civil establecen que los instrumentos públicos y los privados, respectivamente, pueden ser tachados tanto por vía

⁵² CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. “Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre”. Editorial Jurídica Alva. Tomo I. Primera Edición. 1989. Caracas. Venezuela. p. 239

⁵³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario, del 29 de julio de 2010.

principal, es decir, mediante un proceso cuya pretensión es la declaratoria de falsedad y la correspondiente nulidad del instrumento, o por vía incidental, esto es, en el marco de un proceso donde se pretende hacer valer el instrumento en cuestión.

Sobre la tacha por vía principal conviene destacar que en el ámbito de aplicación de la Resolución N° 2018-013 de fecha 24 de octubre de 2018 dictada por dicha Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁴, dependiendo de la cuantía de la demanda la sustanciación del juicio de tacha se realizará conforme a las disposiciones del procedimiento oral, cuando el interés del juicio sea mayor a siete mil quinientas (7.500) unidades tributarias y no exceda de quince mil (15.000) unidades tributarias, y por el ordinario cuando supere dicha cantidad.

3.1.3.3. Tacha de Falsedad Instrumental por Vía Incidental del Instrumento Público

De la interpretación concordada de los artículos 439, 440 y 443 del Código de Procedimiento Civil, se desprende que la tacha incidental, cuando se trata de instrumentos públicos puede ser intentada en cualquier grado o estado de la causa, por lo cual, el demandado que pretenda redargüir un instrumento público podrá hacerlo, inmediatamente luego de perfeccionarse la citación en adelante.

Sin embargo, adminiculando tales normas a las del procedimiento oral y particularmente el principio de concentración, cabe preguntarse si en dicho procedimiento tales previsiones rigen en forma absoluta; ya que una vez iniciada, y durante el desarrollo de la audiencia o debate oral, la misma debe seguir sin interrupciones hasta su conclusión. El Juez dicta su fallo en forma inmediata, por lo cual la interposición de la tacha del instrumento público, y la sustanciación de la misma afectarían el desenvolvimiento de la audiencia.

Como tesis contraria, puede argumentarse que la sustanciación de la tacha, al realizarse en cuaderno separado, es un procedimiento que goza de autonomía frente al principal, y por ende, la interposición de la tacha en cualquier estado del proceso, inclusive

⁵⁴ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 41.620 del 25 de abril de 2019.

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

durante la práctica de la audiencia oral, no incide sobre la sustanciación del fondo de la controversia.

El tema a su vez se complica aún más, en el hecho de que el procedimiento de tacha previsto en el Código de Procedimiento Civil, es preponderantemente escrito, y así la interposición de la tacha, su posterior formalización y la contestación a la misma se realizan por escrito, mientras que por su parte, para el procedimiento oral, el artículo 860 *eiusdem* establece que las formas escritas solo serán admitidas cuando las normas del procedimiento en cuestión, expresamente lo habiliten, regla que es apuntalada por el artículo 872, que establece que durante la audiencia oral no se admitirá la presentación de escritos.

Las normas contempladas para el procedimiento oral laboral, y concretamente el artículo 84 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo toma posición al establecer que la tacha debe intentarse específicamente durante la audiencia de juicio.

Por su parte, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sobre el particular expresa:

Artículo 251: El demandado o demandada deberá tachar los documentos acompañados con la demanda en la oportunidad de la contestación, formalizando fundamentadamente en ese mismo acto la tacha. Si el presentante insistiera en hacer valer dicho instrumento, contestará la tacha en la audiencia preliminar. El o la demandante podrá tachar los documentos acompañados por el demandado o demandada a su contestación antes de la realización de la audiencia preliminar o en esa misma audiencia, formalizando fundamentadamente la tacha, pudiendo el demandado o demandada insistir en hacer valer el instrumento de que se trate, presentando su contestación en dicha audiencia.

La incidencia de tacha se sustanciará en cuaderno separado.

El juez o jueza, al segundo día de despacho siguiente a la audiencia preliminar, podrá desechar las pruebas aportadas si no fueren suficientes para invalidar el instrumento. Contra dicha decisión se oirá apelación en ambos efectos.

Si el juez o jueza encontrare pertinente la prueba de alguno o algunos de los hechos alegados, determinará en dicho auto cuáles son aquellos sobre los que va a recaer prueba de una u otra parte. En este caso continuará la tacha según el trámite pautado en los ordinales 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11º al 12º del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil.

Concluido el lapso probatorio del procedimiento principal oral, se difiere el procedimiento del fallo hasta que concluya el trámite de la tacha.

Tenemos entonces que, para el procedimiento agrario: (i) se estipulan unas oportunidades preclusivas para la formulación de la tacha; (ii) beneficia una sustanciación autónoma por cuaderno separado de la tacha, (iii) y otorga a las resultas de la misma un carácter suspensivo sobre el pronunciamiento de fondo.

En nuestro entender, de optar por una posición favorecedora del principio de oralidad y de concentración, puede producirse un desmedro del derecho a la contradicción de la prueba y de las reglas procesales que rigen la institución de la tacha. En efecto, el considerar que en el procedimiento oral civil la tacha incidental necesariamente deba intentarse en forma oral, y que el contradictorio de la misma debe realizarse de tal forma, supondría que ello debería realizarse o en la audiencia preliminar, o en la audiencia de juicio, o en una audiencia especial para la tacha que no está legalmente prevista; y en cualquier caso se crearía una contradicción con el derecho del jurisdicente a ejercer la tacha en cualquier estado y grado del proceso, y el procedimiento que a tal fin está estipulado. En otras palabras, se estaría disminuyendo un derecho procesal importante como es el de rebelarse contra una prueba falsa, y tal menoscabo estaría débilmente justificado en beneficiar la forma procesal de la oralidad.

Por tanto, consideramos que para el procedimiento oral civil, rigen a plenitud las normas de tramitación de la tacha establecidos en los artículos 438 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y en tal sentido podrá tacharse de falso el instrumento público en cualquier grado y estado de la causa, en forma escrita, efectuándose en el plazo legal la formalización y la contestación.

Igualmente podría ejercerse la tacha en forma oral durante la audiencia preliminar o en la de juicio, pudiendo la otra parte en el mismo acto manifestar de igual forma si insiste en hacer valer el instrumento, o reservarse el plazo legal para su contestación; siguiendo la sustanciación de la incidencia en el cuaderno separado.

Surge la interrogante de si sería procedente una suspensión del proferimiento del fallo, en los términos en que se estatuye en el procedimiento de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Si bien por la naturaleza de tales procedimientos, el fondo de la controversia está por lo general ligado a la prueba documental, lo cual justifica que la

sentencia de mérito espere la decisión sobre la validez o nulidad del documento, ello no es necesariamente una constante en el procedimiento civil, en el cual un determinado instrumento puede no ser esencial a la resolución de la controversia.

Más aún, la suspensión del pronunciamiento de la sentencia hasta tanto no se decida la tacha podría derivar en un uso malicioso de la misma, con sola intención de producir dilación procesal. Es por tales razones que la intención de legislador que subyace en el Código de Procedimiento Civil es no otorgar carácter suspensivo a la incidencia de tacha, siendo tal paralización excepcional en el caso previsto en el numeral 11 del artículo 442, sino que el resultado de la misma tendrá fuerza de cosa Juzgada para la decisión que deba dictarse en el fondo, según el numeral 16 del mismo artículo.

Estas opiniones se manifiestan sin desmedro de que sería deseable *lege ferenda* un régimen similar de sustanciación de la tacha incidental como el previsto para el procedimiento agrario, según se refirió anteriormente.

3.1.3.4. Tacha por Vía Incidental del Instrumento Privado

En lo que respecta a la tacha interpuesta contra el instrumento privado, fundada en las causales establecidas en el artículo 1.381 del Código Civil, tendrá aplicación lo establecido en el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil, concordándolo con la normativa del procedimiento oral.

Así, el instrumento presentando conjuntamente al libelo podrá ser tachado por el demandado en la contestación de la demanda. El presentado en esta oportunidad deberá ser tachado por el demandante dentro de los cinco días siguientes a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 868 *eiusdem* para la celebración de la audiencia preliminar, pudiendo ejercerla en la propia audiencia. En cualquier otra oportunidad en que sea admisible la promoción del documento privado, la tacha deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes a su presentación.

Luego de la tacha, podrá el promovente del instrumento contestar la misma e insistir en hacerlo valer, abriéndose la incidencia por cuaderno separado, y siguiendo el procedimiento en la forma ya señalada.

3.1.3.5. Desconocimiento del Instrumento Privado

En el caso de que no se realice la impugnación activa del documento privado simple, el desconocimiento del instrumento deberá realizarse en las mismas oportunidades arriba señaladas, entrando en aplicación lo dispuesto en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, corresponde al promovente del instrumento cuya contraparte ha desconocido proceder a probar su veracidad, mediante la prueba de cotejo; y en su defecto por testigos.

La oportunidad para promover el cotejo o la prueba subsidiaria de testigos, será el lapso probatorio que se abre luego de la audiencia preliminar, según establece el artículo 868 *eiusdem*. En lo que respecta a la prueba de cotejo, siendo ella una fórmula específica de prueba de experticia y evacuada como tal, según lo expresa el artículo 446, la misma se evacuará en el lapso que el Juez establezca, que no podrá sobrepasar el lapso de evacuación del procedimiento ordinario, y las conclusiones de los expertos, así como las observaciones de las partes tendrán lugar en el debate oral, a tenor del artículo 862.

Para el caso de la prueba subsidiaria de testigos, la evacuación de los mismos se realizará en el debate oral, y tendrá la carga de aportarlos la parte interesada en hacer valer el documento en cuestión, todo ello según lo expresa el artículo 868, antes referido.

3.1.4. Valoración de la Prueba Documental

El valor probatorio de la prueba documental en el procedimiento oral civil merece especial comentario, en el sentido de analizar si la propugnación de un procedimiento que se basa en la oralidad y la inmediación, tales principios surtirán algún efecto sobre la eficacia probatoria de tales medios probatorios.

El documento, bien sea público o privado, tiene un valor probatorio legalmente establecido en los artículos 1.359, 1.360, 1.361 y 1.363 del Código Civil, vinculante para el órgano jurisdiccional, según se deriva del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en materia civil existe un sistema mixto: el Juez debe valorar las pruebas conforme a la sana crítica, salvo que exista una regla legal expresa de valoración, como ocurre con la prueba documental.

Sin embargo, existen sectores en la doctrina y legislación nacional y comparada, que propugnan una aún mayor libertad en la valoración de la prueba, máxime en un proceso donde exista un alto grado de inmediación, como en efecto lo son aquellos donde rige la oralidad. En tal sentido, KIELMANOVICH, opina que es una tendencia del derecho procesal contemporáneo la “revalorización de la prueba indiciaria”, así como la valoración de la conducta de las partes en el proceso⁵⁵.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en virtud del adoptado principio de primacía de los hechos, establece en su artículo 10 la sana crítica como forma de general valoración de las pruebas en el proceso laboral, incluyendo a la prueba documental.

Por tanto, es necesario aclarar que la forma que tome el proceso civil, bien sea escrita u oral, no afecta la valoración que debe otorgarse a la prueba documental, por cuanto, si bien la sana crítica opera para las pruebas creadas dentro del proceso, de cara al Juez, el documento es creado fuera, y por lo general, con anterioridad a éste.

Para el caso del documento negocial, el mismo contiene las estipulaciones que los propios sujetos procesales han querido fijar y de esa manera deben surtir sus efectos en el juicio.

En efecto, es una de las bases de la seguridad jurídica en relaciones entre iguales, paritarias, como son por regla general las dirimidas por el Juez civil, que la prueba que las propias partes han creado solo pueda ser atacada conforme a las previsiones y por las causas estipuladas legalmente, y no a través de simple prueba en contrario, así como tampoco puede restarse su valor a través de indicios o presunciones a las que arribe el Juez. Inclusive CAPPELETTI, confeso promotor de la oralidad, expresa:

...Procediendo ante todo al examen de las pruebas escritas y, de manera más general, de las pruebas denominadas preconstituidas, podemos desde luego constatar que la importancia de ellas no ha sido disminuida por ninguno de los ordenamientos procesales que han sabido realizar con éxito el principio de

⁵⁵ KIELMANOVICH, JORGE. “La Oralidad en la Argentina.” VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Zuliano de Derecho Procesal. 2005. Caracas. Venezuela. p. 443 y ss.

oralidad. Ciertamente este principio implica, como veremos, una fundamental, práctica y teóricamente, revaloración importantísima de la prueba oral, pero esta revalorización no tiene necesidad de acompañarse de una irracional desvalorización de la prueba documental (preconstituida), la cual, aún antes que en el proceso opera benéficamente fuera del proceso, en el mundo de las relaciones sustanciales, creando un cierto grado de certeza y de confianza de los coasociados en sus negociaciones y en general en sus relaciones jurídicas. Ocurre así que, incluso en un ordenamiento procesal aún coherentemente apoyado sobre el principio de oralidad, no solamente se explica la permanente admisibilidad e importancia de la prueba documental sino que se justifica además una permanencia de la eficacia probatoria legal de los escritos...(omissis)...Es verdad que, como pronto veremos, el principio de oralidad implica la libre valoración de la prueba a constituir; pero no implica en cambio, en absoluto el abandono integral de la prueba legal, cuando ésta se limite a las pruebas preconstituidas, las cuales, como repito, despliegan todavía más su benéfica eficacia (de certeza) antes y fuera del proceso que en el proceso mismo. Los criterios legales en la valoración de la prueba preconstituida se justifican, precisamente, porque mediante los mismos los sujetos de las relaciones sustanciales pueden prever cuál será el resultado de un eventual proceso, y pueden así precaverse contra los inciertos sidera litium; pueden preconstituir, en suma, dentro de ciertos límites, una garantía de seguridad en sus relaciones...⁵⁶

En conclusión, las reglas generales de valoración de la prueba documental, no sufren modificación alguna con ocasión del procedimiento oral civil.

3.1.5. Tarjas

Dicho medio probatorio se encuentra nominado en el artículo 1.383 del Código Civil, y consiste en la identidad y/o equivalencia de muescas o patrones realizados sobre dos o más soportes materiales a través del mismo acto o procedimiento. No contiene la ley otra disposición adicional al referido artículo, no obstante de un análisis de la estructura del Código Civil, el cual incluye dicha prueba como un párrafo de la sección que estatuye la prueba por escrito, cabe inferir que el legislador considera la misma una especie del género documental.

⁵⁶ CAPPELETTI, MAURO. "La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil". Traducción de SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. Ediciones Jurídicas Europa América. Colección Ciencia del Proceso. N° 62. 1972. Buenos Aires. Argentina.

En su concepción tradicional se trata de listones de madera, cuero o semejantes, en los cuales se efectúan marcas demostrativas de entregas de bienes, o cualquier otro hecho convenido entre las partes. BELLO TABARES considera que se trata de documentos privados sin firma, y califica dichas probanzas como: “...fósil jurídico... (Omissis)...que generalmente se utilizaban en zonas campesinas donde impera el analfabetismo, mediante las cuales, se pretende demostrar entre quienes no saben leer y escribir, los contratos bilaterales celebrados que tienen por objeto la entrega y recibo de productos...”⁵⁷.

Siendo factible el análisis antes señalado del origen rústico y bucólico del medio probatorio comentado, no es desdeñable que el mismo pueda tener utilidad y eficacia aún actualmente, en casos donde pueda ser una forma ágil y práctica en la cuantificación de entregas múltiples o sucesivas de productos o servicios, como demostración del uso de un vale, ticket o similar; o en general, para todos aquellos supuestos en donde se pretenda dejar constancia simultánea de un hecho simple en dos o más facsímiles o ejemplares, para la posesión de cada parte.

En el contexto del juicio oral civil, somos de la opinión que la promoción de la prueba de tarjetas debe seguir las previsiones previstas en dicho procedimiento para la prueba documental conforme a la analogía que propugna el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, para los medios de prueba libres. En consecuencia, tendrán aplicación las reglas legales previamente reseñadas sobre la carga de aportar el documento conjuntamente con el libelo de demanda. Por lo que el ejemplar o facsímil de la tarjeta del que se disponga deberá ser acompañado en esa oportunidad.

Analizada positivamente la admisibilidad de la prueba por el órgano jurisdiccional en la oportunidad señalada en el tercer párrafo del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, deberá entonces apercibirse al contendor del promovente de la prueba a que exhiba su tarjeta en la audiencia de juicio, todo ello en atención al propósito del legislador de propender a la evacuación de las pruebas dentro del debate oral, positivizado

⁵⁷ BELLO TABARES, HUMBERTO. “Tratado de Derecho Probatorio”. Tomo II. Primera Edición. Ediciones Paredes. Caracas. 2009. Pág. 933.

en el artículo 862 *eiusdem*. Al respecto, son valederas las razones previamente reseñadas en el punto 3.1.2. de esta investigación.

3.2. Prueba Testimonial

3.2.1. Generalidades

La regulación de este medio probatorio se ve notablemente incidida en el procedimiento oral, en el cual se modifican las reglas ordinarias en relación, entre otras, a la oportunidad de señalar los testigos y la forma de evacuación de los mismos.

Tales innovaciones para este medio probatorio vienen enmarcadas en la influencia determinante que tienen los principios de concentración e intermediación en el procedimiento oral. Como ha sido previamente señalado, la intención en la confección del procedimiento oral fue establecer la audiencia de juicio como eje o pivote de la actividad probatoria, y los medios de prueba han sido armonizados en función a ello.

No obstante, poco señala la normativa en relación a aspectos de control, contradicción e impugnación de la prueba testimonial, por lo cual se requiere un esfuerzo de integración del derecho a los fines de incorporar tales institutos probatorios en el procedimiento oral.

3.2.2. Indicación de Testigos. Promoción

La primera regulación de la prueba testimonial que resalta en materia del procedimiento oral, es que existe una oportunidad preclusiva para la indicación de los testigos que las partes desean que rindan declaración en el juicio.

En el caso de la parte demandante, el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil estatuye la carga al actor de indicar sus testigos, con especificación de nombre apellido y domicilio; estableciéndose expresamente que de no hacerlo “...no se le admitirán después...”. La regla se reproduce en el artículo 865 para el demandado, quien tiene su carga establecida para el acto de contestación, e igual consecuencia procesal en caso de no aportar la identificación de los testigos que quiera hacer valer en el proceso.

Analizando dichas normas, RIVERA MORALES considera que la previsión de que no se admitirán luego las pruebas aplica solo para las documentales y no para los testimonios; ya que para estos, a criterio del referido autor, existen en el procedimiento oral dos momentos para su promoción, siendo el primero con la demanda o la contestación, según los casos; y el segundo momento será en la oportunidad de promoción de pruebas que se apertura luego de la audiencia preliminar⁵⁸.

Sin embargo, consideramos hacer la salvedad de que entendemos que lo establecido en los artículos 864 y 865, antes referidos, expone una preclusividad tanto para la prueba documental como para la testimonial; y por tanto, surgen aspectos a analizar. En primer lugar: ¿dicha carga de identificación de los testigos en el libelo y la contestación equivale a su oportunidad de promoción en el juicio? Se observa que el requerimiento de identificar la lista de testigos, con inclusión de su nombre, apellido y domicilio, son los únicos extremos formales de promoción del testigo conforme a las normas antes citadas del procedimiento oral, siendo tales requisitos los mismos que prevé en forma general el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil; por lo que inicialmente cabe concluir que la demanda y la contestación son las oportunidades donde las partes deben agotar su carga de promoción del testigo.

Conforme a la jurisprudencia imperante de casación civil en Venezuela, existe un requisito adicional en la promoción de la prueba: la expresión del objeto que persigue la misma⁵⁹. Si bien, tal criterio ha sido atemperado por la Sala Constitucional del propio Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de que la indicación del objeto de la prueba en el momento de su promoción es innecesaria en el caso de la prueba testimonial y la de posiciones juradas. Al respecto señala MARTIN TORTABÚ:

⁵⁸ RIVERA MORALES, RODRIGO. “Las Pruebas en el Derecho Venezolano”. Segunda Edición. 2003. Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Santana Editores. Jurídicas Rincón. San Cristóbal. Venezuela. Págs. 409 y 410.

⁵⁹ La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en conocida sentencia N° 363 de fecha 16 de noviembre de 2001, dictada en el caso Cedel Mercado de Capitales C.A. vs. Microsoft Corporation, interpretó que el promovente de la prueba debe señalar expresamente el objeto de la misma. Sentencia consultada en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-0363-161101-00132-00223.HTM>, en fecha 8 de octubre de 2016.

...En relación al objeto de la prueba, la Sala Constitucional en el auto del 1 de noviembre de 2001 (Caso: Asodeviprilara), señala: "...a todo medio de prueba hay que señalarle al ofrecerlo, cuáles son los hechos que con ellos se pretende probar. De este sistema sólo escapan los testimonios y la confesión que se trata de provocar mediante las posiciones juradas...". La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sostiene que en la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar que hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o impertinencia manifiesta..."⁶⁰

No podemos afirmar que se trata de un criterio vinculante de los que puede producir dicha Sala Constitucional a tenor del artículo 335 de la Constitución, vale decir, cuando interpreta normas y principios constitucionales. En efecto, el requerir que el promovente de la prueba indique el objeto de la misma en el momento en que propone el medio probatorio, tiene como interés y efecto facilitar la determinación de la pertinencia o no de tal actividad probatoria. Aunque es clara la relevancia que tiene en el desenvolvimiento de un proceso, ello se encuentra más en el plano de la legalidad que en la interpretación de derechos o principios fundamentales de raigambre constitucional.

En sentencia posterior, de fecha 27 de febrero de 2003, la propia Sala Constitucional manifestó que el postulado no era un criterio vinculante, pero:

...es un principio sano que se aplica para hacer más claro y expedito un procedimiento, obviando retardos innecesarios y desechando ab initio, aquellas pruebas presentadas que no señalen cuál es el objeto o hecho que pretenden demostrar, con lo cual no se está perjudicando a ninguna parte, porque son ellos los que deben someterse al procedimiento legalmente establecido, a fin de permitir su normal desarrollo...

Se observa así que la obligatoriedad para la parte de señalar el objeto de la prueba al momento de su promoción, y particularmente en relación a la prueba testimonial, es un aspecto del derecho probatorio que aún mantiene aristas en la jurisprudencia, por lo cual pareciere del mejor interés de los litigantes hacer tal señalamiento.

⁶⁰ MARTIN TORTABÚ, MIGUEL ÁNGEL. "La Oralidad en el Proceso Civil". Tomos I. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). 2016. Caracas. Venezuela. Pág. 380.

En el entorno del procedimiento oral, como se señaló anteriormente, deben informarse en la demanda y en la contestación los testigos que se pretenden aportar al juicio. Cabe preguntarse si, aunado a ello deberá indicarse el objeto de tales testimoniales por las partes, en su libelo de demanda y contestación, so pena de inadmisibilidad de la prueba; o bien, el señalamiento del objeto de la prueba podrá ser efectuado en oportunidad posterior, en el entendido de que existe un lapso concreto de promoción de pruebas en el juicio oral.

Nuestra opinión se decanta por la segunda opción, esto es, que el objeto de la prueba puede ser señalado en el lapso de promoción que estatuye el artículo 868 del Código. En primer lugar, el señalamiento del objeto de prueba para el testimonio es un requisito jurisprudencial que no tiene asidero expreso en el texto de los artículos 864 y 865 *eiusdem*, por lo que luce que la consecuencia jurídica de inadmisibilidad que establecen tales normas, no podría hacerse extensible a la omisión del objeto de prueba de la prueba testimonial, que es un constructo netamente jurisprudencial. En efecto, la inadmisibilidad de la prueba debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que mal podría aplicarse a supuestos de hecho no establecidos en la norma; o bien considerados posteriormente. Tal proceder implicaría graves conculcaciones de derechos procesales constitucionalizados. Como abono a ello, podemos traer a colación el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 14 de abril de 2005, que expresa:

...la defensa garantiza a las partes la posibilidad de probar sus alegaciones, y tal garantía se satisface si se dan en el proceso las siguientes facilidades: 1) la causa debe ser abierta a pruebas (sea mediante una declaración expresa o por la preclusión de un lapso anterior); 2) las partes deben tener la posibilidad de proponer medios de prueba; 3) las pruebas sólo serán inadmitidas por causas justificadas y razonables, sin que estas causas sean de tal naturaleza que su sola exigencia imposibilite el ejercicio del derecho; 4) debe ser posible practicar la prueba propuesta y admitida, y, por último, 5) el juez debe valorar la prueba practicada...⁶¹

Adicionalmente, podemos acotar que la oportunidad real del procedimiento oral donde se procede al control de la legalidad de las probanzas, es luego del lapso de

⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 513 de fecha 14 de abril de 2005. Extracto consultado en: <http://www.abogadosveritaslex.com.ve/blog/divorcio-185-a-contencioso-con-art-607-cpc-463>

promoción de pruebas que se abre con posterioridad a la audiencia preliminar, y su subsecuente auto de fijación de hechos. Conforme lo señala el artículo 868, antes referido, es entonces cuando el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la admisibilidad de la prueba, ponderando sus vertientes de legalidad y pertinencia. Por tanto, se observa como excesivamente riguroso e infundado que el objeto de la prueba testimonial debiere producirse desde la demanda o contestación, según se trate del sujeto activo o pasivo de la pretensión; cuando la pertinencia de la prueba se valora en una oportunidad procesal bastante posterior.

En este orden de ideas, cabe razonar sobre la justificación que puede tener el requerimiento de la lista de testigos en las oportunidades tempranas del proceso. Si bien como fuera previamente señalado en esta investigación, existe una regulación similar para la prueba documental, en aquel caso se entiende que el propósito subyacente es que el Juez pueda irse familiarizando con el contenido de los documentos relevantes para el tema a decidir con suficiente antelación a la audiencia de juicio, donde debe sentenciar. No obstante, esto no es lo que ocurre en el caso de la prueba testimonial, ya que ésta, por su naturaleza, traslada los hechos al proceso una vez que se practica la deposición; y tal deposición ocurre en la audiencia de juicio, poco antes a que se dicte la decisión de fondo.

Por ende, las razones que abonan la conveniencia de la incorporación temprana de la prueba documental al procedimiento oral, no son realmente asimilables en el caso de los testigos, por lo cual la determinación de no ser admisibles con posterioridad a la demanda y/o la contestación es una previsión excesiva, que carece de un motivo procesal razonable; ya que la promoción, oposición, admisión e inclusive la impugnación del testigo pueden realizarse con suficiente holgura en forma previa a la evacuación a ocurrir en el debate oral.

3.2.3. Oposición y Admisibilidad de la Prueba Testimonial

Como ha sido señalado, el *íter* procesal previsto en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil es que, luego de la audiencia preliminar y de ser librado el auto de fijación de hechos, se apertura un lapso de promoción de pruebas; y de seguidas, la oportunidad para que el órgano jurisdiccional proceda a pronunciarse sobre la admisibilidad de todas las pruebas promovidas en el juicio.

Si bien la norma en cuestión no hace una expresa referencia a una oportunidad para que las partes ejerzan control de la legalidad de la promoción de pruebas de su contendor; entendemos que conforme a la supletoriedad de las normas de procedimiento ordinario que propugna el artículo 860 del Código, existe y debe ser reconocido un lapso de oposición a las pruebas en los términos del artículo 397 *eiusdem*.

Ello tiene capital importancia en lo que atañe a la prueba de testigos, ya que éstos están sometidos a una serie de inhabilidades previstas en los artículos 477 al 480 del Código de Procedimiento Civil. Así también, el testimonio en juicio civil está sometido a unas condiciones objetivas de admisibilidad, establecidas en los artículo 1.387 al 1.393 del Código Civil. Por ende, el juzgamiento sobre la admisibilidad del testimonio puede ser un evento complejo.

3.2.4. Impugnación de la Prueba Testimonial

La forma de impugnación por excelencia de la prueba de testigo es su tacha, un mecanismo de derecho procesal ordinario tendiente a hacer nugatoria la testimonial bien antes de que se produzca, o bien luego de la deposición; ya que el propósito de la tacha es negar valor probatorio, no impedir la declaración.

No existe un catálogo de causales de tacha del testigo, sino que en vista de las variadas circunstancias que pueden viciar la prueba testimonial, los motivos de tacha son igualmente amplios. Podemos afirmar, entre otros, los siguientes: (i) inhabilidades del testigo previstas en la ley; (ii) por soborno, o cualquier otra conducta contraria a la independencia e imparcialidad del testigo; (iii) por negarse a prestar juramento, previo a la deposición; (iv) por mentir en la deposición.

En el procedimiento oral no existe una regulación expresa de la tacha de testigos, por lo que se desprende que las reglas generales atinentes a tal institución jurídica son plenamente aplicables, pero con apego a los principios de oralidad, intermediación y concentración.

Establece el artículo 499 del Código de Procedimiento Civil que la tacha del testigo se efectúa dentro de los cinco (5) días siguientes a su admisión, siendo señalado por la

norma que el efecto de la tacha no se extiende a impedir la declaración del testigo, si la parte promovente insiste en su evacuación. Continúa el artículo 500 estableciendo que la propia parte promovente no podrá tachar su testigo, salvo que se trate de soborno. El artículo 501 expresa que la sustanciación y prueba en la incidencia de tacha podrá extenderse en el resto del lapso de evacuación de pruebas. En relación a la oportunidad de decisión de la tacha, se deriva del artículo 508 que la misma es la oportunidad de la decisión de fondo.

Traspolando tales disposiciones al entorno del procedimiento oral, tenemos que el lapso para ejercer la tacha será dentro de los cinco (5) días siguientes a la admisión de pruebas que señala el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil. Siendo que por regla general la deposición del testigo debe ocurrir en la audiencia o debate oral, en la mayoría de los casos, la tacha del testigo se producirá antes de su declaración, lo cual es deseable, a los efectos de que exista un lapso para la sustanciación de la tacha.

No obstante, pudiere darse el caso de que la audiencia de juicio se celebre estando en decurso ese lapso de tacha de cinco (5) días siguientes al auto de admisión de pruebas, siempre que confluayan las circunstancias de: (i) no hayan sido promovidas y/o admitidas pruebas que por su naturaleza debieren ser evacuadas fuera de la sede del tribunal; (ii) que en tal virtud se haya procedido de inmediato a la fijación de la audiencia de juicio; (iii) que dicha audiencia se haya establecido para alguno de los cinco (5) días siguientes.

Lo señalado tiene relevancia en el sentido de que para los casos en que en la realización de la audiencia oral coincida con la vigencia del lapso de tacha testimonial, la misma debe realizarse en la propia audiencia. Al respecto, los artículos 862 y 873 del Código de Procedimiento Civil señalan la posibilidad de efectuar en el debate oral todas las observaciones y objeciones en relación al resultado o mérito de la prueba, lo cual necesariamente arroja la posibilidad de ejercer la tacha en ese acto. Sin embargo, es importante señalar que en estos supuestos se reduciría sustancialmente la posibilidad de sustanciar la tacha, ya que al final de la audiencia se dicta el dispositivo del fallo.

En la mayoría de las oportunidades, una vez interpuesta la tacha restará por discurrir el resto del lapso para la evacuación de aquellas pruebas que por su naturaleza se ejecutan

fuera del tribunal, el cual será el lapso también para la sustanciación de la tacha, en aplicación de lo previsto en el artículo 501 del Código.

Aún en el caso de no ser ejercida la tacha del testigo, durante la audiencia oral pueden efectuarse ante el Juez cualquier observación en relación al testigo y sus deposiciones, las cuales deben ser ponderadas conforme a los lineamientos de valoración de la testimonial que refiere el artículo 508 *eiusdem*.

3.2.5. Evacuación de la Prueba Testimonial

El procedimiento oral propugna que la regla general en materia de evacuación de pruebas es que las mismas se evacuarán en la audiencia de juicio, conforme señala el artículo 862: “...las pruebas se practicarán en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia...”⁶². En lo que respecta a la prueba testimonial ese señalamiento es concreto, tanto en los artículos 864 y 865; siendo más tajante aún el párrafo final de artículo 868, que expresa:

...En ningún caso el Tribunal autorizará declaraciones de testigos ni posiciones juradas mediante comisionados, fuera del debate oral. Cualquiera que sea el domicilio de los testigos, la parte promovente tendrá la carga de presentarlo para su declaración en el debate oral...⁶³.

Cabe concluir que la referida norma prela sobre lo expuesto en forma general en la parte final del artículo 396 del mismo Código en el sentido de que las partes de común acuerdo pueden evacuar de mutuo acuerdo las pruebas que le interesen, en cualquier estado y grado del proceso; por lo cual los testigos promovidos conjuntamente por las partes, antes de la audiencia de juicio, serán evacuados en ésta.

Se aprecia así el interés del legislador de apuntalar los principios de inmediación y concentración en el procedimiento oral, pero tanto celo produce situaciones que son marcadamente inconvenientes y que disminuyen injustificadamente la efectividad de la prueba testimonial.

⁶² REPÚBLICA DE VENEZUELA. Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.694 del 22 de enero de 1986. Con reformas parciales publicadas en Gaceta N° 3.886 Extraordinaria del 15 de septiembre de 1986 y Gaceta N° 3.970 Extraordinaria del 13 de marzo de 1987.

⁶³ Ídem.

En primer lugar, se excluye la aplicación de las razonables disposiciones establecidas en los artículos 489 y 490 del Código de Procedimiento Civil; la primera de ellas facultando al Juez a ordenar que el testigo efectúe su declaración en el lugar donde ocurrieron los hechos, o del que versan sus deposiciones, lo cual tiene evidente utilidad en muchos casos. Igual servicio provee el artículo 490 que otorga la potestad al Juez de acordar la evacuación de la testimonial en la morada del testigo, cuando éste tenga un impedimento justificado para comparecer.

Por otra parte, surge la duda de si es factible el testimonio de altos funcionarios, en virtud de que a tenor de lo establecido en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, por razón de su investidura no están obligados a comparecer al tribunal, pero si a rendir declaración. La norma *in comento* establece la posibilidad de que tales personas respondan un cuestionario escrito, o bien depongan en su morada.

Consideramos que la previsión del procedimiento oral excluye la posibilidad de tal declaración fuera de la sede del tribunal; pero debe interpretarse que la remisión de cuestionario escrito con las preguntas que puedan hacer las partes, y efectuando el eventual contradictorio en relación a la respuesta en el debate oral, cumple razonablemente con los propósitos establecidos por el legislador en el procedimiento oral.

La misma solución apuntada debe aplicar en relación a la declaración de funcionarios diplomáticos de países extranjeros. La regla prevista en el referido artículo 495 del Código de Procedimiento Civil supone que éstos no están obligados a testificar; pero cuando renuncian a dicho fuero, el testimonio se efectúa conforme a las previsiones establecidas para los altos funcionarios. Así entonces, en el procedimiento oral, creemos que la declaración de diplomáticos pudiere efectuarse mediante la figura del cuestionario escrito, con oportunidad de controvertirlo en la audiencia oral.

El artículo 868, antes referido, proscribiera expresamente la posibilidad de que el testigo sea evacuado mediante comisión. Debemos interpretar que siendo el interés del legislador que la declaración se rinda ante el Juez que decidirá la causa, ello supone que la prohibición se extiende además a los despachos y exhortos. Se complementa la previsión legal estableciendo que la carga de presentar al testigo la tiene su promovente,

independientemente del domicilio de aquél. Es decir, que estando dentro de la esfera del interés procesal de las partes la presentación del testigo, estas deben gestionar su comparecencia ante el Tribunal; independientemente de la onerosidad o dificultad de ello.

Ello tiene implicaciones importantes en lo que respecta a aquellos testigos cuyo domicilio, residencia o morada es distinto al del Tribunal donde ocurre el juicio, o inclusive en aquellos domiciliados fuera de la República, casos en que por efecto de la de la obligación de rendir declaración pueden estar separados varios días de sus gestiones habituales. Consideramos que son plenamente aplicables en tal caso las previsiones de los artículos 494 y 497 del Código de Procedimiento Civil, según lo habilita el artículo 872 *eiusdem*⁶⁴. En tal sentido, el testigo no necesita autorización, permiso o licencia previa de parte de su patrono o superiores para comparecer a rendir declaración; pero si podrá exigir en el juicio, en forma previa a su declaración, que se le resarzan las erogaciones y pérdidas que le surjan con ocasión del traslado a testificar, con la posibilidad de reducirlas el Juez de considerarlas excesivas. En todo caso, lo resarcido al testigo debe recibir el tratamiento de costa procesal.

El régimen especial establecido para la prueba testifical en el procedimiento oral propugna que el promovente tendrá la carga de producir al testigo en la audiencia o debate oral. Se estatuye además que ello ocurrirá “...sin necesidad de citación...”. Nace al respecto la interrogante de si ello implica la inaplicabilidad en estos casos de la norma contenida en el artículo 483 del mismo Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que el testigo se evacua sin necesidad de citación “...a menos que la solicite la parte expresamente...”. Consideramos que ambas normas pueden ser objeto de una interpretación integradora, y debe ser entendido que en el procedimiento oral la parte promovente se encarga de la comparecencia del testigo para rendir la declaración en la audiencia oral, salvo que haya requerido expresamente la citación de éste.

Interrelacionar ambas normas de dicha forma, permite mayor facilidad probatoria, ya que no siempre la persona del testigo es proclive a comparecer y/o declarar, incluso

⁶⁴ “...En la evacuación de las pruebas se seguirán las reglas del procedimiento ordinario en cuanto no se opongan al procedimiento oral...”

puede tener enemistad con quien la promueve, o cualquier otra circunstancia que la haga reticente a comparecer al juicio voluntariamente. Para tales casos, la comparecencia mediante citación tiene una utilidad capital.

Ahora bien, la figura de la citación del testigo en el procedimiento oral presenta una dificultad de índole práctico, ya que para el momento procesal de admisión de las pruebas, no siempre puede fijarse específicamente la fecha para la celebración de la audiencia oral, particularmente en aquellos casos donde se admitan medios probatorios cuya evacuación se realiza fuera de la sede del tribunal, tales como experticias e inspecciones, para las cuales se ordena la apertura de un lapso de evacuación, según señala expresamente el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil.

Somos de la opinión de que una vez promovido el testigo para el cual la parte promovente ha solicitado expresamente su citación, y admitida la prueba con tal característica, la boleta de citación y orden de comparecencia del testigo deberá librarse una vez que ha fenecido tal lapso de evacuación, y se establezca por auto expreso la oportunidad para la celebración de la audiencia o debate oral, conforme señala la parte final del artículo 869 *eiusdem*. De esa forma, la práctica de la citación del testigo deberá realizarse entre la fijación de la audiencia o debate oral, y su efectiva realización.

En lo que atañe al acto de declaración del testigo en la audiencia oral, el Código de Procedimiento Civil señala varias directrices:

- (i) Si la parte promovente del testigo no comparece a la audiencia el testigo no será evacuado, conforme a la previsión contenida en el artículo 871.
- (ii) Los testigos promovidos por la parte demandante serán evacuados primero, según expresa el artículo 872: “...se recibirán las pruebas de ambas partes, comenzando siempre con las del actor...”.
- (iii) Se establece como regla general que se seguirán las previsiones del procedimiento ordinario salvo que se opongan al procedimiento oral, conforme a los artículos 860 y 872; por lo cual tienen aplicación en relación al interrogatorio y repreguntas lo establecido en el encabezado del artículo

485; la obligación de prestar juramento prevista en el artículo 486; y los poderes de dirección del interrogatorio consagrados en el artículo 488; todos ellos del Código de Procedimiento Civil.

- (iv) Aunque el artículo 872 expresa que no se permitirá la lectura ni presentación de escritos en la audiencia oral, la propia norma hace la salvedad de que se trate de un instrumento o prueba ya cursante en el juicio, a la que deba hacerse referencia. Tal postulado tiene estrecha relación con relación a la prueba de ratificación de documento emanado de terceros, prevista en el artículo 431 *eiusdem*, siendo su naturaleza una prueba testimonial⁶⁵.
- (v) El Juez tiene la potestad de interrogar al testigo conforme a la regla general del artículo 487, como la previsión especial contenida en la parte final del artículo 862.
- (vi) Sobre la deposición no se levanta acta, según señala el artículo 872, con lo que se aparta el procedimiento oral de las reglas del segundo párrafo del artículo 485, 491 y 492 del mismo Código. Se señala que la audiencia debe obligatoriamente ser grabada, lo cual configura el registro de la declaración.

3.2.6. Valoración de la Prueba Testimonial

Para la prueba de testigos rige la sana crítica, de acuerdo a la regla general prevista en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, y las especiales consagradas en el artículo 508 *eiusdem*, esto es, las múltiples consideraciones que deben efectuar el Juzgador en relación tanto a la persona del testigo como al contenido de su declaración.

⁶⁵ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Sentencia Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil N° RC-00088, del 25 de febrero de 2004: “...el documento emanado de tercero, formado fuera del juicio y sin participación del juez ni de las partes procesales, no es capaz de producir efectos probatorios. Estas declaraciones hechas por el tercero que constan en dicho documento, sólo pueden ser trasladadas al expediente mediante la promoción y evacuación de la prueba testimonial, que es la única formada en el proceso, con intermediación del juez y con la posibilidad efectiva de control y contradicción, en cuyo caso, por referirse el testimonio a su contenido, de ser ratificado, las declaraciones pasan a formar parte de la prueba testimonial, las cuales deben ser apreciadas por el juez de conformidad con la regla de valoración prevista en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil...” Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/rc-00088-250204-01464%20.htm>, el 16 de octubre de 2016.

Es de acotar que al proscribirse en el procedimiento oral la evacuación de testigos mediante tribunales comisionados, implica que todo testigo es evacuado frente al Juez que está llamado a decidir la causa; así como al establecer las deposiciones únicamente en la audiencia de juicio, al final de la cual debe dictarse decisión, se induce positivamente en la ponderación de la prueba testimonial. En efecto, el juez al momento de decidir tiene a su disposición una percepción personal, inmediata y reciente, tanto del testigo como de su declaración.

3.3. Posiciones Juradas

3.3.1. Generalidades

En materia de confesión judicial provocada, el procedimiento oral en su artículo 868, propugna que la absolución de posiciones juradas será durante la audiencia o debate oral. Al igual que con la prueba testimonial, se proscribiera expresamente la posibilidad de que pueda evacuarse mediante Juez comisionado. Finaliza el referido artículo estableciendo que la práctica de la prueba será previa citación y que el promovente de la prueba deberá manifestar su disposición para absolver las recíprocas, lo cual es un requisito de admisión de la prueba.

Con base a tal limitada regulación normativa, existen otros aspectos de este medio probatorio que se hace necesario analizar, haciendo uso de los lineamientos contenidos en los artículos 860 y 872 del Código en el sentido de que se aplicarán supletoriamente las disposiciones relativas al procedimiento ordinario (normas procesales generales), pero asegurando la aplicación de los principios especiales que rigen este procedimiento especial.

3.3.2. Promoción de Posiciones Juradas

Si bien la norma especial del procedimiento oral señala el momento procesal de evacuación de las posiciones juradas, nada señala en relación a la oportunidad de su promoción. Consideramos que en consecuencia tiene subsunción lo establecido en el artículo 405 del Código adjetivo, que señala que en procedimiento ordinario las posiciones juradas podrán ser propuestas desde la contestación “...*hasta el momento de comenzar los informes de las partes para sentencia...*”.

Extrapolando tal regla procesal al procedimiento oral, podemos concluir que la prueba puede proponerse una vez realizada la contestación, vale decir, el acto procesal que efectivamente traba la litis; y hasta el momento de fijarse la oportunidad de celebración de la audiencia oral. Ello sin desmedro de lo establecido en la parte final del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, en relación a la factibilidad de ser promovida la prueba en cualquier estado y grado de la causa de común acuerdo entre las partes. Sin embargo debemos entender que, de efectuarse tal promoción conjunta de la prueba en la primera instancia del juicio, la misma igualmente será evacuada en la audiencia oral a los fines de dar cumplimiento a la parte final del artículo 868 *eiusdem*.

Si bien la regla prevista por el legislador para el testigo en el procedimiento especial bajo estudio es que su comparecencia es carga del promovente, como previamente se ha analizado en esta investigación; en relación a la confesión provocada se optó por no separarse del postulado general en relación a la necesidad de citación para la absolución de las posiciones, según disposición expresa del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil. Siendo que este medio probatorio exige citación, rompiendo con el principio procesal general de citación única prevista en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil; corresponde ponderar que la práctica del acto de citación, una vez admitida la prueba, debe estipularse con precisión que se apercibe para la comparecencia para la audiencia o debate oral.

La citada norma además mantiene la regla común de establecer como un requisito de promoción de este medio probatorio, a los fines de su admisibilidad, el comprometerse el promovente de la prueba a ofrecer las recíprocas, vale decir, manifestar la disposición de someterse a pasar por las posiciones que pretenda estampar su adversario, todo ello según la disposición del artículo 406 *eiusdem*.

3.3.3. Evacuación de Posiciones Juradas

Son varios los aspectos a analizar en relación a la evacuación de este medio probatorio en el procedimiento oral. En primer lugar, que conforme a la previsión del artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, están exentos de comparecer al órgano jurisdiccional con ocasión de la práctica de este medio probatorio las mismas personas que

están relevadas de comparecer a declarar como testigos; vale decir, la relación de altos funcionarios públicos, de los mandos militares y del clero, todo ello según la disposición del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil.

Por ende, en tales casos creemos que la solución en favor de la prueba, es análoga a lo planteado en el punto 3.2.5. de la presente investigación, en el sentido de que las respuestas al cuestionario escrito que se le envíe a dichos testigos mediante rogatoria tenga un eventual contradictorio en el debate oral, en relación a la respuestas ofrecidas. Será ésta la misma solución a emplear frente a los diplomáticos acreditados por país extranjero en la República que gocen de extraterritorialidad. Sin embargo, este sería un supuesto sumamente excepcional en relación a la prueba de posiciones juradas, ya que se partiría de la premisa que el diplomático es parte en el juicio por una renuncia voluntaria a la inmunidad que le corresponde por su investidura.

Entendemos que en virtud de la proscripción de evacuar la prueba de confesión provocada mediante jueces comisionados y fuera de la oportunidad del debate oral que expresamente establece la ley para el procedimiento bajo estudio, se deriva una imposibilidad material para solicitar las posiciones juradas de la parte que se encuentre en el extranjero. Se rompe así con la regla general prevista en el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil.

En los restantes casos, tanto el acto de posiciones juradas como las recíprocas se realizan en el debate oral. Si el absolvente, o su apoderado, según corresponda, a pesar de haber sido debidamente citado, no comparece a la audiencia de juicio; se estamparan las posiciones que establezca el promovente, perdiendo la oportunidad de las recíprocas, todo ello en aplicación del artículo 871 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 412 *eiusdem*. Somos de la opinión de que el lapso de espera de sesenta (60) minutos que establece ésta última norma en beneficio del absolvente, no opera en el procedimiento oral, por la especial naturaleza y características del mismo.

Consideramos que si las posiciones han sido promovidas por el demandante se efectúa el acto, conjuntamente con la evacuación de las restantes pruebas promovidas por éste, y luego, en la oportunidad de evacuar las pruebas del demandado se procederá a las

recíprocas. Cuando este medio probatorio haya sido pedido por el demandado, se evacuarán primero las pruebas del actor, luego las posiciones conjuntamente con las restantes pruebas del demandado; y de seguidas las recíprocas. Tal orden de proceder se deriva de la aplicación de lo previsto en el artículo 872 del Código: “...se recibirán las pruebas de ambas partes, comenzando siempre con las del actor...”.

Encontrándose establecido como postulado general para el procedimiento oral que se seguirán las previsiones del procedimiento ordinario salvo que se opongan al mismo, conforme a los artículos 860 y 872; son de aplicación en la evacuación de este medio probatorio la disposiciones que lo rigen, entre ellas: las contenidas en los artículos 409 y 410 en relación al modo de formular las posiciones; así como las previstas en los artículos 412 y 414 en relación a las consecuencias jurídicas de las actitudes y/o respuestas que ofrezca el absolvente.

Aunque el artículo 872 expresa que no se permitirá la lectura ni presentación de escritos en la audiencia oral, la propia norma hace la salvedad de que se trate de un instrumento o prueba ya cursante en el juicio, a la que deba hacerse referencia. Tal postulado tiene concordancia con lo establecido en el artículo 415, que habilita al absolvente a acudir a sus apuntes y papeles para dar contestación, siempre y cuando se trate de asuntos numéricos o complicados.

Tiene aplicación el límite máximo de posiciones a estampar previsto en el artículo 411. Somos además de la opinión que tales previsiones son igualmente aplicables para las recíprocas.

No se levanta acta individual de la prueba, según señala el artículo 872, con lo que se aparta el procedimiento oral de lo estatuido en el artículo 413; sin embargo el registro fidedigno de la prueba los constituye la grabación audiovisual que obligatoriamente debe efectuarse de la audiencia.

Por las reglas particulares establecidas para el medio probatorio en estudio en el procedimiento oral, tampoco tiene aplicación exacta el artículo 419 en relación a que pudiese promoverse en la primera instancia, en forma excepcional, un segundo acto de

posiciones juradas luego de evacuado el primero, cuando se aleguen en contra instrumentos o hechos nuevos. En efecto, al final del debate oral el juez procede en un breve lapso a ofrecer el dispositivo del fallo; por lo cual no existe un momento procesal adicional en primera instancia del proceso oral para promover unas nuevas posiciones. Sin embargo, ello no obsta para intentarlas en el decurso de una eventual apelación, siendo que este medio probatorio es uno de los admisibles en segunda instancia.

3.3.4. Valoración de la Prueba de Posiciones Juradas

Siendo una prueba sometida a la tarifa legal, la especialidad procedimental en nada afecta la ponderación de este medio probatorio. Sin embargo, es de reconocer que la marcada intención del legislador en la confección del juicio oral a los fines de circunscribir la práctica de la prueba al debate oral, prohibiendo además el uso de la figura del Juez comisionado, indudablemente apuntala el principio de inmediación.

Así, el Juez llamado a valorar la prueba ha podido percibir de primera mano las manifestaciones potencialmente confesionales de las partes, y la extensión temporal entre la oportunidad de evacuación de la prueba y de la decisión de la causa es lo suficientemente corta para que el decisor tenga fresca en su memoria tales percepciones, lo cual debe redundar en una enjundiosa estimación de la prueba.

3.4. Juramento Decisorio

3.4.1. Generalidades

Dicha prueba legal y nominada carece de una mención específica en las normas que regulan el procedimiento oral, posiblemente ello se deba a su uso infrecuente en la práctica procesal contemporánea. En efecto, el juramento es poco empleado ya que, por su naturaleza de englobar la totalidad de los hechos controvertidos en una sola manifestación es susceptible de aprovechar a quien la emite; puede fácilmente pasar de ser una “*declaración de verdad del hecho*”⁶⁶, según la define RENGEL RÖMBERG, a convertirse en un perjurio cuyas consecuencias procesales y sustantivas son difíciles de revertir. Para

⁶⁶ RENGEL-RÖMBERG, ARÍSTIDES. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Según el Nuevo Código de 1987” Tomo IV “El Procedimiento Ordinario. Las Pruebas en Particular.” Segunda Edición. Altholito, C.A. 1999. Pág. 85.

FALCÓN⁶⁷, analizando la prueba en cuestión en la legislación argentina, considera que la misma es poco eficaz cuando el perjurio no es castigado penalmente. Aunque en el ordenamiento jurídico venezolano es un delito el perjurio en juicio civil, según lo tipifica el artículo 249 del Código Penal⁶⁸, pareciera que tal disposición no es percibida por los litigantes como una garantía idónea y/o efectiva de la veracidad e integridad del juramento. Opina al respecto BELLO TABARES, tal vez con exceso de vehemencia:

...la prueba de juramento decisorio no se encuentra en sintonía con la realidad del país, siendo una prueba cuyo estudio incluso lo tildamos de inútil, pues solo un romántico, por no decir un loco, acudiría a estrados solicitando la prueba de juramento decisorio, para hacer depender la suerte del proceso y de su cliente, de lo que responda su contendor judicial, quien seguramente no tendrá compasión ni vacilación para satisfacer sus propios intereses...(omissis)...La sociedad avanza y el derecho también, de manera que el juramento decisorio es una prueba romántica que quedó en el pasado, que no compagina con lo que nuestra sociedad se ha convertido, que insistimos, debe ser eliminado como medio de prueba legal o regulado...⁶⁹

Sin embargo, en tanto y en cuanto se trata de una prueba legal, con normas regulatorias tanto en el Código Civil como en el de Procedimiento Civil, es menester efectuar en esta investigación su correlación con el procedimiento oral.

En una primera vista, pudiere considerarse que en virtud de que dicho medio probatorio presenta algunas similitudes con la prueba de posiciones juradas, cabe el uso de métodos analógicos; así como el hecho de que existen algunas normas de regulatorias del juramento que hacen remisión a las posiciones, podemos arribar a una construcción sobre algunas de las facetas del referido medio probatorio en el contexto del procedimiento oral.

Es de acotar que con base a la naturaleza y efectos absolutos del juramento sobre los hechos litigiosos controvertidos, este medio probatorio mantiene en buena medida sus características comunes y forma de operación ordinaria.

⁶⁷ FALCÓN, ENRIQUE. "Tratado de la Prueba". Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2003. Pág. 166.

⁶⁸ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Código Penal. Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario, del 13 de abril de 2005.

⁶⁹ BELLO TABARES, HUMBERTO. "Tratado de Derecho Probatorio". Tomo II. Primera Edición. Ediciones Paredes. Caracas. 2009. Págs. 822 y 823.

3.4.2. Promoción del Juramento Decisorio

Establece el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil una remisión expresa a la norma rectora de la oportunidad de promoción de las posiciones juradas, vale decir, el artículo 405 *eiusdem*, norma que estatuye que éstas pueden ser propuestas desde la contestación de la demanda “...hasta el momento de comenzar los informes de las partes para sentencia...” son igualmente valederas para el juramento las disquisiciones efectuadas previamente en el punto 3.3.2. de la presente investigación con relación a la oportunidad de promoción de las posiciones en el procedimiento oral, a saber: la prueba puede proponerse una vez realizada la contestación, hasta el momento de fijarse la oportunidad de celebración de la audiencia oral.

En lo que respecta a la segunda instancia, tiene aplicación el artículo 520 del Código, que establece que la promoción de la prueba debe hacerse en los cinco (5) días siguientes del arribo de los autos a la Alzada.

3.4.3. Evacuación del Juramento Decisorio

Creemos que en lo que atañe a la oportunidad de evacuación de este medio probatorio en el procedimiento oral, se rompe con el paralelismo que existe con las posiciones juradas en otros aspectos; todo ello en virtud de la especial característica del juramento: si bien es un medio de prueba, y por ende, se encuentra enmarcado el campo de la demostración fáctica, que se constituye en una declaración sobre la verdad (o falsedad de los hechos controvertidos); es valedero también reconocer que tal verdad es una de naturaleza procesal, por lo cual el juramento supone un elevado componente de manifestación de voluntad del litigante.

El efecto del juramento es que la causa debe pasar de inmediato a la oportunidad de dictar sentencia, ya que habiendo un establecimiento de la totalidad de la *quaestio facti* producida luego de la trabazón de la litis, lo procedente es dictar decisión del litigio. Más aún, en aplicación del principio *iura novit curia*, el juez conoce el derecho y no amerita para su aplicación que las partes aporten alegatos de derecho adicionales luego del juramento. Por otra parte, tratándose de que el juramento tiene fuertes visos de acto de

voluntad y/o de disposición de las partes, habiendo la potestad inclusive de referirlo de una a la otra, se sobreentiende que subyace un interés de resolución pronta de la controversia. Abrazando tales motivos, el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil expone que efectuado el acto procesal referente a ofrecer o rechazar el juramento “...*el Juez procederá a sentenciar la causa...*”.

Por tales motivos, consideramos que en este medio probatorio no cabe la aplicación analógica de la normativa del procedimiento oral que estipula que no se evacuaran las posiciones juradas fuera de la audiencia de juicio, independientemente de cuándo sea pedida la prueba y/o citado el absolvente. Por el contrario, en el caso del juramento, una vez promovido y verificada su legalidad y pertinencia; en la admisión del medio debe fijarse un acto para su evacuación y citarse al efecto.

Deben prevalecer los postulados generales de la prueba, ya que pretender que el acto en el que se debe proceder a aceptar, rechazar, referir o cualquier otra conducta procesal referida al juramento decisorio debe necesariamente estar circunscrito a la audiencia o debate oral, implicaría extender innecesariamente el proceso, contrariando así los principios de economía y celeridad procesal. Piénsese en un juramento decisorio promovido inmediatamente luego del acto de contestación: ¿qué sentido tendría fijar y realizar una audiencia preliminar, expedir un auto de fijación de hechos y abrir un lapso de promoción y evacuación de pruebas; para luego proceder a una audiencia de juicio, en la cual se evacúe el juramento que absorbe en una manifestación de voluntad los aspectos fácticos controvertidos? Es claro que sería entonces una vía onerosa, lenta e ineficiente de administración de justicia.

Concatenando entonces el medio probatorio con las disposiciones del juicio oral civil, debemos entender que luego del acto de juramento, debe tener aplicación lo previsto en los artículos 875, 876 y 877 del Código de Procedimiento Civil; procediendo el Juez en un tiempo perentorio a dictar el dispositivo del fallo y luego teniendo un lapso de diez (10) días para la publicación *in extenso* de la sentencia.

3.5. Prueba de Experticia

3.5.1. Generalidades

La experticia o peritaje es una prueba nominada y con regulación legal expresa tanto en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. Tal medio probatorio, con las características que la identifican en la actualidad, en esencia existe desde la época del procedimiento extraordinario romano, donde se podían aportar al proceso mediante un dictamen de personas con conocimientos especiales sobre aspectos litigiosos. Dichos peritos podían ser calígrafos, agrimensores, médicos, comadronas, entre otros; pero, al igual que al día de hoy, tales dictámenes no eran necesariamente vinculantes para el magistrado.⁷⁰

La experticia o peritaje es el medio probatorio idóneo para la incorporación al proceso de hechos litigiosos cuya percepción, apreciación, análisis o ponderación requieren conocimientos o habilidades especiales que escapan del saber común, vale decir, es el medio propio para el aporte de máximas de experiencia técnicas al juicio, mediante la labor de auxiliares de justicia conocedores de la materia de que se trate.

Puede afirmarse que es una prueba indirecta en el sentido de que no adquiere o captura la fuente de prueba al proceso, como ocurre, por ejemplo, con el documento o la inspección judicial; sino que analiza e interpreta en forma mediata la fuente de prueba, por sujetos que, en virtud de su capacidad y saber técnico especializado, pueden extraer hipótesis o conclusiones con relevancia a lo debatido en el proceso, las cuales son presentadas a partes y al Juez mediante un dictamen.

Son incontables los aspectos de la realidad que pueden tener incidencia o relevancia jurídico-procesal: fenómenos naturales o científicos, actos o hechos médicos, informáticos, contables, económico-financieros, entre otros; por lo cual el ámbito práctico de la prueba de experticia la convierte en sumamente amplia.

Este medio probatorio comparte una faceta objetiva, ya que la labor de los expertos, así como el informe que rinden, debe seguir criterios de científicidad y precisión. Pero también existe una faceta subjetiva, en lo que respecta a la persona de los peritos, y la

⁷⁰ ABOUHAMAD HOBAICA, CHIBLY. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano III. Tomo III. Derecho Sucesorio y Protección de los Derechos. Editorial Sucre. Caracas. Venezuela. 1973, pág. 317.

función que los mismos cumplen como auxiliares de justicia, debe atenerse a criterios de independencia, autonomía e imparcialidad. En tal virtud, las reglas legales que rigen la prueba prevén formas de sustitución de expertos, así como tienen incidencia en este medio probatorio las instituciones de la inhibición y recusación.

En el entorno del procedimiento oral civil, y para armonizarse con los principios y propósitos que lo rigen, la normas regulatorias de la experticia previstas en el derecho procesal común en algunos casos ameritan cierta interpretación integradora con las de dicho procedimiento; según se detalla en este capítulo.

3.5.2. Promoción de la Prueba de Experticia

La oportunidad de promoción por las partes de la prueba de experticia es el lapso de promoción de pruebas que estatuye el tercer párrafo del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, ya que ni en la normas generales que rigen tal medio de prueba, ni en las reglas del procedimiento oral existe una oportunidad diferenciada para requerir este medio probatorio.

En virtud de la amplitud de aspectos que puede abarcar la prueba, es difícil acudir a generalizaciones en cuanto a la técnica de promoción de la prueba, pero son constantes y se extraen de los artículos 1.422 del Código Civil y 451 del Código de Procedimiento Civil: (i) la indicación del objeto de la prueba, de modo que el contendor y el órgano jurisdiccional puedan estimar la pertinencia y legalidad de la prueba; (ii) debe referirse a una comprobación o apreciación que requiera conocimientos especiales; (iii) que se indique con claridad y precisión los puntos de hecho sobre los que se pretenda la experticia.

En relación a dicho requerimiento, debe aclararse que lo requerido al promovente es identificar los puntos de hecho, sin extenderse la exigencia a la forma en realizarse la experticia, métodos o criterios; ya que eso corresponde ser determinado por los expertos.

Es importante acotar además que al referirse a puntos de hecho, se excluye expresamente una experticia tendiente a la determinación o establecimiento de criterios jurídicos o derecho aplicable. Conviene recordar que en seguimiento del principio *iura novit curia* es de la incumbencia del Juez la determinación de la *quaestio iuris* y

consecuente aplicación del derecho. Por razones primordialmente pragmáticas pudiere admitirse la experticia sobre el derecho extranjero, ya que si bien el mismo conceptualmente se encuentra bajo la sombrilla del referido *principio iura novit curia*, la realidad es que la correcta aplicación del mismo en muchos casos realmente excede de las capacidades y conocimiento del Juez venezolano. En reconocimiento de ello, el artículo 60 de la Ley de Derecho Internacional Privado, establece que el derecho foráneo debe aplicarse aún de oficio, pero que las partes pueden coadyuvar en la aportación de la información sobre el mismo⁷¹.

3.5.3. Evacuación de la Experticia

La práctica de esta prueba es compleja en el sentido de que la misma requiere la celebración de varios actos procesales, y la misma puede tener varias ramificaciones.

Luego del análisis de la legalidad y la pertinencia en concreto de la prueba que debe efectuar el órgano jurisdiccional en la oportunidad de admisión de pruebas, prevista para el procedimiento oral en el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil; la citada norma establece que se debe abrir un plazo de evacuación, atendiendo a la complejidad de la prueba, y expresando que tal lapso de evacuación no puede ser mayor al que se concede en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, en el procedimiento ordinario, vale decir, treinta (30) días.

Conforme al artículo 452 *eiusdem*, el acto de nombramiento de los expertos se realiza al segundo (2º) día siguiente a la prueba. Siendo el tercer experto nombrado por el Tribunal. Dicho acto se realiza frente al Juez, por lo que se da cumplimiento al criterio de inmediación que propugna el procedimiento oral.

Luego de ello, señala el artículo 458 del mismo Código que el nombramiento de expertos por las partes, deben comparecer a su juramentación en el tercer (3º) día siguiente; mientras que en el caso del experto designado por el tribunal el mismo debe comparecer a su juramentación en el tercer (3º) día posterior a su notificación, según señala el artículo 459. Prosigue el artículo 460 señalando que en el acto de juramentación, el Juez consultará

⁷¹ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley de Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial N° 36.511 del 6 de agosto de 1998.

a los expertos en relación al tiempo que necesitarán para la realización de la prueba, en el entendido de que tal plazo no podrá exceder de treinta (30) días.

Para integrar dicha norma contenida en el derecho procesal común, con lo señalado en el tercer párrafo del artículo 868 del mismo Código, antes señalado; debemos entender que, para dar cumplimiento al plazo máximo de evacuación que puede otorgarse en el procedimiento oral, en atención a los principios de brevedad y concentración que propugna la norma contenida en el artículo 860, el lapso ofrecido a los expertos para la práctica de la experticia en el mejor de los casos podrá ser de veinticinco (25) días, incluido dentro de ese tiempo el lapso de prórroga al que aduce el artículo 461 *eiusdem*.

Los expertos deben comunicar en el expediente, con al menos veinticuatro (24) horas de antelación, la oportunidad en que se dará inicio a las diligencias del peritaje, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 466 del mismo Código. El *ethos* de dicha norma es claramente permitir a las partes estar presentes en la realización de la prueba, teniendo estos además la potestad de efectuar las observaciones que consideren pertinentes a los expertos, según faculta el artículo 463. Igualmente, las observaciones escritas que hagan las partes deben ser ponderadas por los expertos e incluidas en el dictamen, según señala el artículo 464 *eiusdem*.

El dictamen de los expertos debe ser consignado por escrito ante el tribunal dentro del plazo de evacuación otorgado. Una particularidad de la evacuación de este medio probatorio en el procedimiento oral viene a ser el requerimiento legal, previsto en el artículo 862 de que los peritos rindan sus conclusiones en forma oral en la audiencia de juicio, como requisito de eficacia de la prueba.

Surge la interrogante de si, en el caso de que se trate de una experticia realizada por tres (3) expertos, será necesaria la comparecencia y deposición de cada uno de ellos. Consideramos que en la experticia donde las conclusiones del dictamen son unánimes sería un excesivo formalismo y rigurosidad la comparecencia de cada uno de ellos; pero en aquellos casos en donde se produzca alguna opinión disidente, en los términos previstos en el artículo 1.425 del Código Civil, será necesaria también la comparecencia y declaración del experto en opinión contraria a la mayoría.

Durante la audiencia, luego de ser oída la exposición de los expertos, las partes tienen derecho a la formulación de observaciones, según lo consagrado por los artículos 862 y 873 del Código de Procedimiento Civil.

3.5.4. Contradicción e Impugnación de la Prueba de Experticia

Aunado a la posibilidad de objetar el dictamen y/o las exposiciones de los expertos en la audiencia, son aplicables en el procedimiento oral todos los derechos y mecanismos procesales previstos en el ordenamiento legal para el correcto desarrollo de la prueba.

En primer lugar, existe el derecho para la parte de objetar el experto nombrado por su contendor cuando considere que no reúne las capacidades y acreditaciones necesarias para asumir el rol, según dispone el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, conforme a dicho artículo existe la posibilidad para que las partes, de común acuerdo, declinen al experto nombrado por el Tribunal.

Las partes tienen derecho a recusar al experto designado por la otra parte o por el Juez, siempre que se aduzca alguna de las causas taxativas previstas en el artículo 82 del Código adjetivo, conforme a las reglas procedimentales previstas:

- (i) De la incidencia conoce el Juez conforme a lo previsto en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷², en concordancia con el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.
- (ii) No está claramente señalada en la legislación la oportunidad en la que debe ejercerse la recusación de los funcionarios distintos a jueces y secretarios, entre los que se encuentran los peritos. Sin embargo, concurrimos con RENGEL RÖMBERG⁷³ que el plazo será del de tres (3) días siguientes a la

⁷² REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley Orgánica del Poder Judicial. Gaceta Oficial N° 5.262 Extraordinario, del 11 de septiembre de 1998.

⁷³ RENGEL RÖMBERG, ARÍSTIDES. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Según el Nuevo Código de 1987”. Tomo I “Teoría General del Proceso”. Sexta Edición. Editorial Arte. 1997. Caracas. Venezuela. Pág. 422: “...los asociados, jueces comisionados, asesores, peritos, prácticos, intérpretes y demás funcionarios ocasionales, pueden ser recusados en los tres días siguientes a su nombramiento...(omissis)...peritos intérpretes, etc., no entran a ejercer sus funciones sino desde la aceptación y juramentación, y pueden excusarse. Por tanto, es lógico que sea a partir de su aceptación que pueda proponerse la recusación...”

juramentación del experto, en una aplicación analógica e integradora de las normas contenidas en el segundo párrafo del artículo 90 y artículo 458 del Código de Procedimiento Civil, ya que, antes de tal juramentación, el experto nombrado pudiere rechazar el nombramiento y/o está obligado inhibirse.

- (iii) El procedimiento es el previsto en el cuarto párrafo del artículo 90 *eiusdem*, vale decir, un plazo de tres (3) días para formular alegatos, con la posibilidad de apertura de una articulación probatoria de ocho (8) días si alguna de las partes lo requiere, y decisión dentro de los tres (3) días siguientes.
- (iv) Si la recusación es declarada con lugar, el Juez fijará oportunidad para nombramiento de nuevo experto, conforme apunta la parte final del referido artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Por el contrario, de ser declarada sin lugar, se efectuará un nuevo señalamiento de plazo para la evacuación de la experticia, siguiendo lo expresado en el artículo 470 del Código.

Las partes pueden solicitar aclaratoria o ampliación del dictamen presentado por los expertos, conforme a lo prevé la norma del 468 del Código de Procedimiento Civil, el día de presentación del dictamen o dentro de los tres (3) siguientes. La decisión del Juez acordando o denegando la petición no tiene recurso de apelación. Opinamos que este mismo plazo es el que por analogía debe aplicarse para cuando se ejerce la impugnación de la experticia, con la diferencia de que en tales circunstancias el Tribunal debe necesariamente acordar la petición de sustanciar la impugnación.

Para CABRERA ROMERO la sustanciación de la impugnación de la experticia debe encauzarse por vía de analogía conforme a la previsión del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, norma que trata sobre la objeción que se haga del justiprecio en la ejecución forzosa de la sentencia⁷⁴. Disentimos de tal opinión, ya que los supuestos entre

⁷⁴ CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. “Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre”. Editorial Jurídica Alva. Primera Edición. Tomo II. 1989. Caracas. Venezuela. Pág. 38.

uno y otro aspecto son bastante disímiles; además de existir en la legislación una norma rectora y genérica para las incidencias en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

En lo que respecta a los motivos de impugnación, creemos que los mismos son limitados, ya que la ausencia de las habilidades o aptitudes de los peritos deben ser atacadas en el acto de nombramiento conforme al artículo 453 *eiusdem*; mientras que las causas que pongan en entredicho la independencia, autonomía y/o objetividad del mismo, se controlan mediante la institución de la recusación.

Sin embargo pueden darse motivos distintos de impugnación, entre ellas: (i) la ausencia de científicidad de la experticia; (ii) el empleo de técnicas o métodos inadecuados u obsoletos; (iii) la elaboración de premisas erróneas para la práctica de la prueba; o (iv) el uso incorrecto o destrucción innecesaria de las cosas sometidas al peritaje.

Como efecto de la impugnación encontrada pertinente por el órgano jurisdiccional, pudiere éste restarle toda eficacia probatoria en la sentencia de fondo, o bien hacer uso de la potestad inquisitiva prevista en el artículo 1.426 del Código Civil, y ordenar de oficio una nueva experticia, tanto en sustitución, como en complemento de la anterior.

Cabe preguntarse qué ocurre si por efecto del trámite de la recusación, o de la impugnación se extiende el proceso al punto que choca con la oportunidad legal para la fijación de la audiencia o debate oral, tomando en consideración que la misma debe ser fijada dentro de los treinta (30) días siguientes a la finalización del lapso de evacuación de pruebas. Consideramos que en la mayoría de los casos, tratándose de incidencias de corta duración debería existir tiempo suficiente para la resolución de las mismas dentro del plazo legal para la fijación del acto oral. El problema se presenta si las mismas no son decididas dentro de los plazos de ley, en cuyo caso consideramos que no puede procederse a la celebración de la audiencia hasta tanto la incidencia se cierre mediante la decisión correspondiente.

En todo caso, pareciere que si en virtud de alguna de estas vicisitudes, no estuviere finalizada la evacuación de la prueba llegado el momento de la celebración de la audiencia de juicio, está debiere posponerse, hasta tanto se resuelva la complicación surgida. En tales casos, se ven en pugna el principio de celeridad procesal y el derecho a probar, el cual es una manifestación del constitucional derecho a la defensa; por lo cual opinamos que debe prevalecer este último. Suscribimos al respecto las palabras de MARTIN TORTABÚ:

...Una de las dificultades que se presentan en los procesos estructurados bajo el dominio de la oralidad, como forma de expresión de los actos que se suceden en el proceso, es la restricción del derecho a las partes a contradecir y controlar los medios de prueba. En su práctica probatoria, los jueces han tenido que recurrir al procedimiento ordinario escrito que contempla el Código de Procedimiento Civil, generando incertidumbre a las partes en el momento de contradecir o controlar los medios de prueba, creándose una expectativa de la comunidad jurídica, que depende de los criterios individuales de los jueces y, hasta del propio Tribunal Supremo de Justicia, circunstancia que obedece a la falta de coherencia de la gerencia judicial.

Por ello el sistema procesal, que se disponga en el ordenamiento jurídico debe fijar con cuidado el recorrido probatorio sin indefensión, y así se garantiza la seguridad jurídica a los litigantes. El trámite probatorio puede llegar a producir “retardos” en el proceso, principalmente cuando se generan los distintos medios de ataque de tales instrumentos protáticos (rectius: probáticos); aquí debemos ser enfáticos al señalar que la oralidad no implica rapidez en el proceso. Cuando nos referimos a un proceso basado en la oralidad, se conjugan varios elementos dirigidos a procurar la eficacia de la tutela judicial, y no se impone la rapidez del proceso, frente a otros estamentos que la superan, como por ejemplo el derecho a la defensa y a un debido proceso...⁷⁵

3.5.5. Valoración de la Experticia

La experticia es un medio probatorio cuya valoración se encuentra enmarcada en la regla general de la sana crítica prevista en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil; pero existiendo adicionalmente una concreción de dicho postulado en el artículo

⁷⁵ MARTIN TORTABÚ, MIGUEL ÁNGEL. “La Oralidad en el Proceso Civil”. Tomos I. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). 2016. Caracas. Venezuela. Págs. 377 y 378.

1.427 del Código Civil, al señalar que los jueces no están obligados a seguir lo dispuesto en el dictamen si su convicción de opone a ello.

Se observa que la labor de juzgamiento es soberanía del juez, por lo cual, a falta de una tasación legal de la prueba, el órgano jurisdiccional debe ponderarla conforme a su mejor saber y entender, pero tomando en consideración criterios racionales, lógicos y causalistas; por lo cual el poder apartarse de las máximas de experiencia técnicas provistas por los expertos el dictamen, solo debe ocurrir con razones y fundamentos que rebatan de forma motivada y concordante el dictamen. No es justificable, y está sometido al control de la actividad jurisdiccional mediante el recurso ordinario de apelación, e inclusive por la casación, la labor de juzgamiento en el que la experticia sea desestimada en forma inmotivada, o por razones no basadas en científicidad.

3.5.6. Testigo Experto

Dicha prueba es una mixtura entre la prueba testimonial y la prueba de experticia. Comparte con la primera de ellas las reglas exteriores o formales para su práctica, pero no pretende traer al proceso de hechos litigiosos, sino que pretende aportar al Juzgador máximas de experiencia técnicas a través de la deposición de un un sujeto que no ha tenido la aprehensión o percepción inmediata del hecho litigioso.

La referida prueba tuvo en nuestro ordenamiento jurídico carácter de prueba legal, en virtud de su incorporación en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del año 1993⁷⁶. Sin embargo, en las leyes posteriores que regularon la materia, lamentablemente se omitió la figura. En todo caso, dicha probanza puede ser empleada en juicio en virtud de la libertad de medios de prueba actualmente imperante en nuestro sistema procesal.

Dicha probanza, a pesar de compartir algunas características esenciales con la experticia o peritaje, en algunos casos ofrece las ventajas de ser una prueba más ágil, en el

⁷⁶ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial N° 4.636 del 30 de septiembre de 1993. *Artículo 145: La comisión del delito y la culpabilidad del sujeto quedarán establecidas o comprobadas mediante los hechos de pruebas siguientes:...(omissis)...4. Declaración de peritos, expertos o facultativos, apreciándose el testimonio de éstos como testigos calificados.*

entendido de que requiere menos actos procesales para su evacuación, y permite aportar las máximas de experiencia en aquellos casos que no se hace necesario algún tipo de experimentación u observación de objetos o fenómenos tangibles. Más aún, el aporte al proceso se realiza en forma oral y presencial por el perito, lo cual puede ser un efecto de inmediación sumamente deseable en los procedimientos. Creemos que por tales razones la prueba ha tenido una favorable recepción en el derecho procesal venezolano.

Ahora bien, se hace necesario ponderar si dentro de la óptica del proceso oral civil, donde como hemos visto, es requisito esencial de eficacia para la experticia la deposición de los expertos en el debate oral, a tenor de la norma contenida en el artículo 862 del Código de Procedimiento Civil, cuál vendría a ser la relación entre ambas pruebas; vale decir, entre la experticia tradicional y el testigo experto.

En efecto, una posición viene a ser que, al existir una obligatoria deposición oral sobre el dictamen en este procedimiento, la prueba de peritaje arroja la del testigo experto, y por tanto, se hace innecesaria y/o ilegal. Objetamos tal premisa en el entendido de que el ámbito de los dos medios probatorios puede ser distinto y perfectamente coexistir. Si bien la experticia implica un desarrollo de una actividad material de la cual se desprenden unas determinadas conclusiones; el testigo experto puede aportar opiniones calificadas sobre la existencia, probabilidades o verisimilitud de hechos litigiosos, lo cual también puede ser de utilidad a la labor de juzgamiento.

Los medios de prueba libres encuentran su límite en el hecho de que por medio de los mismos no se vulnere la regulación, requerimientos y garantías establecidos para las pruebas legales, y en este caso, no pareciera existir tal vulneración. Así también, siendo que la prueba de experticia no está sometida a tarifa legal, y el Juez puede separarse motivadamente del dictamen de los expertos; mientras más conocimientos técnicos puedan ser aportados, más informada puede ser la función de decidir la causa.

3.6. Inspección Judicial

3.6.1. Generalidades

Dicho medio probatorio tiene consagrada regulación en el Código Civil, en sus artículos 1.428, 1.429 y 1.430; así como en los artículos 472 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. El mismo supone la percepción por el Juez a través de sus sentidos de determinados hechos. Si bien la regulación del Código Civil se refiere a este medio probatorio como “*inspección ocular*”, es común y uniformemente entendido en la actualidad que la prueba puede versar sobre constataciones realizadas con los restantes sentidos: olfato, tacto, oído o gusto, siempre que no impliquen conocimientos especiales, lo cual incumbe al ámbito de la prueba pericial.

Es importante acotar que si bien la letra del artículo 1.428 del Código Civil parece entrever que una suerte de sucedaneidad o residualidad para este medio probatorio, al señalar que a través del mismo se dejará constancia de lugares o cosas “*...que no se pueda o no sea fácil acreditar de otra manera...*”, al concatenar con las normas establecidas por el Código de Procedimiento Civil, cabe concluir que la misma es una prueba principal y que no depende de la factibilidad de otras probanzas. En efecto, el sistema probatorio establecido en nuestra legislación procesal actual en modo alguno supone en forma general una prelación de algunos medios probatorios sobre otros.

Podemos afirmar también que en el contexto del procedimiento oral la “*principalidad*” de esta prueba es evidente, ya que la misma realza el principio de inmediación al que propende el artículo 860 del Código de Procedimiento Civil.

La inspección puede recaer sobre personas, cosas, lugares o documentos. Conforme a la naturaleza de esta prueba, usualmente suele implicar que ésta amerita su realización fuera de la sede del tribunal. Por tal razón el legislador la ha incluido -conjuntamente con la experticia- en un grupo de pruebas cuya evacuación rompe con el principio general postulado para el procedimiento oral de que las pruebas se evacúan en la audiencia de juicio. En efecto, se ha otorgado una oportunidad diferenciada y previa al debate oral, sobre lo que se abunda más adelante en esta investigación.

3.6.2. Promoción de la Inspección Judicial

La oportunidad común para la promoción de este medio probatorio será la establecida en el tercer párrafo del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, vale decir, luego de haberse celebrado la audiencia preliminar y que el órgano jurisdiccional haya dado apertura al lapso de promoción mediante el auto de fijación de los hechos.

Sin embargo, no es esta la única oportunidad procesal en la que puede solicitarse la prueba; ya que, por ejemplo, las partes pueden conjuntamente solicitar su evacuación conforme a la potestad prevista en el artículo 396 del referido Código.

De mayor relevancia aún, el artículo 472 dispone que el Juez acordará la inspección “...a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno...”, por lo que de la letra de la ley pueden deducirse dos postulados: (i) que la inspección puede acordarse de oficio, siendo entonces una de las iniciativas probatorias del órgano jurisdiccional; (ii) que éste puede ordenarla cuando lo considere pertinente, por lo que no está constreñido a una oportunidad específica para su realización.

De este último postulado se deriva que cualquiera de la partes podrá promover la inspección fuera del lapso ordinario establecido para la promoción de pruebas, y si el Juez la considera oportuna se realizará. Ello tiene particular importancia en supuestos donde los hechos y/o circunstancias a probar son sensibles al tiempo, o susceptibles de desaparecer. Recordemos que esta es la justificación que subyace tanto en la inspección *extralitem* (artículo 1.429 del Código Civil), como en el proceso de retardo judicial (813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil); por lo que con mayor razón en un proceso donde se debate una pretensión de fondo, debe darse cierta flexibilidad para la incorporación de pruebas en forma anticipada, especialmente cuando exista el riesgo que el hecho a probar no pueda incorporarse al proceso en una oportunidad procesal futura.

En el caso de la inspección *extralitem* que puede efectuarse conforme al artículo 1.429 del Código Civil, en concordancia con los artículos 936 y 938 del Código de Procedimiento Civil y/o 75 de la Ley de Registros y del Notariado, consideramos que las mismas tendrán las mismas reglas de incorporación al proceso oral que corresponden a la prueba instrumental, antes estudiadas, con las salvedades en relación a valoración de la prueba que se identifican en el punto 4.6.4. de esta investigación.

3.6.3. Evacuación de la Inspección Judicial

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la oportunidad habitual para la práctica de la inspección se deriva de lo estatuido en el tercer párrafo del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, en el auto de admisión de las pruebas el Juez fijará un lapso de evacuación, cuya extensión no puede exceder al previsto para tal fin en el procedimiento ordinario, vale decir, en el procedimiento oral, lo determina el Juez, pero sin sobrepasar treinta (30) días de despacho. Dentro de dicho plazo se debe proceder a la realización de la prueba; a tal fin, lo común es que en el propio auto de admisión de pruebas se establezca la oportunidad concreta en la que se celebrará el acto.

Son aplicables en el proceso oral las disposiciones generales establecidas en los artículos 473 al 476 del mismo Código, incluyendo la potestad para el Juez de designar prácticos a los efectos de coadyuvar en la aprehensión por parte de aquél de la prueba pretendida. Surge la interrogante de si estos prácticos deberán comparecer luego en la audiencia de juicio -como ocurre con los expertos- según expresa el artículo 862 *eiusdem*, so pena de que la prueba carezca de eficacia.

Somos de la opinión de que tal comparecencia de los prácticos al debate oral no es necesaria, o al menos la falta de ella no vicia y/o limita el valor probatorio de la inspección. En primer lugar, consideramos que dicha norma no es susceptible de interpretación extensiva o analógica, ya que la gravedad de la consecuencia jurídica que la misma impone, verbigracia, la desestimación de la prueba de experticia por la incomparecencia de los expertos a rendir sus conclusiones en la audiencia, implica que si el legislador hubiere deseado atribuir el mismo efecto en materia de inspección, expresamente así lo hubiere reseñado.

Por otra parte, las figuras del experto y del práctico no son asimilables. El experto es quien ofrece las máximas de experiencia técnicas sobre las que se basa la credibilidad de la prueba pericial, vale decir, que dicha probanza orbita sobre el experto. No ocurre lo mismo con el práctico de la inspección, quien es un sujeto auxiliar y cuya participación es discrecional del Juez en la inspección. Es éste último quien es el verdadero vehículo de la

prueba. El práctico puede ayudar a formar la percepción del Juez, más su opinión no es el núcleo de la probanza.

Por tales razones, no puede constituir un aspecto obligatorio de la prueba de inspección, o que condicione su eficacia en el procedimiento oral, el que los prácticos rindan declaración en el debate oral.

Otro aspecto de importante análisis en relación a la evacuación de la inspección lo constituyen los límites a la potestad del órgano jurisdiccional de otorgar comisión a otro juzgado a tales fines. Como hemos señalado previamente, en virtud del principio de inmediación que insufla al procedimiento oral, es el desiderátum de que el Juez llamado a decidir sea el que dirija y presencie todos los actos procesales de dicho juicio. Si bien en el caso de la prueba de inspección, no existe una disposición expresa que proscriba la evacuación de la inspección mediante comisionados, como si ocurre en materia de testigos y posiciones juradas; si tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Procedimiento Civil, en relación a que la ejecución de las pruebas que deban efectuarse fuera de la audiencia de juicio se deben realizar bajo la dirección del Juez de la causa, salvo aquellas en las “...que sea necesario comisionar a la autoridad judicial de otra circunscripción territorial...”.

Se observa entonces que la comisión se emplea en forma excepcional para aquellas inspecciones que deban celebrarse sobre bienes ubicados fuera del ámbito de competencia territorial del tribunal; o en el caso de inspección de personas domiciliadas fuera de ésta.

Una vez practicada la inspección, será en la audiencia oral donde se producirá la contradicción de la misma, en los términos previstos en los artículos 872 y 873 del Código de Procedimiento Civil.

3.6.4. Valoración de la Inspección Judicial

La prueba de inspección judicial tiene como regla general de valoración la sana crítica, conforme la consagra el 507 del Código adjetivo, al no ser un medio probatorio adscrito a la tarifa legal. Ahora bien, en el caso especial de la inspección sobre la persona humana, o concretamente la negativa de la persona a autorizar o colaborar con dicha

inspección, tendrá aplicación lo previsto en la parte final del artículo 505 *eiusdem*, pudiendo entonces el Juez tomar del hecho las presunciones *hominis* que considere pertinentes.

En la valoración de las inspecciones *extralitem* corresponde acotar que dicha probanza, creada en forma previa o fuera del proceso, si no ha tenido una ratificación por medio de la celebración de una inspección judicial propiamente dicha, solo tendrán valor indiciario en los términos previstos en el artículo 510 del Código.

3.7. Prueba de Informes

3.7.1. Generalidades

La prueba de informes constituye una de las adiciones del Código de Procedimiento Civil vigente desde el año 1987 a los medios de prueba nominados, y se encuentra consagrada en el artículo 433 del mismo.

La inclusión de tal norma en la legislación venezolana, que consagra la posibilidad de obtener colaboración de entes morales a los fines de introducir en el proceso la información contenida en documentos y afines que los mismos detenten, o bien adquirir para el proceso copia de los mismos, tiene sus orígenes y fundamento en el ordenamiento jurídico de foráneo, particularmente la República Argentina donde –según señala SENTIS MELENDO⁷⁷– tuvo su inclusión en el artículo 204 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe en el año 1940, el cual habilitó el requerimiento por parte del órgano jurisdiccional de informes, certificados copias o antecedentes relativos a los hechos litigiosos.

La noción de tal medio de prueba, por su indubitable utilidad práctica, fue posteriormente acogido en la legislación de otros países latinoamericanos, e inclusive en el derecho continental europeo, donde si bien la posibilidad de solicitar documentos e información a la administración pública existía con anterioridad, la noción más amplia de la prueba de informes ha hecho su aparición inspirada en las tendencias legislativas de

⁷⁷ SENTIS MELENDO, SANTIAGO. “El Proceso Civil”. EJE. Buenos Aires. Argentina. 1957, pág 552.

Latinoamérica, y como ejemplo de ello cabe referir que en España e Italia, dentro de los procesos laborales, ha sido admitida la prueba a personas jurídicas privadas distintas a las partes en el proceso.

En lo que respecta al derecho nacional, si bien la prueba de informes era conocida conforme a las corrientes doctrinarias y legislativas de otros países, su recepción en Venezuela presentaba el grave escollo de que durante el imperio del Código de Procedimiento Civil de 1916, los medios de prueba admisibles en juicio eran únicamente aquellos expresamente nominados en la ley, por lo cual la aplicación de la prueba de informes estaba condicionada a la consagración legislativa de libertad de medios de prueba. Sin embargo, debemos acotar que ya para el año de 1977, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, una institución similar fue instaurada en su artículo 91, para la solicitud de documentos e información contenida en los archivos de la administración pública relevantes a los efectos de los procesos seguidos en sede contencioso administrativa, complementado tal medio probatorio con la potestad genérica de solicitar información que prescribió el artículo 129 *eiusdem*.

En los procedimientos administrativos propiamente dichos, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁷⁸ promulgada en 1981, a su vez instauró la posibilidad al órgano administrativo, a instancia de parte o de oficio, de requerir informes a otros entes públicos según se desprende de sus artículos 54 al 57; así también el artículo 191 del Código Civil, producto de la reforma legislativa efectuada a dicho instrumento normativo en el año 1982, habilitó la posibilidad al Juez de solicitar informaciones, aunque restringida al ámbito especial de los procedimientos de divorcio y la separación de cuerpos.

Con ocasión de la reforma cuyo resultado fue el Código de Procedimiento Civil vigente, se instituyó en forma expresa la prueba de informes, según se expresa en la propia Exposición de Motivos motivado en un interés de ampliar los modos de dar entrada en el proceso a la prueba documental. Habiendo obtenido admisión legislativa, la prueba ha sido ampliamente empleada tanto en el procedimiento civil, migrando en virtud del principio de

⁷⁸ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria, del 1° de julio de 1981.

libertad de medios de prueba inclusive a los procesos de en materia de familia, contenciosos administrativos y tributarios, así como los de índole laboral, donde la misma ha sido recogida expresamente en el artículo 81 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

La prueba en cuestión tiene como característica esencial que pretende que un ente moral, de carácter público o privado, a requerimiento del órgano jurisdiccional y por petición de la parte, promovida en los plazos y regulaciones de la ley procesal, investigue sobre hechos litigiosos determinados sobre los cuales puede haber información en sus archivos, y sobre los cuales dará respuesta por escrito al órgano jurisdiccional. Así también, el propósito de este medio probatorio en algunos casos puede únicamente consistir en el envío de copia de los documentos que sean requeridos. En la primera de las opciones podemos referirnos a informes propios, e impropios en cuanto a la simple solicitud de documentos.

La prueba tiene un marcado interés práctico ya que por intermedio de ella pueden ser demostrados en el proceso hechos litigiosos contenidos en documentos de difícil o imposible obtención para las partes por otros medios, particularmente en aquellos casos donde la información está en manos de terceros ajenos a la relación jurídico-procesal.

El fundamento de la posibilidad de que los terceros colaboren en la obtención de la prueba judicial radica en el deber genérico que tienen todos los sujetos en la administración de justicia y del sometimiento a las órdenes dictadas por el Poder Judicial en la esfera de su competencia.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica debemos asentar enfáticamente que la prueba de informes en el derecho venezolano no es un testimonio de la persona jurídica, como ha sido expresado por autores como ALSINA⁷⁹, y en el contexto nacional por HENRÍQUEZ LA ROCHE⁸⁰. Así tampoco el objeto de la prueba es la obtención de

⁷⁹ ALSINA, HUGO. Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial. 2º Edición. Buenos Aires. 1961. Tomo III. Págs. 408 y ss.

⁸⁰ HENRÍQUEZ LA ROCHE, RICARDO. Código de Procedimiento Civil. Caracas. 1996. Tomo III. Pág. 321.

“constataciones sobre los hechos controvertidos y emisión de opiniones que requieren cierto grado de conocimiento especializado sobre los mismos”⁸¹.

La prueba de informes implica un medio de obtención de datos contenidos en soportes escritos (a lo que conforme a las nuevas tecnologías debemos incluir la información contenida en cualquier soporte que la haga susceptible de ser inteligible y trasladable), en donde el informe dictado es un mero vehículo para que sea adquirida en el proceso esa información. Por tanto la prueba en cuestión es esencialmente objetiva, quedando excluida de su ámbito toda opinión, manifestación de voluntad y especulación.

En lo que concierne al sujeto al cual puede ser requerida la prueba de informes, cabe acotar que la misma es en esencia un medio probatorio para la adquisición de información documental en poder de terceros, como hemos afirmado con anterioridad. No obstante, el encabezado de su norma rectora, el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, expone:

Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal, a solicitud de parte, no requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos.

Con base en esa redacción ha sido interpretado, y se le ha dado cabida en la práctica forense, a la proposición de prueba de informes frente al antagonista (parte) en el proceso. Al respecto, corresponde señalar que del análisis de la legislación comparada donde se ha admitido la prueba de informes no incluye la mención que habilite requerir informes a las partes.

Es justificado entonces indagar cuál es el sentido y propósito de la redacción del texto legal venezolano. Una interesante interpretación es el criterio sentado por el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo y Estabilidad Laboral de la (entonces) Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en decisión dictada el 3 de julio de 1992, y que expresa:

⁸¹ SANTANA MUJICA, MIGUEL. Pruebas. Caracas. 1981. pág. 126.

...observa el sentenciador que cuando el legislador previó la creación de la prueba de informes en nuestro Código Procedimental, tuvo la particular intención de limitarla únicamente a las oficinas o instituciones, etc. que no fueran partes dentro del procedimiento, tal y como lo afirma la demandada, toda vez que sólo aquellos terceros que tengan en su poder algún elemento probatorio que interese para dilucidar el asunto o la controversia judicial, a quienes puede exigírsele esa prueba de informes, puesto que contra la demandada existe la prueba de posiciones juradas y la de exhibición. Admitir la tesis contraria sería desvirtuar los límites específicos de cada una de las formas de prueba prevista en nuestro ordenamiento jurídico y confundirlas de tal manera que se propendería a establecer un desequilibrio tal que no garantiza la certeza, la seguridad y la uniformidad que debe prevalecer para la correcta promoción y evacuación de cada uno de los medios probatorios que nos dispensan nuestros medios legales.

Cuando en el artículo 433 se determina “aunque estas no sean parte en el juicio”, no está, haciendo otra cosa el legislador que facilitar toda forma de prueba que pueda interesar al Juez para formarse una correcta, justa y real convicción de los hechos sobre los cuales debe pronunciarse, pero eso no implica que, sin deslindar el alcance de cada medio probatorio, debe admitir todo cuanto con esa pretensión promuevan las partes...”⁸²

Es válido asumir que la expresión usada en la ley “...aunque éstas no sean parte en el juicio...”, más que consagrar la prueba de informes requerida a la parte tiende a reafirmar y acentuar la obligación para el tercero de suministrar la información. Concordamos con el fallo antes transcrito en que existen diversos medios probatorios que permiten la obtención de información de hechos controvertidos y de documentos que son oponibles específicamente contra el adversario, y por tanto el propósito de la prueba de informes no es primordialmente el ser un medio probatorio dirigido contra el litigante; de ello deriva que la incorrecta promoción de la prueba de informes frente a la parte, pretendiendo evitar los requisitos y aspectos procedimentales propios de otros medios legales de prueba, puede causar la ilegalidad de los informes promovidos, tal y como se señalará más adelante con ocasión a las causas de inadmisibilidad.

De necesaria mención es que en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se establece la prueba de informes en términos muy similares a la norma establecida en la ley procesal

⁸² Sentencia dictada por el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de fecha 3 de julio de 1992. Caso Nelson Edgardo Ortiz contra Procter & Gamble de Venezuela C.A., consultada en PIERRE TAPIA, Oscar. Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia. Año 1992. Tomo 7. pág. 348.

civil, pero con la diferencia de que los informes son necesariamente requeridos a terceros, al proponer:

Artículo 81. Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, que no sean parte en el proceso el Tribunal, a solicitud de parte, requerirá de ellos, cualquier informe sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos o copia de los mismos...⁸³

Opinamos, en atención al artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, que dicha la norma vigente en el proceso civil, debe interpretarse en el sentido de que la prueba de informes está dirigida a terceros, ya que es difícil concebir una prueba de informes requerida a la parte, que no invada la naturaleza, ámbito de aplicación y regulación de otras medios probatorios nominados, como son las posiciones juradas y la exhibición de documentos.

3.7.2. Promoción de la Prueba de Informes

En virtud de la naturaleza de este medio probatorio, el cual se forma por la información y/o documentación ofrecida por terceros, formándose la prueba fuera de la sede del tribunal; en el procedimiento oral la misma recae en el grupo de probanzas que deben promoverse en el lapso probatorio que se apertura, a tenor de lo previsto en el tercer párrafo del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, luego de celebrada la audiencia preliminar y el auto de fijación de hechos controvertidos.

Si bien lo pretendido en la prueba de informes es el aporte al proceso de contenido existente en soporte documental, la naturaleza del medio probatorio es distinta, y por tal razón, no se encuentra constreñida a las oportunidades de promoción de instrumentos previstas en los artículos 864 y 865 del Código de Procedimiento Civil, que como previamente se ha analizado, imponen la carga de acompañarlos en el libelo de demanda y contestación.

⁸³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504, del 13 de agosto de 2002.

Aunque la ley no regula en modo específico la promoción de la prueba de informes, la misma debe enmarcarse en unos requisitos mínimos, necesarios y tendientes a su adecuada admisión y evacuación:

Debe identificarse suficientemente el ente moral que se pretende rinda el informe. Si bien en lo que respecta a entidades públicas la identificación del requerido no debe presentar mayores dificultades, en lo que respecta a las personas jurídicas de carácter privado cabe considerar en qué forma debe efectuarse la identificación del informante, es decir: ¿será necesario incluir en la identificación, en el caso de sociedades civiles y mercantiles, los datos de inscripción en la respectiva oficina de registro? En nuestra opinión, la correcta promoción de la prueba no necesariamente significa la inclusión de esos datos, ya que tal interpretación conduciría a la conclusión de que las sociedades de hecho e irregulares, consorcios, juntas de condominio y otros entes sin personalidad jurídica, y que no tienen creación por ante las oficinas de registro quedarían exentas del deber de rendir informes, lo cual contraría la letra de la ley.

Es necesario indicar el domicilio y dirección exacta del informante. En lo que respecta al domicilio, el mismo permite determinar al órgano jurisdiccional si se está en presencia de una prueba a ser evacuada en el extranjero, lo que implica la concesión del término extraordinario o ultramarino de pruebas a que se refiere el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil. En el resto de los casos, la indicación del domicilio es esencial a los efectos de establecer si la prueba ha de evacuarse dentro o fuera de la competencia territorial del tribunal, y si así fuere, el acordar una comisión, que en el caso del procedimiento oral es una prerrogativa que establece el artículo 863 del referido Código.

En cuanto a la dirección del sujeto requerido la misma en determinados casos adquiere una mayor importancia inclusive que el domicilio, por ejemplo cuando los informes son solicitados a instituciones bancarias con gran número de dependencias o agencias en diferentes lugares. Si la prueba es solicitada a una dependencia o agencia determinada, la ubicación de la misma se hace más relevante a los efectos de lo expuesto en el párrafo anterior que el propio domicilio de la persona jurídica.

Deben indicarse con precisión los particulares sobre los que se pretende se rinda el informe, esto es, los hechos litigiosos que se espera obtener información, deben ser solicitados en forma clara, precisa y asertiva, sin admitirse solicitudes pretendiendo probar la inexistencia del documento, ni aquellas condicionales, eventuales, ni pesquisitorias; por las razones que son analizadas *infra*, en el capítulo correspondiente a la admisión a la prueba.

3.7.3. Admisión de la Prueba de Informes

Como toda prueba en el proceso civil venezolano, la de informes puede ser inadmitida por su manifiesta ilegalidad o impertinencia, conforme a la regla general prevista en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil.

Hemos sostenido con anterioridad en el punto 2.1.3. de esta investigación, que aunque en las normas del procedimiento oral no se encuentra expresamente recogida una oportunidad procesal para formular la oposición a las pruebas promovidas por el contrario, ello se encuentra ínsito y deriva de la norma general prevista en el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y en todo caso el juez está obligado de oficio a analizar la legalidad y pertinencia de las pruebas promovidas.

Igualmente conforme al criterio jurisprudencial de la casación venezolana, se amerita la manifestación expresa por parte del promovente del objeto perseguido por la prueba.

Entre los motivos que determinan la inadmisibilidad del medio de prueba bajo estudio en este punto, podemos enunciar:

3.7.3.1. Inadmisibilidad por Causa del Sujeto

Por falta de identificación del sujeto requerido. La necesidad de identificación deriva del propio artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, y es necesaria para la instrumentalización y evacuación de la prueba, por lo cual la ausencia de tal determinación, viola la referida norma, siendo este un caso de ilegalidad del medio probatorio.

Es igualmente inadmisibile la identificación genérica del informante, o pretendiendo que la individualización la realice el Juez. Por ejemplo, es inadmisibile la prueba de

informes que fuere promovida “al principal banco comercial del país”, o “a tres compañías de telefonía”.

Otro supuesto de inadmisibilidad por razones atinentes al sujeto es la prueba sea pretendida sobre una persona natural. Siendo que la prueba de informes inicialmente fue concebida como el testimonio de la persona jurídica, por tales razones el sujeto pasivo de ella fue acogido por ley como instituciones públicas y personas jurídicas privadas.

En la actualidad, habiendo sido escindida la prueba de informes de la testimonial, cabe preguntarse si el hecho de que la prueba de informes esté limitada a personas jurídicas tiene razón de ser. Podemos imaginarnos el caso de una persona natural con un amplio archivo hemerográfico; o bien del comisario o auditor de una sociedad mercantil, lo cuales siendo terceros en la causa podrían poseer documentos relevantes a la misma y evacuar un informe en base a dichos instrumentos, sin que se tratase de un testimonio. Aunque teóricamente tal concepto es plausible, consideramos que la limitación de la prueba de informes a personas jurídicas está justificada en base a la mayor credibilidad que se le atribuye (en principio) a una institución pública, o ente colegiado, que al simple individuo. En efecto, para garantizar mayor certeza y confiabilidad del informe rendido el Juez valora elementos como la seriedad, solidez y antigüedad del ente moral, lo cual es más difícil de lograr con respecto a la persona natural.

3.7.3.2. Inadmisibilidad por Causa del Objeto

Como se ha expresado con anterioridad, la prueba de informes tiene un sustrato objetivo. La fuente de la misma son los documentos, archivos, libros y papeles que posee una institución y en base a estos se efectúa el informe. Cabe preguntarse si es necesaria y cardinal a la técnica de promoción de la prueba la indicación de los documentos, archivos, libros y papeles sobre los que se pretende sea evacuada la prueba. Sobre el particular ha afirmado CABRERA ROMERO:

...el promovente no maneja los documentos, él no está en posesión de ellos, no tiene la posibilidad de examinarlos constantemente; por lo tanto, a algunos elementos de la proposición no se les puede requerir precisión. El proponente tiene que indicar cual hecho quiere probar con la copia o con la información, como acontece con cualquier medio que se ofrece, a fin de que el Juez

califique la pertinencia del medio y que el no promovente pueda utilizar su derecho de allanarse al hecho señalado como su objeto a fin de que no se pruebe, derecho que se lo otorga el artículo 397 CPC; pero a ese objeto tampoco se le puede exigir una total precisión, aunque sin llegar a lo indeterminado; aunque estamos claros que los períodos de lo que se va a examinar, las fechas (si fuere el caso) son en algunos supuestos necesarios, ya que la determinación de esos hechos es lo que permitirá al Juez calificar la manifiesta impertinencia o no del medio...⁸⁴

RENGEL-RÖMBERG expresa:

...la inadmisibilidad de la prueba de informes podría producirse eventualmente si el promovente incurriese en el error de promover como prueba de informe lo que en realidad, por su forma y contenido sea una prueba diferente, testimonial, pericial, inspección judicial etc.) o si no se atiende al objeto propio de la prueba de informes, expresamente contemplado en el artículo 433 del CPC: hechos litigiosos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en Oficinas Públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades Civiles o Mercantiles e instituciones similares, o copia de los mismos...⁸⁵

Por su parte, la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia sostuvo:

...ha sido criterio reiterado de esta sala, que la prueba de informes resulta inadmisibile cuando el promovente no indica que la información solicitada se encuentra en documentos, libros, archivos u otros papeles. Basta citar la sentencia dictada en fecha 13 de junio de 1990, con ponencia del magistrado Luis Enrique Farias Mata, en la cual se expresó que:

“a mayor abundamiento, observa la sala: se desprende del escrito de promoción de pruebas, que la información solicitada por la apoderada del Dr. Oscar García Velutini para que sea requerida de diversos entes, públicos o privados, no se ajusta concretamente a la previsión del artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, porque lo pedido no es requerir de dichos entes ‘informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos’, sino ‘que se solicite información sobre determinados particulares’, enumerando la solicitante un conjunto de hechos de los que

⁸⁴ CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. Algunas Apuntaciones sobre el Artículo 433 del Código de Procedimiento Civil., publicado en Revista de Derecho Probatorio N° 7.. Editorial Jurídica Alva. 1996. Caracas. Venezuela, pág 53.

⁸⁵ RENGEL-ROMBERG, ARÍSTIDES. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo IV. 2° Edición. Caracas. Venezuela. 1999, pág. 488.

seguramente debe tener conocimiento personal el sujeto de quien se requieren los informes, pero no necesariamente han de constar en documento alguno”.⁸⁶

Es indudable que es esencial a la admisibilidad de la prueba de informes la mención expresa por parte del promovente de que la información sea suministrada en base al acervo instrumental que posee el requerido: sus documentos, archivos, libros y otros papeles, según expresa textualmente la ley. El fundamento de ello, más allá de un simple interés en el cumplimiento literal de la norma, deriva del hecho que la mención de que la prueba que se solicita sea obtenida debe provenir de un soporte documental y la formulación del promovente en ese sentido permite evidenciar (tanto para el órgano jurisdiccional como para la parte contraria en juicio) si lo que se pretende es una legítima prueba de informes; o por el contrario una mixtura de medios de prueba contraria al espíritu, propósito y razón del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, o inclusive un solapado intento de evacuar o bien una testimonial, si se trata de informes a un tercero; o tal vez provocar una confesión, si el informe es exigido a la parte. En tales casos, al no cumplirse con los requisitos intrínsecos e extrínsecos establecidos por la legislación que caracterizan esos medios de prueba nominados, la prueba es inadmisibile.

Ahora bien, con respecto a la interrogante de si la promoción de la prueba de informes requiere la identificación pormenorizada por el promovente de los instrumentos sobre los cuales la misma debe recaer, concurrimos en que se debe otorgar cierta flexibilidad, por cuanto es lógico asumir que la parte no ha estado en contacto (al menos permanente) con los documentos de los que derivan los datos pertinentes al proceso, así como tampoco maneja los métodos empleados por el tercero en el archivo de su información.

La situación de inadmisibilidad igualmente se produce cuando la fórmula por medio de la cual se requiere la información es irregular. Como apuntamos con anterioridad, el informe debe ser pedido de forma clara, precisa y positiva, ya que la labor que efectúa la institución es objetiva y se limita a la información contenida en sus instrumentos.

⁸⁶ Sentencia CSJ-SPA de fecha 25 de septiembre de 1997. Tomado de PIERRE TAPIA, OSCAR. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tomo 8-9. Año 1997, págs. 479 y ss.

Por tal razón, está proscrita la posibilidad de efectuar: (i) solicitudes condicionales o bajo reserva, por ejemplo: solicitar copia de un determinado documento, salvo que contenga determinada mención; (ii) solicitudes eventuales, condicionales, o complejas, verbigracia: “si el documento expresa “A”, buscar otro documento que exponga “X”, pero si el documento dice “B”, analizar si “B” se cumplió.”; (iii) solicitudes indefinidas, como sería: “cualquier otro dato o documento relacionado”.

En el primer supuesto, estamos en presencia de una prueba impertinente por carecer de objeto definido en la oportunidad de su promoción, con el agravante de contrariar los principios de lealtad y probidad procesal, así como el de comunidad de la prueba. En el segundo caso, la prueba excede de los parámetros establecidos en el artículo 433, al pretender que el informante realice un análisis y valoración de la información, más que un recabo de datos. La solicitud indefinida, también sería impertinente, por faltar determinación en su objeto.

Así también, la prueba de informes es ilegal por contrariar la norma que la rige cuando se pretende demostrar la inexistencia de un documento, ya que el objeto de la prueba prevista en el ordenamiento jurídico es obtener información contenida en documentos y no la declaración del informante de que no posee algún documento determinado. Situación similar ocurre cuando se pretende que el informante describa o reporte características físicas de los documentos revisados, es decir, estado de conservación de los mismos, existencia de firmas y sellos, etc., lo cual excede del marco de la prueba de informes.

En el caso de la prueba de informes pretendida frente a entes públicos, en el caso de que no se establezca correctamente que el sustrato de la prueba deben ser los documentos, archivos o registros; o bien la confección de la prueba lo que pretende es un juicio, opinión u análisis por parte del funcionario público, se erige también la tradicional prohibición de emitir certificaciones de mera relación, consagrada actualmente en el artículo 173 de la Ley Orgánica de Administración Pública⁸⁷, que señala:

⁸⁷ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial N° 6.147 del 17 de noviembre de 2014.

Se prohíbe la expedición de certificaciones de mera relación, entendidas como aquéllas que sólo tengan por objeto hacer constar el testimonio u opinión del funcionario declarante sobre algún hecho o dato de su conocimiento de los contenidos en el expediente archivados o en curso.

La transgresión de dicha norma en la prueba de informes que se pretenda, la vicia de ilegalidad, y por ende, se hace inadmisibile.

3.7.3.3. Inadmisibilidad por existir otras Pruebas

Se produce cuando los informes solicitados coliden con el objeto de otras pruebas nominadas. Como se expuso en línea precedentes, la prueba de informes puede pretender la introducción de declaraciones testimoniales o confesorias, sin observar los medios probatorios propios establecidos por ley a tal efecto, lo cual conlleva su inadmisión por ilegalidad.

Similar situación acontece cuando se procura vía informes la obtención de máximas de experiencia técnicas, la prueba también esta afecta de ilegalidad. Aún en el supuesto de que el ente requerido tuviera la pericia necesaria, así como que pudiera evacuar los informes en base a la información existente en sus archivos, cabe acotar que el objeto de la prueba de informes son hechos litigiosos y no máximas de experiencia. Para la introducción de las máximas de experiencia al proceso está expresamente prevista la prueba de experticia, por lo que informes cuyo objeto sea la obtención de máximas de experiencia técnicas, es violatorio de normas procesales expresas.

Otro supuesto en el que podría devenir la ilegalidad de la prueba de informes impropios, por contrariar otros medios probatorios, es que la misma colida con las prescripciones que sobre la prueba contenida en libros de comercio contienen los artículos 40 al 43 del Código de Comercio. En efecto para adecuar la prueba de informes a tales previsiones legales, es imposible que la prueba tenga un matiz inquisitorio, ni una solicitud que en la práctica devenga en un interés de examen general de los libros de comercio (salvo que sea una causa que esté enmarcada en los supuestos de excepción del artículo 41), así también solo podría exigirse el envío de copia de los asientos de dichos libros, que contengan aspectos litigiosos específicos.

3.7.3.4. Inadmisibilidad por Inconstitucionalidad

La prueba de informes, por su naturaleza de medio de recabar información contenida en documentos; inclusive de aquellos elaborados y/o poseídos por terceros ajenos al proceso, tiene particular relación con los constitucionales derechos de inviolabilidad de correspondencia y a la confidencialidad, previstos en los artículos 48 y 60 de la Carta Magna, respectivamente. Siendo que tal inviolabilidad y confidencialidad de la correspondencia son bienes jurídicos protegidos, la prueba de informes que exceda o desconozca tales circunstancias es susceptible de ser declarada inadmisibles en el proceso.

Como correspondencia debemos entender toda manifestación de pensamiento de carácter personal o reservado dirigida de un sujeto a otro, contenida en un soporte material. Debemos además incluir en el concepto aquellas comunicaciones canalizadas por medios tecnológicos, lo cual se deriva de las normas contenidas Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁸⁸, donde en su artículo 2 se define mensaje de datos como: *“Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”*. Luego en su artículo 6, se expresa: *“Los Mensajes de Datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal.”*

Habiendo analizado lo que debe entenderse por correspondencia, debemos acotar que aunque la misma pueda ser parte del archivo de una persona jurídica, la misma no puede ser adquirida para el proceso, ni copia de ella.

Si se trata de correspondencia existente entre las partes, la regla aplicable es la del artículo 1.371 del Código Civil, que establece expresamente como formas de introducción de las misivas al proceso la presentación por parte de su destinatario, o bien la solicitud de su exhibición, lo cual es una directa referencia al medio probatorio establecido en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil. Así también si la información contenida en tal misiva es de índole confidencial, la misma no puede ser traída a juicio sin la

⁸⁸ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 37.148 de 28 de febrero de 2001.

autorización del autor y destinatario de la misma, consentimiento que no puede ser erradicado o constreñido por la exigencia de la presentación de informes.

Por las mismas razones, las misivas dirigidas por una de las partes a un tercero, o entre terceros, están exentas del ámbito de aplicación de la prueba de informes conforme al artículo 1372 del Código Civil. Aunado a esto debemos tomar en cuenta que si la misiva tiene carácter confidencial, admitir el requerimiento de informes, podría implicar una orden jurisdiccional ilegítima al pretender que se incurra en el tipo delictual previsto en el artículo 187 del Código Penal⁸⁹.

Es sustento adicional de la inadmisibilidad de la prueba de informes en los supuestos antes enunciado lo establecido en el artículo 1.374 del Código Civil, en su segundo párrafo, donde se estatuye la orden expresa al Juez de excluir todo valor probatorio sobre las misivas obtenidas sin cumplir lo establecido en las normas precedentes. Por tanto, admitir la prueba de informes sobre las mismas, devendría en una prueba inútil al no ser susceptible de ser valorada en juicio.

3.7.4. Evacuación de los Informes

Una vez admitida la prueba, del análisis del procedimiento oral puede deducirse que la evacuación de la prueba de informes en el mismo tiene tres fases, siendo la primera de ellas el requerimiento al informante de la prueba que debe prestar; luego la respuesta de este último con su debida recepción en la causa; y por último, su tratamiento en la audiencia oral y pública.

El requerimiento de informes debe indicar que se aporten los datos o se envíen copias de documentos, en los términos contenidos en la promoción de pruebas, en el primero de los casos con la mención expresa de que el informante haga referencia de que instrumentos, libros y papeles de donde es extraída la información. Es recomendable a su vez que el tribunal fije un lapso perentorio para la respuesta del informante.

⁸⁹ Cualquiera que teniendo una correspondencia epistolar o telegráfica, no destinada a la publicidad, la hiciere indebidamente pública, aunque le haya sido dirigida, siempre que el hecho pueda ocasionar algún perjuicio, será castigado con multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a mil unidades tributarias (1.000 U.T.).

En lo que respecta a la forma de entrega de la solicitud de informes debe ser remitida por oficio, con indicación expresa del sujeto al que va dirigido. A los efectos de mayor certeza y seguridad en la prueba, tomando en cuenta que la probanza es efectuada fuera de la sede del tribunal, consideramos apropiado, y actualmente es práctica forense común, que el oficio en cuestión sea remitido y/o entregado personalmente por el alguacil del tribunal, dejando constancia por diligencia de la fecha, hora, lugar y demás particulares sobre la recepción, preferiblemente acompañando acuse de recibo.

Si la prueba debe ser evacuada fuera de la competencia territorial del tribunal, la solicitud pudiere ser remitida conforme a las reglas de comisión previstas en los artículos 234 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y otorgándose el necesario término de la distancia. Al respecto, es de acotar que si bien en el procedimiento oral tiene una fuerte influencia el principio de inmediación, que en esencia postula que los actos procesales deben efectuarse en presencia del juez llamado a decidir la causa; no es menos cierto que el legislador tampoco desechó la posibilidad de que las necesidades fácticas de los procesos hicieren imperativo, o al menos conveniente, dejar abierta la posibilidad de actuar mediante jueces comisionados cuando el acto procesal de que se trate exceda de la competencia territorial del tribunal. Ello, según se estatuye en el artículo 863 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, siendo que la naturaleza de la evacuación de este medio probatorio es eminentemente epistolar, vale decir, la solicitud y respuesta de la prueba es mediante comunicaciones escritas; consideramos que nada impide, y tampoco afecta la regularidad de la prueba, que el tribunal que conoce el juicio oral remita la comunicación al informante domiciliado en la República, pero fuera de la circunscripción territorial del tribunal. En tal caso el requiriendo de informes, puede efectuarse mediante servicios de correo y/o encomiendas; respondiendo el informante de la misma forma.

Si se amerita evacuar los informes en otros países, la evacuación se realiza mediante cartas rogatorias remitidas al juez o autoridad extranjera, conforme a la facultad que

consagra en el derecho interno el artículo 59 de la Ley de Derecho Internacional Privado⁹⁰; siendo además aplicables en muchos supuestos disposiciones especiales de los tratados internacionales que rigen la materia entre otros, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y su Protocolo Adicional⁹¹, debidamente aprobados y ratificados por la República.

En lo que atañe a los plazos para la práctica de la prueba de informes en el extranjero en el contexto del procedimiento oral civil; creemos que es aplicable la regla general establecida en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil de que se concederá el término extraordinario de pruebas a juicio del tribunal, sin exceder el mismo de seis (6) meses.

El informe, vale decir, la respuesta al requerimiento probatorio, debe ser elaborado por el personal del sujeto requerido, respondiendo en forma clara y sistemática la información solicitada en base a los documentos, libros y papeles en su poder con inclusión de los datos que permitan identificarlos, sin inclusión de consideraciones particulares, opiniones y conclusiones, que excedan del simple manejo de los instrumentos, enumeración de los mismos, u operaciones matemáticas simples.

Puede ocurrir que el informante incluya *motu proprio* copia de los instrumentos de los que dimana de la información, cabe acotar que si bien esto puede exceder de lo pedido en el caso concreto, coadyuva al análisis y valoración de la información suministrada, y por tanto no afecta al principio dispositivo, ni la legalidad de la prueba.

En lo que respecta a aspectos de forma que debería incluir la respuesta a los informes es imperativo que el mismo esté suscrito por algún individuo en representación de la persona jurídica, lo cual ayuda a avalar la veracidad del aporte de datos efectuado. Cabe preguntarse si ¿será necesario que el informe sea suscrito por representante legal o

⁹⁰ REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley de Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial N° 36.511 del 6 de agosto de 1998. Artículo 59: Los Tribunales de la República podrán dirigirse a cualquier autoridad competente extranjera, mediante exhortos y comisiones rogatorias, para la práctica de citaciones, diligencias probatorias o de cualquier otra actuación judicial que resulte necesaria para el buen desarrollo del proceso...

⁹¹ Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, del 30 de enero de 1975 <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-37.html> y su Protocolo Adicional, del 24 de mayo de 1984 https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-protocolo_pruebasextranjero.htm

estatutario de la persona jurídica, o bien basta con que la autoría del mismo provenga del personal de la institución? Opinamos que si bien es lo ideal que el informe emane de quien tenga la representación legal de la persona jurídica que rinde el informe, tal circunstancia no es exigida por la normativa que regula el medio probatorio en estudio, y por tanto, mal puede influir en la legalidad o no de la prueba.

Desde la óptica de la responsabilidad que pudiere exigirse al informante, por datos omitidos, alterados o falseados, tal situación tampoco tiene relevancia, por cuanto o bien la acción de responsabilidad es directa si el informe fue dictado por la representación legítima de la persona jurídica, o bien, la misma es igualmente responsable, conforme a la responsabilidad objetiva por el hecho de los sirvientes y dependientes que prevé el artículo 1.191 del Código Civil.

En el caso de retardo en la remisión de la data requerida, así como cuando la misma sea parcial, o incompleta el tribunal, a solicitud de parte, podrá instar al cumplimiento al informante, siempre que no haya fenecido el lapso de evacuación de pruebas. En este sentido, conviene hacer referencia a lo propuesto en el derecho comparado; particularmente en la legislación argentina donde en el vigente Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 398⁹², establece un plazo perentorio y legalmente determinado para la respuesta del informante.

Una proposición similar que prevea expresamente el término para dar respuesta los informes requeridos y posiblemente la creación de métodos que permitan conminar el cumplimiento por parte del requerido, serían deseables en la legislación venezolana en leyes venideras. Como ejemplo de ello tenemos que en el segundo párrafo del artículo 82 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se prevé la posibilidad de imponer sanciones al tercero que se niega a suministrar el informe, sanciones que conforme al párrafo segundo

⁹² Las oficinas públicas y las entidades privadas deberán contestar el pedido de informes o remitir el expediente dentro de los diez días hábiles, salvo que la providencia que lo haya ordenado hubiere fijado otro plazo en razón de la naturaleza del juicio o de circunstancias especiales. No podrán establecer recaudos que no estuvieran autorizados por ley. Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. Republica Argentina. Ley 17.454 publicada en Boletín Oficial del 27 de agosto de 1.981, la redacción vigente del artículo en cuestión fue promulgada en ley 25.488 publicada en fecha 22 de noviembre de 2001. Consultado en:

<http://www.legislaw.com.ar/legis/cpcc%20completo/cpcclibrosegundo.htm>

del artículo 48 *eiusdem* consisten en multas y arresto en el caso de falta de cumplimiento de aquellas.

Vale la interrogante de si tendrá eficacia probatoria el informe es adquirido en el proceso con posterioridad al vencimiento del lapso evacuación. En apoyo de la tesis afirmativa podría argumentarse que en atención al derecho a la prueba, y en virtud de que el retraso en la evacuación de la prueba no es imputable a la parte, podría darse validez al informe extemporáneo.

Somos de la opinión que siendo el proceso civil venezolano de orden consecutivo legal, con fases de preclusión donde la actividad alegatoria, probatoria y decisoria está seccionada, en el modo y con los plazos que el legislador ha considerado adecuados y pertinentes para la conducción del proceso, por lo cual en el contexto del proceso oral civil, pudieren tener valor los informes recibidos luego de finalizado el lapso probatorio pero antes de la celebración audiencia o debate oral, la cual debe finalizar con el dispositivo de la sentencia de fondo de primera instancia, según lo estatuye el artículo 876 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, mal podría asumirse que pudieran tener eficacia probatoria los informes que hayan sido incorporados al proceso en segunda instancia, donde la fijación de los elementos fácticos del proceso ya se ha producido, salvo por la habilitación expresa legal que permite las pruebas de confesión, juramento decisivo y documento público. Tal concesión implicaría además una infracción del principio de igualdad procesal, al conceder un derecho procesal a favor de la parte promovente, en detrimento de su adversario.

En todo caso, queda a salvo el derecho de la parte contra quien ha sido promovida la prueba de aceptar expresamente el informe, en cuyo caso podrá ser valorado en el proceso, todo esto en aplicación analógica del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil en lo que respecta a la facultad de aceptar la copia del instrumento privado por parte del sujeto contra quien se produce, verbigracia: “...*Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte...*”; así como de la regla general contenida en la parte final

del artículo 396 *eiusdem* que permite de común acuerdo entre las partes la evacuación de pruebas en cualquier estado y grado de la causa.

Como último aspecto en relación a la evacuación de la prueba de informes en el procedimiento oral, en aplicación de lo previsto en los artículos 872, 873 y 874 del referido Código, debemos entender que la respuesta de la prueba de informes debe ser tratada en el decurso de la audiencia o debate oral, con la posibilidad a la parte no promovente de efectuar las observaciones a la prueba, de modo de asegurar el contradictorio.

El hecho de que la respuesta de informes deba ser conocida en dicha audiencia, en modo alguno supone que deba existir algún acto de presentación o ratificación del informe por parte de quien lo rinde. En primer lugar, no es un requerimiento expreso de la ley, pero adicionalmente el pretender la necesidad de tal proceder procesal implicaría subvertir la naturaleza y carácter objetivo de la prueba, y convertirla en una suerte de testimonial, mixtura de medios probatorios tanto ilegal, como carente de utilidad.

3.7.5. Impugnación de los Informes

En una concreción del derecho a la defensa y al debido proceso, tomando en cuenta además que la prueba de informes es evacuada sin participación del órgano jurisdiccional, ni tampoco de las partes, es valedero asumir que existe la posibilidad de ejercer la contradicción de la prueba bajo la fórmula de impugnación del informe suministrado.

La legitimación para formular la impugnación corresponde a cualquiera de las partes, siempre que considere que el informe ha afectado sus derechos procesales y/o sustantivos; inclusive a la parte que haya pedido el informe, ya que pudiere ocurrir que el mismo hubiere sido rendido en forma maliciosa o intencionada, o inclusive haber sufrido alteraciones materiales con posterioridad a que el mismo fue dictado. Inclusive ambas partes pudieren tener interés simultáneo en la impugnación bien por la misma causa o por razones distintas.

Entre los motivos de impugnación que pudieren argüirse, por considerarlos bastante completos y ejemplificativos, nos permitimos citar los que señala CABRERA ROMERO⁹³:

- ...1) Inexistencia de los documentos presuntamente copiados o consultados, por lo que, lo que se produce como copia o como resultado de la presunta consulta es totalmente falsa.
- 2) Incongruencia de los datos informados con los contenidos en los documentos consultados. Esta incongruencia, dolosa o culposa, puede provenir de omisiones, tergiversaciones, estudio de datos no actualizados o producto de datos inventados.
- 3) Inseguridad de los datos consultados que se comunican. En otras palabras, las fuentes del informante, por multitud de razones, no presentan la suficiente seguridad, con relación a las conclusiones que se envían al tribunal.
- 4) Falsificación de todo el informe, en el sentido de que lo consignado no emana del requerido.
- 5) Alteración material del informe presentado por el requerido, efectuada por persona distinta al informante. Esta alteración puede haber tenido lugar en las propias oficinas del requerido, en su tránsito hacia el Tribunal, o cuando ya curse en autos.
- 6) Que el informe sea verdadero, pero que se base en soportes escritos que fueron falsificados. Podría darse el caso de que se falsificó el documento que se copia, o que dicho vicio gravitó sobre los documentos que se consultaron...

Si bien el artículo 873 del Código de Procedimiento Civil, concede en el procedimiento oral una oportunidad para el contendor de formular durante la audiencia observaciones a la prueba promovida por su contrario, como se observa en los casos planteados, la impugnación tiene un componente fáctico a demostrar, que excede de una simple alegación. Así, la audiencia la cual debe realizarse en forma concentrada hasta su culminación con la sentencia definitiva, difícilmente es el entorno idóneo para tramitar la impugnación.

En los primeros dos primeros supuestos existe una ausencia de correlación entre el sustrato material que va a ser la fuente de prueba del informe, y el informe mismo. El modo

⁹³ CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. "Algunas Apuntaciones sobre el Artículo 433 del Código de Procedimiento Civil.", publicado en Revista de Derecho Probatorio N° 7. Caracas. Editorial Jurídica Alva. 1996, pág 126.

de instrumentalizar la impugnación sería la apertura de la incidencia a que se refiere el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil. La prueba idónea para demostrar la disociación entre lo expuesto por el informe y los soportes en los que el mismo presuntamente se fundamenta son los propios documentos, los cuales pueden ser traídos por las partes, en el caso que ello sea posible.

Otras vías factibles para la revisión de los documentos serán la inspección judicial y la exhibición de documentos conforme a los artículos 472, 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil. La exhibición tendrá entonces la particularidad de que no se requiere prueba de la posesión de los documentos para que proceda, ya que de la propia afirmación del informante se deriva una presunción de tenencia de los instrumentos. Si efectuada la intimación, el informante no exhibe el documento opina CABRERA ROMERO⁹⁴ que si no se demuestra que los documentos existían para la fecha del informe y que los mismos han desaparecido o fueron destruidos de buena fe, el informe pierde todo valor probatorio; vale decir que si la destrucción o pérdida de los documentos de soporte no fue maliciosa, la prueba de informes tendría eficacia.

Discrepamos de tal afirmación en el sentido que, siendo la valoración de la prueba de informes regida por la sana crítica, frente al supuesto de un informe que haya sido impugnado, y del cual han desaparecido los instrumentos que constituyen su fuente han desaparecido, así fuere de buena fe, difícilmente podría concederse valor probatorio a los mismos, por cuanto la certeza de la prueba ha sido gravemente comprometida.

En lo que respecta al tercer supuesto de los previamente enunciados, la premisa es que el informe no es confiable por cuanto los datos en base al cual se efectúa, o bien la forma en cómo los mismos fueron manipulados o expuestos puede ser poco fidedigna. En este caso, la impugnación no pretende agredir la falta de correspondencia entre los documentos y el informe, sino restar valor o credibilidad al mismo. Consideramos que el mecanismo de impugnación debe ser igualmente la articulación probatoria, y al efecto de la demostración de la procedencia de la impugnación, creemos posible el uso de cualquier

⁹⁴ Idem. pág 127.

género de pruebas, inclusive aquellas que tiendan a demostrar un interés del informante en el litigio, y cualquier otra circunstancia que pudiera restar objetividad al informe rendido.

Los supuestos 4) y 5) atienen a vicios existentes en el documento contentivo del informe, más no sobre los soportes propiamente dichos. En estos supuestos pudiera considerarse que la vía para impugnarlos es mediante la tacha de falsedad instrumental sobre el informe. Si el informante es una oficina pública, se acudiría a las causas de tacha de los instrumentos públicos previstas en el artículo 1.380 del Código Civil, y en los restantes casos la tacha de falsedad de instrumentos privados. El respecto nos permitimos observar que no consideramos que la tacha sea el modo pertinente de impugnación, por las siguientes razones:

El informe emanado por la administración pública, no es un documento público negocial, su naturaleza atiene a una declaración de conocimiento enmarcada en un acto administrativo. En efecto, los actos administrativos pueden contener manifestaciones de voluntad, de ciencia o conocimiento, y en este sentido aportamos la definición de ZANOBINI: *“Es acto administrativo cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa”*⁹⁵. Por tanto, si bien los actos administrativos dimanar una presunción de legalidad y de veracidad de los dichos en ellos contenidos, no es menos cierto que para desvirtuarlos en un proceso contencioso administrativo se admite todo tipo de pruebas, por lo cual mal podemos entender que para la impugnación del informe se debe acudir a las causas de tacha previstas en el artículo 1.380 del Código Civil, y las reglas que sobre la misma propone el código adjetivo.

Aún en el supuesto de que se asuma que el informe no es un acto administrativo, debemos arribar a igual conclusión, por cuanto no puede exigirse mayor rigidez a los efectos de la impugnación del referido informe que la que se requiere para la contradicción de las otras manifestaciones unilaterales de la Administración.

⁹⁵ ZANOBINI. *Corso di Diritto Administrativo*. Citado por GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8ª Edición. Madrid. 1982. Volumen I, pág. 447.

En lo que respecta a los informes rendidos por personas jurídicas privadas ajenas a la causa, si el fundamento de impugnación es la adulteración del documento de informes o su falsificación, creemos que existen vías idóneas para demostrar la falsedad, como la ratificación del instrumento emanado de terceros mediante la figura del testimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil; e inclusive la prueba pericial. De allí adquiere particular importancia la afirmación que efectuamos precedentemente en esta investigación, en el sentido que el informe debe ser suscrito por persona natural en nombre del informante.

Si el informe en efecto fue adulterado o modificado o totalmente falsificado, mediante la prueba testimonial y/o la exhibición de documentos o la prueba de la experticia podría esclarecerse la irregularidad existente. Nuevamente cabe afirmar que el informe no es un documento negocial, que contenga manifestaciones de voluntad, solo de conocimiento. La declaración efectuada es unilateral, y no pretende tener efectos obligacionales frente a las partes, y por tales razones no es necesario formular la tacha.

Distinto es el caso en el último de los enunciados supuestos de impugnación de la prueba de informes: si se pretende atacar por falsedad los instrumentos en base a los cuales fue confeccionado el informe, deberá incoarse la tacha contra los mismos, y en el caso de ser anulados los mismos, por vía de consecuencia decae la veracidad del informe.

En tal sentido, traemos a colación lo señalado en este trabajo en relación a la relación a la tacha de falsedad instrumental por vía incidental en el procedimiento oral, y particularmente, la no existencia de un efecto suspensivo del proceso principal en tales casos.

3.7.6. Valoración de la Prueba de Informes

Como hemos apuntado con anterioridad la prueba de informes propios (el aporte de datos) debe evaluarse conforme a la sana crítica, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil. En lo que respecta a los informes impropios, es decir, aquellos en los que tienen como objeto la obtención de documentos que posee el sujeto requerido: ¿qué valor tendrán las copias obtenidas como resultas de la probanza en

cuestión? Se hace necesario hacer una distinción: si se trata de copias certificadas requeridas vía informes a un ente público con facultad legal expresa de expedir certificaciones de los instrumentos que constan en sus archivos, vale decir, primordialmente las oficinas de registro público, notarías y tribunales de la República, en tales supuestos consideramos que la prueba deber ser valorada conforme a las estipulaciones previstas para la prueba documental.

En las restantes posibilidades, es decir, copias simples expedidas por dichos establecimientos públicos, o las remitidas por entes privados, la valoración de la prueba no puede realizarse conforme a la tarifa legal, sino que corresponde a la sana crítica que efectúe el Juez sobre la veracidad y el grado de convicción que el documento le crea.

Si bien hemos enfáticamente apuntado que la prueba de informes es objetiva, en base a los documentos, y que la misma está excluida conceptual y legalmente de la prueba de testimonio; en lo que respecta a su valoración individual, así como en los casos de múltiples informes requeridos a diversos sujetos por los mismos hechos litigiosos, o la valoración de los informes en relación a otras pruebas regidas por la sana crítica, se hace aplicable analógicamente la norma que contiene el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil. En tal sentido el Juez debe apreciar aspectos como la permanencia en el tiempo de la institución, su estabilidad, las labores que realiza, y el reconocimiento de la misma; así como las que se las concordancias o discrepancias entre varios informes entre sí, así como con las otras pruebas que cursan en autos. En base a tales premisas, el Juez puede determinar el grado de convicción que le ofrece el informe.

3.8. Reproducciones y Experimentos

3.8.1. Generalidades

El Código de Procedimiento Civil agrupa en los artículos 502 al 505 una serie de normas de naturaleza probatoria de variada índole. Se encuentran allí las posibilidades de: (i) obtener planos, calcos, fotocopias, fotografías y grabaciones audiovisuales de documentos, sitios y lugares; (ii) la reconstrucción de hechos o situaciones, con presencia

del Juez y bajo la conducción de expertos, de ser necesario; (iii) la realización de exámenes médicos o científicos; (iv) la inspección de la persona física.

Si bien estas son pruebas legalmente previstas, su regulación es escueta y corresponde hacer en buena medida uso de la analogía conforme prevé el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil para las pruebas libres. Aunado a ello, al instruir tales probanzas en el procedimiento oral deben insertarse siguiendo los principios y reglas especiales que lo rigen, según se detalla.

3.8.2. Promoción y Admisión

La oportunidad para requerir tales pruebas será el lapso de promoción general prevista en el procedimiento oral, luego de celebrada la audiencia preliminar y librada el auto de fijación de los hechos.

No existen ningunos requisitos, presupuestos o extremos legales especiales que deban alegarse o acreditarse para la promoción de estas pruebas. Del mismo modo, cabe acotar que se trata de pruebas principales, no accesorias o sucedáneas a otros medios probatorios. Su admisibilidad está regida por los postulados generales de pertinencia y legalidad de la prueba.

En relación a la inspección o examen de la persona física, siendo que la misma puede tener incidencia en bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, tales como honor, reputación, imagen, privacidad, integridad física, psíquica y moral, pudiere pensarse que en tales casos la prueba siempre será inadmisibile por contrariar la norma constitucional. Sin embargo, ello no es necesariamente así, ya que en muchos casos y bajo los debidos cuidados, métodos y garantías la prueba puede ser realizada sin conculcación de derecho subjetivo alguno. El legislador, previendo tales situaciones, lejos de sancionar con inadmisibilidad este tipo de probanza, lo que establece es la posibilidad para el sujeto de negarse a la prueba, quedando a la sana crítica del Juez determinar la justificación o no de la negativa, según detalla la parte final del artículo 505 del Código de Procedimiento Civil.

3.8.3. Evacuación

La evacuación de cada prueba en este conjunto deberá seguir por analogía, las regulaciones existentes para otras pruebas nominadas afines, por lo general, experticia e inspección judicial. Ello significa que en el proceso oral, a tenor de lo dispuesto en el artículo 868 el Tribunal apertura un lapso de evacuación que no debe exceder de treinta (30) días y son de relevancia general las consideraciones expuestas para tales medios probatorios previamente en esta investigación.

En los casos en que se empleen expertos, los mismos deberán comparecer y declarar en la audiencia o debate oral, para dar cumplimiento al requerimiento del artículo 863 del Código. En todo caso los resultados de cada prueba serán tratados en dicha audiencia, con la posibilidad a las partes de formular sus observaciones a las mismas, según dispone la norma contenida en el artículo 872 *eiusdem*, quedando en acta tales aspectos.

Especial comentario merece la inspección o examen sobre la persona física, la cual podrá realizarse en tal audiencia, con la anuencia del sujeto. Ahora bien, en caso de que por cualquier motivo la probanza deba efectuarse en términos privados y/o confidenciales, podrá el Juez tomar las medidas necesarias para salvaguardar la privacidad del examen, conforme a las previsiones del artículo 24 del mismo Código.

3.8.4. Valoración

La eficacia probatoria de tales medios está sometida a la regla general de la sana crítica, exponiendo el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil un par de especificaciones:

En lo que atañe a aquellas pruebas donde se requiera la colaboración material de alguna de las partes en su realización, y esta se niega, el Juez puede interpretar tal denegación como un elemento de convicción sobre la certeza de las afirmaciones o de lo pretendido con la prueba por el promovente. La propia ley está permitiendo juzgar la conducta intraprocesal de las partes y es una demostración de la aplicación de los principios de probidad, lealtad y buena fe procesal.

Por otra parte, la negativa del sujeto a que se realice prueba sobre sí mismo, tiene como efecto que se evite la práctica de la misma, pudiendo entonces el Juez tomar de tal

negativa “...las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje...”. La fórmula abierta empleada por el legislador no es casual, sino que debe ser concatenada con el artículo 23 del Código, vale decir, atendiendo “...lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad...”. Esto significa que la determinación que tome el juzgador en relación a la negativa de práctica de la prueba, no siempre deba considerarse como en perjuicio de alguno de los intereses procesales en pugna. Por ejemplo: si lo que se pretende inspeccionar es un tatuaje en el antebrazo de una persona, la negativa tiene menos justificación que cuando el tatuaje se ubica en una zona habitualmente menos expuesta del cuerpo. Igualmente, en el caso de manifestaciones físicas de enfermedades o deformidades, es de cierta comprensión que el sujeto desee evitar su exposición. En resumidas cuentas, la ley le da un margen de discrecionalidad amplia al Juez para la estimación sobre si en tales casos se desprende alguna consecuencia probatoria y/o procesal.

En los supuestos del referido artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, los elementos de convicción a los que pueda arribar el órgano jurisdiccional tiene carácter de presunciones *hominis* y con la eficacia probatoria que deriva del artículo 1.399 del Código Civil.

3.9. Fotografías y Prueba Audiovisual

3.9.1. Generalidades

Desde una visión amplia estas pruebas cabe clasificarlas en el género documental, ya que se trata de un contenido fijado a un soporte material. En ese sentido, se diferencian de los instrumentos, o documentos en sentido estricto; ya que en estos el contenido se encuentra expresado mediante la escritura.

Por tal diferencia, las fotografías y audiovisuales reciben un tratamiento y regulación procesal de pruebas libres, conforme a la parte final del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, aplicándose la analogía con las reglas relativas a la prueba por escrito, en la medida en que son aplicables.

Especial comentario merece que en la actualidad los soportes fotográficos y audiovisuales son preponderantemente digitales, y susceptibles de transmisión mediante

tecnologías de comunicación e información, por lo cual este género de medios probatorios tiene una naturaleza dual, tanto en sus soportes físicos como mensajes de datos, lo que implica que el derecho probatorio puede y debe ofrecer regulaciones frente a tal dicotomía

3.9.2. Promoción y Admisión

Si bien, conforme fue sostenido anteriormente, tales probanzas forman parte del género documental en sentido amplio, somos de la opinión que las mismas no están constreñidas a las oportunidades de promoción a que se refieren los artículo 864 y 865 del procedimiento oral, esto es en el libelo para el demandante y contestación para el demandado.

En primer lugar por cuanto tal requerimiento, como limitación de las oportunidades probatorias, debe ser interpretado en forma restrictiva a la prueba instrumental de la que las partes dispongan para ese momento procesal, y no a todo el género documental. Asumir lo contrario, implicaría que otros medios probatorios tendientes a traer al proceso documentos, tales como la exhibición de documentos y los informes impropios también debieren estar sometidos a esa oportunidad preclusiva, lo cual no parece ser la intención del legislador.

Más aún, el requerimiento de temprana aportación de los instrumentos en el procedimiento bajo estudio, parece estar enraizado en que los mismos se encuentren presentes y a disposición del juez para la audiencia preliminar, y con ocasión del subsiguiente auto de fijación de los hechos que debe librarse. Así también, funge para canalizar las incidencias procesales que surgen con ocasión de la tacha incidental, como del desconocimiento del instrumento privado, reseñadas en los puntos 4.1.3.4. y 4.1.3.5. de esta investigación. Las incidencias para la resolución de tales eventos procesales requieren tiempo, por lo que es el deseo subyacente en el diseño de este procedimiento que las mismas puedan estar desenvueltas para el momento de celebración de la audiencia o debate oral.

Dicho esto, tenemos entonces que la oportunidad de aportación de estas pruebas será la general establecida en el artículo 868 del Código del Procedimiento Civil, y su admisibilidad está regida bajo los criterios ordinarios.

3.9.3. Evacuación e Impugnación

Si bien el propósito legislativo consagrado en el artículo 862 del Código es que las pruebas se evacuen en el decurso de la audiencia oral, la propia norma reconoce que existen medios probatorios que por su naturaleza deben ser evacuadas fuera (y en forma previa) a dicha audiencia, pero tienen tratamiento en la misma.

Creemos que, indudablemente las pruebas audiovisual y fotográfica deben ser debatidas en la audiencia, dando así cumplimiento a lo previsto en los artículos 862, 872 y 873 *eiusdem*, y a tales fines, lo ideal es que puedan emplearse en la mismas los medios para su visualización y/o reproducción.

Pero si la oportunidad de control y contradicción de las mismas se limitase a dicha audiencia, la posibilidad de impugnarlas se vería seriamente cercenada; ya que cabe recordar que la audiencia finaliza con el pronunciamiento del dispositivo por parte del órgano jurisdiccional. Por tanto, en un análisis garantista de la figura, debe entenderse que tales pruebas son de aquellas que requieren evacuación previamente, en el lapso previsto para ello en el artículo 868; pudiendo efectuarse en consecuencia, las impugnaciones a que hubiere lugar antes del debate oral. A tales efectos, y como hemos sostenido anteriormente, la figura idónea es la articulación prevista en el artículo 607 del Código.

En lo que respecta a tales impugnaciones por la propia naturaleza de estas pruebas, carece de sentido el reconocimiento o desconocimiento de firmas, la prueba de cotejo y/o experticias grafotécnicas, siendo lo propio otro tipo de peritajes, y teniendo cada vez mayor relevancia la experticia informática para determinar la integridad, certeza y autoría de los soportes digitales.

IV. ASPECTOS MISCELÁNEOS

4.1. Iniciativas Probatorias del Juez

Si bien en nuestro sistema procesal civil rige preponderantemente el principio dispositivo, se encuentran deseables facetas inquisitivas en el mismo, justificadas en el carácter y función publicista del proceso. Así, se observa, en forma general las facultades de actuación de oficio y de dirección del proceso que consagran los artículos 11 y 14 del

Código de Procedimiento Civil, entre otras normas. En lo que respecta a la materia probatoria, se observa la existencia en el procedimiento civil ordinario de oportunidades expresamente establecidas para el Juez para complementar el acervo probatorio; concretamente lo previsto en el artículo 401 *eiusdem*, conocido en doctrina como el auto complementario de pruebas, una vez vencido el lapso de evacuación; así como lo consagrado en el artículo 514 del mismo Código, esto es, el auto para mejor proveer que puede ser dictado luego del lapso de informes. Igualmente se observa la potestad de aplicar de oficio de determinados medios probatorios, los cuales son: la inspección judicial, conforme a la letra del artículo 472; la experticia, según el artículo 451; y las reproducciones, copias y experimentos, por previsión del artículo 502; todos ellos del Código de Procedimiento Civil.

Del análisis concatenado de tales disposiciones se observa que el abanico de iniciativas probatorias de las que dispone el juez son:

- (i) El libre interrogatorio a las partes, conforme al ordinal 1° tanto del artículo 401 como 514.
- (ii) La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya datos en el proceso, según el ordinal 2° de las referidas normas.
- (iii) La comparecencia del testigo promovido más no evacuado en el juicio, o del testigo referido, vale decir, de aquella persona mencionada en algún acto procesal y que cuya deposición el juez estime relevante para la resolución de la causa. Dicha potestad está consagrada en el ordinal 3° del artículo 401, más no en la norma del artículo 514.
- (iv) La inspección judicial, cuando el juez “...*lo juzgue oportuno...*”, ex artículo 472; e igualmente conforme al ordinal 4° del artículo 401 y 3° del artículo 514, en las oportunidades allí previstas.
- (v) Experticia, o ampliación de la previamente efectuada, según prescribe el ordinal 5° del artículo 401 y 4° del artículo 514.

- (vi) La elaboración de croquis, planos, calcos, fotografías, reproducciones cinematográficas de objetos, documentos y lugares, según faculta el artículo 502, así como el ordinal 4º del artículo 401 y 3º del artículo 514.

Ahora bien, corresponde analizar la interrelación que puede darse entre tal normativa y los principios y diseño del procedimiento oral:

En lo que respecta al libre interrogatorio de las partes, en el procedimiento oral es una facultad expresamente prevista conforme a la parte final del artículo 862 del Código de Procedimiento Civil. Entendemos que en un orden lógico de la audiencia oral, estos interrogatorios a las partes, cuando el Juez los considere oportunos, deben realizarse una vez presentados los alegatos, pruebas y observaciones de las partes.

Los documentos cuya presentación solicite el órgano jurisdiccional, la práctica de inspecciones, experticias, obtención de copias, grabaciones, etc. El Juez pudiere girar las instrucciones pertinentes a partes o terceros, en el período comprendido entre el final del lapso de evacuación y la celebración de la audiencia oral, a los fines de que los instrumentos o resultados de dichas pruebas pudieren estar disponibles a ser debatidos en dicha audiencia.

En lo que respecta a los testigos, conviene efectuar algunas disquisiciones: si se trata del testigo promovido más no evacuado, la figura es difícil que se produzca en el procedimiento oral, ya que las partes tienen la carga de presentar sus testigos, cuyas deposiciones no se realizan antes o fuera de la audiencia de juicio, la cual finaliza con la sentencia. Por tal razón, no existe una oportunidad procesal propicia para que el testigo promovido por alguna parte, pero que no comparezca a la audiencia, pueda ser llamado por el Juez a declarar, antes de que se dicte la decisión.

Solo pudiera darse el supuesto en el caso de testigos que hubieren sido promovidos, más no evacuados, en incidencias como la de cuestiones previas, y que el Juez estime pertinente que depongan con ocasión al asunto de fondo. En dicho caso, finalizado el lapso de evacuación, pudiere ordenar la citación de tales sujetos a los fines de su comparecencia a

la audiencia oral; y de la misma forma podrá proceder en relación al testigo mencionado o referido.

En lo que respectan, tales pruebas oficiosas, cabe preguntarse la posibilidad que existe de impugnación por las partes. Considerando que las mismas constituyen una ruptura con el principio dispositivo; más ello no debe suponer una ruptura injustificada del equilibrio procesal que propugna el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, ni tampoco del derecho al contradictorio y a la defensa, por lo cual nos inclinamos positivamente a que en tales casos deban existir formas de impugnación. Expresa CABRERA ROMERO⁹⁶ que al tener la mayor parte de esas iniciativas naturaleza instructoria, vale decir, demostrativa de afirmaciones de las partes, y no simplemente aclaratorias para el Juez, implica que su realización trae un beneficio al interés procesal de una de las partes en detrimento de otra, razón por la que debe caber la impugnación, en cuanto sea aplicable.

En cuanto al libre interrogatorio de las partes, somos de la opinión que no existe un medio propicio para la impugnación. En primer lugar, no se puede atacar la imparcialidad de quien depone, ya que el mismo tiene claramente un interés definido en las resultas del proceso. Por otra parte, si se trata un interrogatorio libre y sin juramento, la falsedad en que se incurra, pudiere no configurar el delito de perjurio previsto en el artículo 249 del Código Penal⁹⁷, aunque pudiere tratarse del supuesto de falsa atestación ante funcionario público, conforme al artículo 320 *eiusdem*⁹⁸. En todo caso, tales responsabilidades son ulteriores y fuera del proceso donde se produce la falsedad, por lo cual no pueden ser calificadas como una impugnación propiamente dicha.

⁹⁶ CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. “Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre”. Editorial Jurídica Alva. Primera Edición. Tomo II. 1989. Caracas. Venezuela. Págs. 228 y ss.

⁹⁷ Artículo 249: El que siendo parte en un juicio civil incurriere en perjurio, será castigado con prisión de tres a quince meses...

⁹⁸ Artículo 320: El que falsamente haya atestado ante un funcionario público o en un acto público, su identidad o estado o la identidad o estado de un tercero, de modo que pueda resultar algún perjuicio al público o a los particulares, será castigado con prisión de tres a nueve meses.

En igual pena incurre el que falsamente haya atestado ante un funcionario público o en un acto público, otros hechos cuya autenticidad compruebe el acto mientras no sea destruida su fuerza probatoria, mediante tacha o impugnación de falsedad, siempre que de ello pueda resultar un perjuicio al público o a los particulares.

Si se trata de un acto del estado civil o de la autoridad Judicial, la pena será de seis a dieciocho meses de prisión.

Dicho esto, creemos que, como garantía del contradictorio, en la audiencia o debate oral donde se interroga a una parte, deberá darse la posibilidad al adversario a los fines de efectuar las aclaratorias y correcciones a los dichos que considere pertinentes

En cuanto a los documentos que pudieren ser aportados al proceso por la iniciativa oficiosa, los mismos estarán sometidos a la posibilidad de tacha de falsedad instrumental, siguiendo las sustanciación en cuaderno separado previstas al respecto, sin embargo, como ha sido previamente acotado, por regla general la incidencia de tacha no tiene un efecto suspensivo del proceso principal.

El desconocimiento de autoría del documento, si el mismo es aportado en la audiencia oral, no habrá oportunidad de darle seguimiento a un cotejo, por lo cual el Juez tendrá que ponderar esa circunstancia en la valoración que haga del documento sentencia que se dicte.

Algo similar ocurre con la impugnación que pudiere efectuarse con ocasión de las inspecciones, experticias y tacha de testigos referidos requeridas o evacuadas a instancia del órgano jurisdiccional. Conviene analizar si la sustanciación de ellas y los requerimientos de tiempo que ello supone, podrán tener como consecuencia una eventual suspensión o nueva fijación de oportunidad del debate oral.

Se erige la dificultad, ya que, como hemos asentado previamente, si la iniciativa probatoria se produce luego de finalizado el lapso de evacuación de pruebas, y antes de la celebración de la audiencia, la cual el juez debe fijar dentro de los (30) días siguientes al vencimiento del referido lapso; pudiere ocurrir que tal intervalo fuere insuficiente en muchos casos para la realización de la prueba oficiosa, y una impugnación de la misma. Más aún, pudiere pensarse que tal procreación de incidencias va en contra de los principios de brevedad y concentración que rigen en el procedimiento oral. Pero, en argumento en contrario, el derecho a la contradicción de la prueba que ostentan las partes puede verse menoscabado si no se existe posibilidad de enervar tales iniciativas probatorias; por lo que debe ubicarse un balance procesal.

En relación a la tacha del testigo mencionado o referido, deberá ser permisible aportar en la audiencia oral las pruebas de la misma. En el caso de las inspecciones o experticias practicadas de oficio, será una carga procesal de la parte extremar su control en la evacuación de las mismas, ya que la audiencia oral puede, en muchos casos, no ser una oportunidad con la amplitud suficiente para efectuar la actividad probatoria idónea para desacreditar dichos medios probatorios. En cualquier caso, siempre quedará abierta la facultad repositoria que corresponde al Juez de Alzada.

4.2. Término Extraordinario de Pruebas

Siendo una realidad fáctica reconocida por el derecho procesal que las fuentes de prueba relevantes a un determinado juicio, pueden encontrarse en la jurisdicción de otro Estado, el ordenamiento reconoce la posibilidad de efectuar tal actividad probatoria mediante mecanismos de cooperación internacional. Ahora bien, el legislador expresamente reconoce que para tales diligencias, los lapsos habitualmente establecidos para la evacuación de pruebas pueden ser insuficientes, por lo cual existe consagrada la posibilidad en tales circunstancias de un término extraordinario de pruebas, previsto en el derecho procesal civil común en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

Los supuestos, no necesariamente concurrentes, previstos en dicha norma son: (i) que el hecho a probar haya ocurrido en lugar donde se pretenda la prueba; (ii) que los testigos promovidos residan en el extranjero; (iii) en el caso de pruebas instrumentales, la persona u oficina que las posea se encuentren fuera del territorio de la República.

Conforme a la normativa que rige el procedimiento oral, el segundo supuesto no constituye causal para requerir y/o acordar el término extraordinario, ya que como ha sido previamente al tratar la prueba testimonial, la parte promovente tiene la carga de aportar el testigo a la audiencia oral, independientemente de su domicilio, y sin necesidad de citación; siendo ello reforzado en el postulado de que no se evacuarán testimoniales fuera de la oportunidad del debate oral. Vale decir, la normativa no proscribe la posibilidad de evacuar testigos que residan en el extranjero, pero impone la responsabilidad de traerlo a la audiencia a la parte interesada, por lo cual no es congruente en este procedimiento especial la norma contenida en el ordinal 2º del artículo 393 del Código.

En lo que respecta a la prueba instrumental a recabar en el extranjero, donde la ley exige al promovente la manifestación expresa de la oficina o persona que posea el instrumento, debe analizarse la relación de dicha norma procesal general, con las previsiones especiales consagradas para el procedimiento civil en los artículos 864 y 865; en relación a la aportación de la prueba documental conjuntamente con los actos alegatorios principales de las partes, es decir, libelo de demanda y contestación. Concretamente ¿serán dichas oportunidades preclusivas para manifestar la existencia del instrumento en el extranjero e identificar dónde se encuentra?

Las referidas normas establecen que la parte debe acompañar en tales oportunidades de las documentales “...de que disponga...” a menos que se trate de instrumentos públicos y se haya indicado la oficina donde se encuentran. Por tanto, sin lugar a dudas el documento que reposa en el extranjero y que califique de público, su ubicación deberá ser señalada en el libelo o contestación de que se trate. Ahora bien: ¿Qué ocurre con el documento privado que se encuentra en el extranjero? Una primera aproximación, con base en una exégesis restrictiva, implicaría interpretar que a tales instrumentos, por no ser públicos y no ser aportados por la parte en esa oportunidad “...no se le admitirán después...”; sin embargo, consideramos que tal postura se encuentra reñida con el constitucional derecho a probar, manifestación del derecho a la defensa y al debido proceso. Por ende, una armonización de tales postulados procesales debe ser la asunción de que el documento privado que se encuentra fuera de la República, al igual del documento público, podrá ser aportado mediante los mecanismos de cooperación internacional, durante el término extraordinario de pruebas; siempre que se haya alegado su existencia y ubicación en el libelo o contestación.

4.3. Análisis del Artículo 871 del Código de Procedimiento Civil

Regula la referida norma los efectos previstos para la incomparecencia de las partes a la audiencia o debate oral, de la siguiente forma:

Artículo 871.- La audiencia se celebrará con la presencia de las partes o de sus apoderados. Si ninguna de las partes compareciere a la audiencia, el proceso se extingue, con los efectos que indica el artículo 271. Si solamente concurre una de las partes, se oirá su exposición oral y se practicarán las

pruebas que le hayan sido admitidas, pero no se practicarán las pruebas de la parte ausente.

Se observa que la incomparecencia general de las partes a la audiencia se sanciona con la extinción del “*proceso*”, aunque realmente debe entenderse como extinción del procedimiento por perención de la instancia, ya que al no decidirse en tales casos el fondo de lo debatido, no existe una decisión con efectos y alcance cosa juzgada material que prevé el artículo 1.395 del Código Civil.

La consecuencia jurídica prevista para la incomparecencia de alguna de las partes, viene a ser que la ausencia de evacuación (y entendemos que, por ende, de valoración) de las pruebas promovidas por la parte inasistente. Si bien opinamos que tal previsión es preferible a la solución legal acogida por instrumentos normativos como la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que sanciona en su artículo 151 la incomparecencia del demandante con el desistimiento del procedimiento y la ficción de confesión para el demandado; igualmente consideramos que la disposición prevista para el procedimiento oral civil, rompe con el principio probatorio de comunidad de la prueba y/o adquisición procesal en una forma que, en algunos casos, puede ser perjudicial para la parte que si comparece a la audiencia y desee valerse de alguna de las pruebas promovidas por su contrario.

Sería, por ejemplo, una inequidad que dejaran de tratarse en la audiencia pruebas documentales, cuyo valor está sometido a la tarifa legal, o inclusive otros medios probatorios tales como informes, experticias o inspecciones ya practicadas en forma previa a la celebración de la audiencia, cuyas resultas la parte asistente a la audiencia considere favorables a su interés procesal; por el solo hecho de que quién las promovió no comparece a la audiencia de juicio. Más aún, tal incomparecencia pudiere llegar a ser voluntaria cuando alguno de los sujetos pretenda restar valor probatorio a probanzas que a pesar de haber sido promovidas por sí mismo, le hayan resultado perjudiciales.

Consideramos que en resguardo del principio dispositivo, así como en el derecho al acceso a la prueba, e inclusive en atención al principio de lealtad y probidad procesal, debe ser privativo a la parte compareciente a la audiencia, la determinación de a cuáles de las pruebas promovidas por el adversario contumaz a comparecer al debate oral deben ser

tratadas en el mismo. Dicha proposición se realiza no solo con un interés *lege ferenda*, sino que además pudiere tener efecto en los procesos actuales, si el Juez hace uso del control difuso de la constitucionalidad que le facultan tanto el artículo 334 de la Carta Magna, como el 20 del Código de Procedimiento Civil.

4.4. Actividad Probatoria en Segunda Instancia

Tal y como ha sido previamente señalado en el punto 3.1.5. de la presente investigación, opinamos que es una debilidad del procedimiento oral la consagración en el artículo 879 del Código de Procedimiento Civil del procedimiento ordinario de segunda instancia, para tramitar la cognición en el segundo grado de jurisdicción de los juicios cuya naturaleza *ab initio* es oral.

Observamos que la existencia de una audiencia de apelación oral y pública en la cual se debata el recurso ordinario que ejerzan las partes, luego de haber sido proferido un fallo, luego de un procedimiento oral, es lo más sistémicamente congruente. Más aún, considerando el lineamiento general de inapelabilidad de las sentencias interlocutorias que postula el artículo 878; es deseable poder ofrecer al tribunal de alzada de la forma más amplia posible, el sentir de lo ventilado y sustanciado en primera instancia, lo cual redundaría en beneficio de la función jurisdiccional y de los intereses de las partes en litigio.

Si bien, la parte final del artículo 872 del referido Código ordena la grabación de la audiencia oral que se celebre en primera instancia, no hay ninguna norma específica que ordene la remisión de tal grabación a la alzada, ni obligatoriedad para el juez superior de revisarla. Aunque en muchos casos, los tribunales civiles donde se ventilan los procedimientos orales han asumido razonablemente tales prácticas en su actividad forense; sería ideal que la normativa procesal civil futura incorporara una regla al respecto, como existe, por ejemplo, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁹⁹

⁹⁹ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica Procesal del Trabajo Gaceta Oficial N° 37.504, del 13 de agosto de 2002. “Artículo 162: La audiencia deberá ser reproducida en forma audiovisual, debiendo el Juez de Juicio remitir, junto con el expediente, y en sobre sellado, la cinta o medio electrónico de reproducción, para el conocimiento del Tribunal Superior del Trabajo o la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. En casos excepcionales y ante la imposibilidad manifiesta de la reproducción audiovisual de la audiencia, ésta podrá realizarse sin estos medios, dejando el Juez constancia de esta circunstancia en la reproducción de la sentencia.”

En la regulación actual, en relación a dicha grabación de la audiencia, el referido artículo 872, a su vez remite a lo establecido en el artículo 189 *eiusdem*, donde se establece:

- (i) La obligación del tribunal de ordenar la transcripción fiel de la grabación.
- (ii) La incorporación al expediente de tal transcripción firmada por el juez y el secretario del tribunal, en un plazo perentorio de cinco (5) días, con lo que asume la naturaleza de un acta judicial.
- (iii) La apertura de un lapso ulterior de cuatro (4) días para que las partes formulen objeciones al acta.
- (iv) Vencido tal plazo sin que se formulen observaciones, el acta queda tácitamente admitida por las partes.
- (v) En el caso de que efectivamente se formulen observaciones, el tribunal debe llamar a un acto de reproducción de la grabación, tomando luego de ello el juez una determinación inapelable.
- (vi) Los costos de tales diligencias corren a cargo de la parte interesada, y a partes iguales entre ellas, si se trata de una disposición de oficio del tribunal.

Tal casuística incidencia, si bien pudiere desarrollarse en el plazo de diez (10) días, comprendido entre el final del debate oral y la publicación *in extenso* del fallo que prescribe el artículo 877 del Código de Procedimiento Civil, en la práctica habitualmente no ocurre; tal vez por razones de desconocimiento de la norma, recurso humano limitado de los órganos jurisdiccionales y onerosidad.

La situación antes relatada, implica que a falta de tal acta escrita, el juez superior carece de un mecanismo idóneo para la cognición de lo ventilado en la audiencia oral, ni tampoco tiene el deber legal de informarse de ella. Por supuesto, si el expediente de la causa le es remitido con los respectivos soportes de la grabación, bien pudiere reproducirla por su propio interés y volición; sin embargo, en tales casos, el amparar su decisión en lo

observado pudiere estar reñido con los postulados del principio dispositivo consagrado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

Desde el punto de vista de la parte, ésta a su vez carece de un derecho procesal subjetivo específico para exigir la reproducción en segunda instancia de la grabación del debate, ya que en el procedimiento oral, al igual que en el procedimiento ordinario, se observa que la regla del artículo 520 del Código, relativa a los medios probatorios admisibles en segunda instancia, a saber: (i) instrumentos públicos, (ii) posiciones juradas; (iii) juramento decisorio.

Si bien no objetamos el *ethos* y la *ratio legal* que subyace en esa disposición legal, lo cierto del caso es que no existe un medio probatorio que habilite al litigante promover la vista de la grabación de la audiencia. De existir el acta de la grabación realizada conforme a las previsiones del artículo 189, antes referido, pudiere ser promovida la misma, en base a la naturaleza de instrumento público no negocial que tal acta judicial ostenta. Ello pudiere tener utilidad en el caso de inconsistencias y/o discrepancias entre lo dicho en la audiencia y lo narrado en la sentencia recurrida.

No obstante, tal proceder no sustituye de forma eficiente la apreciación sensorial que pudiere tener el juez de alzada de lo discurrido en la audiencia oral celebrada en primera instancia; sobre todo en aquellos supuestos donde la conducta intraprocesal de las partes u otros sujetos puede ser relevante, tales como:

- (i) En relación al cumplimiento o incumplimiento de los deberes de probidad procesal, a tenor de los artículos 17, 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil.
- (ii) Las inspecciones y experimentos que pudieren haber sido desarrollados en la audiencia, conforme a las previsiones probatorias de los artículos 502 al 505 del referido Código.
- (iii) La apreciación del lenguaje corporal, forma de expresión, reticencias, etc; que pudieren surgir en la prueba testifical, que constituyen elementos de valoración de dicha probanza, según el artículo 508 *eiusdem*.

Por tales razones, y con base a las limitaciones existentes, toma particular importancia el auto para mejor proveer que puede dictar el juez de segunda instancia, según habilitación del artículo 514 del Código. Si bien, entre los supuestos de dicha norma no se encuentra específicamente la reproducción de una prueba audiovisual; creemos que las circunstancias específicas hacen permisible una interpretación amplia e integradora de los ordinales 2° y 3° de dicho artículo, conjuntamente con lo previsto en el artículo 189, a los fines de lograr la incorporación formal en el procedimiento de segunda instancia, de un acto de reproducción de la audiencia o debate oral ya celebrado con presencia de las partes y el Juez. Ello suple una necesidad procedimental que será latente, hasta tanto exista una modificación legislativa.

CONCLUSIONES

Luego de la investigación realizada, podemos compartir las siguientes convicciones:

El procedimiento oral civil, aunque propugna principios procesales especializados, se apoya ampliamente en los principios, instituciones y reglas del derecho procesal común. Lo concerniente a la citación; así como incidencias como la de medidas preventivas, recusación e inhabilitación, y el procedimiento de segunda instancia se rigen cabalmente por las disposiciones del procedimiento ordinario. Igualmente principios procesales generales previstos en el Código de Procedimiento Civil tales como economía procesal, citación única, lealtad y probidad procesal, entre otros, tienen perfecta aplicación.

Específicamente los conceptos y principios que la informan la materia probatoria tienen igual cabida en el procedimiento oral. Objeto y ámbito de la prueba, carga probatoria, libertad de medios de prueba, reglas de valoración son claramente armonizables a las singularidades del procedimiento oral. Si bien se producen algunas situaciones y vacíos, mediante interpretación e integración de normas se ubicaron respuestas satisfactorias a todos ellos.

Desde la óptica del análisis detallado de cada uno de los medios probatorios nominados por ley, y la relación de estos con las distintas etapas probatorias, se logró evidenciar que en el procedimiento oral existen múltiples y vastas situaciones específicas en lo que atañe al derecho probatorio, al punto que el capítulo más amplio de esta investigación versa sobre ello. La promoción, admisión, evacuación, impugnación y valoración de los medios probatorios en el procedimiento oral, en múltiples aspectos se aparta de las reglas consagradas para los procesos ordinarios.

Las iniciativas probatorias que ostenta el Juez en el procedimiento oral son esencialmente las mismas que le consagra el derecho procesal común, sin embargo, ameritan una interpretación integradora para su aplicación. Consideramos que para lograr los propósitos que se persiguen en el sistema oral, donde se encuentra reforzado el principio de inmediación, y los poderes del Juez, tales potestades probatorias pueden tener un uso más frecuente al que estamos acostumbrados a evidenciar en nuestros litigios.

A título de reflexión final, opinamos que el procedimiento oral actualmente vigente es un instrumento plenamente funcional para lograr en el proceso civil el desiderátum constitucional de una administración de justicia oral. Sin embargo, como todo modelo procedimental es perfectible en leyes futuras, para lo cual el aporte académico es sumamente importante, con miras a una eventual reforma del Código de Procedimiento Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOUHAMAD HOBAICA, CHIBLY. *“Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano III”*. Tomo III. “Derecho Sucesorio y Protección de los Derechos”. Editorial Sucre. Caracas. Venezuela. 1973
- AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS. *“Derecho Civil I. Personas.”* Universidad Católica Andrés Bello. Décimo Tercera Edición. 1997. Caracas. Venezuela.
- ALSINA, HUGO. *“Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial”*. Tomo III. 2º Edición. Buenos Aires. Argentina. 1961.
- ANGULO ARIZA, FÉLIX SATURNINO. *“Cátedra de Enjuiciamiento Criminal.”* Editorial “La Torre”. 1973. Caracas. Venezuela.
- ARÁMBULO T., BRADY FERMÍN. *“La Oralidad en el Juicio Civil y Penal. Referencia a la Audiencia Oral y Pública. Semejanzas y Diferencias.”* Tesis de Grado para la obtención del título de especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. 2001. Biblioteca UCAB. Sala de Microfilms. N° Control: AAQ2561. Código: TESIS.DP2001.A6.
- BADELL MADRID, ÁLVARO. *“La Sentencia Civil. Tendencias Jurisprudenciales”*. Primera Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 2019. Caracas. Venezuela.
- BALI RAHBE, JORGE. *“Las Iniciativas Probatorias del Juez en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente”*. Trabajo Especial de Grado para optar por el título de especialista en Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 2003. Biblioteca Boris Bunimov Parra. Cota: 288.
- BALESTRINI, MIRIAN. *“Procedimientos Técnicos de la Investigación Documental”*. Primera Edición. BL Consultores Asociados. 2002. Caracas. Venezuela.
- BALZÁN, JOSÉ ÁNGEL. *“De la Ejecución de la Sentencia. De los Juicios Ejecutivos. De los Procedimientos Especiales Contenciosos.”* 1º Edición. Mobil Libros. 1990. Caracas. Venezuela.

- BELLO TABARES, HUMBERTO. “*Tratado de Derecho Probatorio*”. Tomo II. Primera Edición. Ediciones Paredes. Caracas. 2009.
- BUNGE, MARIO. “¿Cuál es el Método de la Ciencia?”. *Ensayo publicado originalmente en BUNGE, MARIO “Metascientific Queries”* (Springfield III. Charles C. Thomas, 1959). Recopilado en BUNGE, MARIO. “La Ciencia. Su Método y su Filosofía.” s/editor. S/año.
- CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. “*Algunas Apuntaciones sobre el Artículo 433 del Código de Procedimiento Civil*”. Revista de Derecho Probatorio N° 7. Editorial Jurídica Alva. 1996. Caracas. Venezuela.
- CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. “*Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*”. Editorial Jurídica Alva. Primera Edición. 2 Tomos. 1989. Caracas. Venezuela.
- CABRERA ROMERO, JESÚS EDUARDO. “*Las Iniciativas Probatorias del Juez en el Proceso Civil Regido por el Principio Dispositivo*”. Edifove. S/año. Caracas. Venezuela.
- CALCAÑO DE TEMELTAS, JOSEFINA Y BREWER-CARIAS, ALLAN R. “*Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*.” Editorial Jurídica Venezolana. Colección Textos Legislativos. N° 8. Tercera Edición. 1994. Caracas. Venezuela.
- CAPPELETTI, MAURO. “*La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*”. Traducción de SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. Ediciones Jurídicas Europa América. Colección Ciencia del Proceso. N° 62. 1972. Buenos Aires. Argentina.
- CHACÓN, NELSON. Apuntes de clase. (Inédito). Derecho Penal I. Parte General. Universidad Católica Andrés Bello. 1998. Caracas. Venezuela.
- CHIOVENDA, JOSÉ. “*Principios de Proceso Civil*”. Traducción de CASAIS Y SANTALÓ, JOSÉ. Instituto Editorial Reus. Tomo II. 1977. Madrid. España.
- DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. “*Teoría General de la Prueba Judicial*.” Cuarta Edición. 2 Tomos. Biblioteca Jurídica Diké. 1993. Medellín. Colombia.

- DUQUE SÁNCHEZ, JOSÉ ROMÁN. *“Procedimientos Especiales Contenciosos”*. Tercera Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. 1985. Caracas. Venezuela.
- ESPINOSSA A., MARÍA AUXILIADORA, *“La Oralidad, una Alternativa de Celeridad Procesal a la Luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”* Tesis de Grado para la obtención del título de especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. 2002. Biblioteca UCAB. Sala de Microfilms. N° Control: AAQ2584. Código: TESIS.DP2002.E75.
- FALCÓN, ENRIQUE. *“Tratado de la Prueba”*. Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2003.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, RICARDO. *“Código de Procedimiento Civil”*. Caracas. 1996. Tomo III.
- KIELMANOVICH, JORGE. *“La Oralidad en la Argentina.”* VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Zuliano de Derecho Procesal. 2005. Caracas. Venezuela.
- LLUCH, XAVIER ABEL Y PICÓ I JUNOY, JOÁN. Coordinadores. *“Problemas Actuales de la Prueba Civil”*. J. M. Bosch Editor. 2005. Barcelona. España.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *“La Oralidad en el Proceso Civil. ¿Es posible su implantación?”*. VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Zuliano de Derecho Procesal. 2005. Caracas. Venezuela.
- MARTIN TORTABÚ, MIGUEL ÁNGEL. *“La Oralidad en el Proceso Civil”*. Tomos I y II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). 2016. Caracas. Venezuela.
- MEJÍA ARNAL, LUIS AQUILES. *“El Juicio Oral. Resumen de Doctrina. Comentarios”*. Resumen para los alumnos de Derecho Procesal Civil II. UCV. Consultado en: http://www.venezuelaprocesal.net/juiciooral.htm#_Toc194906310

- MORLES HERNÁNDEZ, ALFREDO. *“El Régimen de la Crisis de la Empresa Mercantil”*. Publicado en “Centenario del Código de Comercio de 1904” Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2004. Pág. 1945.
- MONTERO AROCA, JUAN. *“El Proceso Civil Llamado “Social” como Instrumento de “Justicia” Autoritaria.”* Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año IV. N° 6. 2004. Buenos Aires. Argentina.
- MUÑOZ SABATE, LUIS. *“Técnica Probatoria. Estudios sobre las Dificultades de Prueba en el Proceso”*. Editorial Praxis. 1967. Barcelona. España.
- NUÑEZ ALCANTARA, EDGAR DARÍO. *“Comentarios a la Ley de Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda”*. Vadell Hermanos Editores. Primera Edición. 2012. Valencia. Venezuela.
- PETIT DA COSTA, FRANK. *“El Proceso Civil Oral en Venezuela”*. Ediciones Liber. Caracas. 2004.
- PICÓ I JUNOY, JOAN. *“El Nuevo Derecho a la Prueba en el Proceso Civil Español”*. VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Venezolano de Derecho Procesal. Instituto Zuliano de Derecho Procesal. 2005. Caracas. Venezuela.
- PUPPIO, VICENTE. *“Teoría General del Proceso”*. Segunda Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1998.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *“Diccionario de la Lengua Española”*. Vigésima Segunda Edición. 2012. Consultada en digital. <http://lema.rae.es/drae/?val=prueba>
- RENGEL RÖMBERG, ARÍSTIDES. *“Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Según el Nuevo Código de 1987”*. Tomo I “Teoría General del Proceso”. Sexta Edición. Editorial Arte. 1997. Caracas. Venezuela. Tomo IV “El Procedimiento Ordinario. Las Pruebas en Particular.” Segunda Edición. Altholito, C.A. 1999. Caracas. Venezuela. Tomo VI. “De los Procedimientos Especiales.” Primera Edición. Altholito, C.A. 2004. Caracas. Venezuela.

RIVERA MORALES, RODRIGO. *“Las Pruebas en el Derecho Venezolano”*. Segunda Edición. 2003. Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Santana Editores. Jurídicas Rincón. San Cristóbal. Venezuela.

RODRÍGUEZ U. JOSÉ. *“El Proceso Civil”*. Editorial Jurídica Alva. 1984. Caracas. Venezuela.

SANTANA MUJICA, MIGUEL. *“Pruebas”*. Caracas. Venezuela. 1981

SENTÍS MELENDO. SANTIAGO. *“El Proceso Civil”*. EJEA. Buenos Aires. Argentina. 1957.

SENTÍS MELENDO. SANTIAGO. *“La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio.”* Ediciones Jurídicas Europa América. Colección Ciencia del Proceso. N° 65. 1979. Buenos Aires. Argentina.

STEIN, FRIEDRICH. *“El Conocimiento Privado del Juez”*. Reimpresión de la Segunda Edición. 1999. Editorial Temis. Bogotá. Colombia.

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA. FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS. CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO. *“Manual para la Elaboración de Tesis Doctorales, Trabajos de Grado y Trabajos Especiales”*. Primera Edición según las observaciones realizadas en las V Jornadas de Autoevaluación celebradas el 18 de julio de 2003. <http://www.postgradofcjp.net.ve/docs/manuales/Manual160204.pdf>.

ZANOBINI. *Curso di Diritto Administrativo*. Citado por GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8ª Edición. Madrid. 1982. Volumen I.

Índice de Normativa y Sentencias referidas

Normativa Vigente

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453, del 24 de marzo de 2000. Enmienda N° 1. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinaria del 19 de febrero de 2009.

Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, del 30 de enero de 1975 <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-37.html> y su Protocolo

Adicional, del 24 de mayo de 1984 https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-protocolo_pruebasextranjero.htm

Código Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990 del 26 de julio de 1982.

Código de Comercio. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 475 del 21 de diciembre de 1955.

Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3.694 del 22 de enero de 1986. Con reformas parciales publicadas en Gaceta N° 3.886 Extraordinaria, del 15 de septiembre de 1986; N° 3.970 Extraordinaria, del 13 de marzo de 1987 y N° 4.209 Extraordinaria, del 18 de septiembre de 1990.

Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.208, del 23 de enero de 1998. Con reformas parciales publicadas en Gaceta N° 37.022, del 25 de agosto de 2000; N° 5.558 Extraordinaria, del 12 de noviembre de 2001; N° 38.536, del 4 de octubre de 2006; N° 5.894 Extraordinaria, del 26 de agosto de 2008; N° 5.930 Extraordinaria, del 4 de septiembre de 2009 y N° 6.078 Extraordinaria, del 15 de junio de 2012.

Código Penal. Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario, del 13 de abril de 2005.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

Ley de Comercio Marítimo. Gaceta Oficial N° 38.351, del 6 de enero de 2006.

Ley de Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial N° 36.511 del 6 de agosto de 1998.

Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial N° 37.148 de 28 de febrero de 2001.

Ley de Procedimiento Marítimo. Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinaria del 13 de noviembre de 2001.

Ley de Registros y del Notariado. Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario, del 19 de noviembre de 2014.

Ley de Regularización del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial. Gaceta Oficial N° 40.418, del 23 de mayo de 2014.

Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Gaceta Oficial N° 37.332, del 26 de noviembre de 2001, parcialmente reformada en Gaceta Oficial N° 38.395 del 1° de agosto de 2008.

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario, del 29 de julio de 2010.

Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.053, del 12 de noviembre de 2011.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial N° 40.340, del 23 de enero de 2014.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria, del 1° de julio de 1981.

Ley Orgánica del Poder Judicial. Gaceta Oficial N° 5.262 Extraordinario, del 11 de septiembre de 1998.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinaria, del 29 de julio de 2010.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504, del 13 de agosto de 2002.

Resolución N° 2006-00066 de fecha 18 de octubre de 2006. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena. Gaceta Oficial N° 38.607 del 18 de enero de 2007.

Resolución N° 2009-006 de fecha 18 de marzo de 2009. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena. Gaceta Oficial N° 39.152, de fecha 02 de abril de 2009.

Resolución N° 2018-013 de fecha 24 de marzo de 2018. Gaceta Oficial N° 41.62, de fecha 25 de abril de 2019.

Normativa Derogada

Código de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta Oficial N° 748 del 3 de febrero de 1962.

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Gaceta Oficial N° 37.930, del 4 de mayo de 2004.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 1.893 del 30 de julio de 1976.

Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.266, del 2 de octubre de 1998.

Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Gaceta Oficial N° 3.077 del 23 de diciembre de 1982.

Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo. Gaceta Oficial N° 26.116 del 19 de noviembre de 1959.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 37.942, del 20 de mayo de 2004.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinaria, del 10 de diciembre de 2007.

Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial N° 4.636 del 30 de septiembre de 1993.

Proyectos Normativos

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. 1967-1988

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 25 de septiembre de 1997. Consultada en PIERRE TAPIA, OSCAR. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tomo 8-9. Año 1997. Págs. 479 y ss.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 07 de fecha 1° de febrero de 2000, caso: José Amado Mejía. Consultada en:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/07-010200-00-0010.htm>, el 8 de febrero de 2007.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1571 de fecha 22 de agosto de 2001. Consultada en:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>, el 8 de febrero de 2007.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 401 de fecha 27 de febrero de 2003. Consultada en:

<https://vlexvenezuela.com/vid/maritza-herrera-molina-283434739>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 513 de fecha 14 de abril de 2005.

Extracto consultado en: <http://www.abogadosveritaslex.com.ve/blog/divorcio-185-a-contencioso-con-art-607-cpc-463>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° RC-000363 del 16 de noviembre de 2001. Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-0363-161101-00132-00223.HTM>, en fecha 8 de octubre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia RC-00088, del 25 de febrero de 2004. Consultada en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/rc-00088-250204-01464%20.htm>, el 16 de octubre de 2016.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia RC-000838, del 25 de noviembre de 2016. Consultada en: <https://vlexvenezuela.com/vid/ramon-casanova-sierra-felipe-654900009>, el 22 de abril de 2020.

Juzgado Superior Cuarto del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, del 3 de julio de 1992. Caso Nelson Edgardo Ortiz contra Procter & Gamble de Venezuela C.A. Consultada en PIERRE TAPIA, OSCAR. Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia. Año 1992. Tomo 7. Pág. 348.

LIBRE CONVERTIBILIDAD DE LA MONEDA Y SISTEMA DE MERCADO CAMBIARIO

Andrea Trocel Yabrudy

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) mención “*Summa cum laude*” (2014). Estudios de especialización en Derecho Administrativo UCAB. Profesora de pregrado UCAB. Abogada en el departamento de Derecho Administrativo y Constitucional del Despacho de Abogados Badell & Grau.

Resumen

El presente trabajo aborda las modificaciones aplicables al régimen de convertibilidad de la moneda y a los mecanismos para realizar operaciones cambiarias en el sector privado desde la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N° 1 del 7 de septiembre de 2018.

Palabras clave: Convenio Cambiario, convertibilidad de la moneda, sistema de mercado cambiario, libertad económica, seguridad jurídica.

FREE CONVERTIBILITY OF CURRENCY AND EXCHANGE MARKET SYSTEM

Abstract

This paper points out the modifications applied to the currency convertibility regime and the mechanisms to carry out exchange operations in the private sector since the entry into force of Exchange Agreement No. 1 of September 7, 2018.

Keywords: Exchange Agreement, currency convertibility, exchange market system, economic freedom, legal certainty.

INTRODUCCIÓN

La eficacia de una libre convertibilidad de la moneda y de un sistema de mercado cambiario regido por la oferta y la demanda a disposición del ciudadano, presupone la garantía de la libertad económica y la seguridad jurídica, ya que a falta de esas bases esenciales de un Estado de Derecho, flexibilizar las regulaciones económica se convierte en una labor aislada que no se conjuga con la realidad en la que se pretenda aplicar.

La Constitución establece: “sin decirlo, un sistema de economía social de mercado, que se desarrolla sobre la *libertad económica*, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social que requieren de la intervención del Estado”.¹ La libertad económica es un derecho fundamental respecto al cual los Poderes Públicos pueden implementar técnicas de ordenación y limitación, apegados a ciertas garantías básicas, y entre ellas, el contenido esencial del derecho.

Como especial referencia a la libertad económica debemos hacer mención de que es un derecho subjetivo de rango constitucional, en cuya virtud todos los particulares podrán acceder al mercado de su preferencia, explotar la empresa que han emprendido según su autonomía negocial, y cesar en el ejercicio de tal empresa.

Ahora bien, un entorno jurídico caracterizado por violaciones de los derechos de propiedad mediante medidas regulatorias ilegales, irrazonables o imprevistas, tiene por efecto incrementar el riesgo institucional de los distintos proyectos empresariales. Esto significa, en otros términos, que son mayores las probabilidades de su fracaso, pues el entorno indica que el empresario, a causa de factores institucionales, en ocasiones no obtendrá las ganancias esperadas en sus proyectos.²

¹ Cfr. Brewer Carías, A. *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. EJV. 4ta Edición, Caracas, 2004. p. 818.

² Cfr. Castro Videla S. y Maqueda Fourcade S. *El derecho de propiedad privada y libertad económica*. Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 4 (2014/2015) p. 105

Así, el ejercicio del derecho a la libertad económica se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la seguridad jurídica consagrado en el preámbulo y en el artículo 299 de la Constitución, por lo que un entorno de inseguridad jurídica, caracterizado por el establecimiento de regulaciones ilegales, irrazonables o intempestivas, tiene por efecto desincentivar las inversiones y, con ellas, todos los beneficios que éstas traen para el desarrollo.³

Ahora bien, dentro del contexto venezolano el BCV estableció bases normativas para la implementación de un *nuevo régimen jurídico de cambio de divisas* que predica la libre convertibilidad de la moneda y establece un Sistema de Mercado Cambiario especial que deberá funcionar bajo la supervisión del BCV, dirigido a “flexibilizar” las regulaciones que regían el control cambiario, de conformidad con lo previsto en el Convenio Cambiario N°1 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.405 del 7 de septiembre de 2018 (en adelante, CC1).

1. ANTECEDENTES

La libre convertibilidad de la moneda y el principio de libertad de cambio era el régimen general y teórico vigente en Venezuela hasta la reforma de la Ley del BCV de 1974, el cual, sin embargo, había sido objeto de importantes restricciones por vía de decretos-leyes, tanto a principios de los años cuarenta como a principios de los años sesenta, que hicieron que el principio se convirtiera materialmente, en la excepción.⁴

El Estado venezolano históricamente ha acudido al control cambiario como una técnica de intervención en la economía en distintas etapas de la historia venezolana, conforme al cual los particulares no podían ya intercambiar libremente el bolívar y las divisas, debido a que ese tráfico se encontraba monopolizado en cabeza del Instituto emisor.

³ Ob. cit. pp. 105-106.

⁴ Cfr. Brewer Carias, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983. p. 11.

Posteriormente, luego de la liberación cambiaria de 1989, este tipo de controles, que regulaban la libre convertibilidad de la moneda, no se implementaron nuevamente hasta el año 1995, cuando se dictó la Ley sobre el Régimen Cambiario⁵. Posteriormente, mediante el Decreto N° 2.278 publicado en la Gaceta Oficial N° 37.614 del 21 de enero de 2003, se le otorgó la potestad al Ministro de Finanzas para que "...convenga con el Banco Central de Venezuela, medidas de carácter temporal, que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos, del país hacia el exterior..." (Art. 1).

Bajo el amparo de ese régimen de control cambiario la adquisición de divisas estuvo sometida a un control intenso, condicionado por las autorizaciones para la adquisición de divisas desde que se requería de una autorización para el ejercicio de la libertad cambiaria, y adicionalmente se limitaban las condiciones del ejercicio de ese derecho, en aspectos tanto cualitativos como cuantitativos.

Así, desde el año 2003 el régimen cambiario en Venezuela se fundamentó en la restricción impuesta a los ciudadanos para comprar y vender divisas, centralizado en el BCV y concretado a través del Convenio Cambiario N° 1 publicado en la Gaceta Oficial N° 37.653 del 19 de marzo de 2003, mediante el cual se centralizó la compra y venta de divisas, que fue gestionada por la extinta Comisión de Administración de Divisas (CADIVI).

En efecto, a la luz del derogado régimen de control cambiario la Administración imponía la venta forzosa de las divisas que ingresaban al país; fijaba el volumen y finalidad de las divisas, y condicionaba los requisitos para solicitar la adquisición de divisas a través de un sistema centralizado.

En fecha 2 de agosto de 2018 entró en vigencia el cuestionado Decreto Constituyente mediante el cual se estableció la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus

⁵ Cfr. Henrique Iribarren Monteverde. *Compra-Venta De Divisas En Venezuela Aspectos Históricos Y Estructurales*. Conferencia dictada por en las XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. pp. 7-8.

Ilícitos (en adelante el Decreto)⁶, el cual es un acto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), y como tal, podría considerarse un acto nulo e inconstitucional, desde que el referido órgano fue creado y constituido violando las disposiciones contenidas en la Constitución.

Resulta menester mencionar que la ANC fue convocada de forma fraudulenta e inconstitucional por el Expresidente de la República mediante decreto N° 2.830 de fecha 1° de mayo de 2017, prescindiendo por completo de la voluntad del pueblo, único soberano y por ende depositario del poder constituyente originario (artículos 5 y 347 de la Constitución) y en flagrante violación de los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en los artículos 2, 3, 5, 6, 19, 62, 63, 70, 71, 347 y 348, *eiusdem*.

Así, en su origen, la ANC violó todas y cada una de las fases y principios constitucionales que rigen el proceso constituyente establecidos en el bloque de la Constitucionalidad. En efecto, todas las actuaciones de la ilegítima ANC han excedido la competencia fijada por la Constitución a un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado.

Más allá de la sesión para la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución, la ANC (en abierta inconstitucionalidad) ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular tales como “Decretos Constituyentes”, “Leyes Constitucionales” y “Acuerdos Constituyentes”.

Por lo tanto, debemos insistir en que la ANC, conforme al marco jurídico de la Constitución, específicamente conforme a lo señalado en los artículos 187.1 y 347, no tiene competencias legislativas en razón que su única razón de ser es “*transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución*”.

⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 41.452 de fecha 2 de agosto de 2018.

Ahora bien, precisado lo anterior, el Decreto pretendió derogar la Ley del régimen cambiario y sus ilícitos y el artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela, las cuales regulaban un régimen sancionatorio por el incumplimiento de las limitaciones y restricciones que imponía el régimen de control de cambios.

Con esa “derogatoria” puede afirmarse que en Venezuela ya no existe un régimen sancionatorio respecto de las operaciones cambiarias realizadas por los particulares, pero aun así se mantiene vigente un modelo de mercado cambiario regulado en el Convenio Cambiario N° 1, pues ese instrumento jurídico no reconoce abiertamente las operaciones cambiarias entre los particulares al margen del nuevo Sistema de Mercado Cambiario.

2. LA LIBRE CONVERTIBILIDAD DE LA MONEDA

La libre convertibilidad de la moneda es un principio según el cual el portador de billetes tiene derecho a su conversión.⁷ La libre convertibilidad engloba al derecho del portador de los billetes y monedas de curso legal, a convertir éstos en el respaldo conforme al cual el BCV ha efectuado la correspondiente emisión. Derecho, por tanto, a exigir al BCV, que convierta los billetes y monedas por él emitidos, incluso, mediante la entrega de las divisas de las cuales es titular.⁸

Además del principio de libre convertibilidad de la moneda, también estaría en la base tradicional y teórica del sistema jurídico venezolano, el principio de la libertad de cambios, es decir, el derecho que tiene todo sujeto de cambiar libremente la moneda nacional en moneda extranjera y viceversa, al tipo de cambio resultante en el mercado.⁹

⁷ Cfr. Brewer Carias, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983. p. 6.

⁸ Cfr. Hernández González, J., *Los Principios Del Actual Régimen Jurídico Del Control De Cambio En Venezuela*. En Revista De Estudiantes De Derecho De La Universidad Monteávil. Derecho y Sociedad. p.253.

⁹ Cfr. Brewer Carias, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983. p. 11.

A partir de la entrada en vigencia del CC1 en el año 2018, mediante el cual se estableció el nuevo régimen jurídico de cambio de divisas, inició un proceso de modificación de las normas relacionadas con la posibilidad de pagar obligaciones en divisas así como los mecanismos para realizar operaciones de cambio, dirigido a “flexibilizar” las regulaciones que regían el control cambiario antes de la entrada en vigencia de dicho CC1.

El CC1 tiene por objeto desarrollar un nuevo régimen jurídico de cambio de divisas que predica la “*libre convertibilidad de la moneda*” y establece un Sistema de Mercado Cambiario especial que deberá funcionar bajo la supervisión del BCV y el Ministerio de Economía y Finanzas. En la práctica no podría afirmarse que esa libre convertibilidad comenzó a aplicarse inmediatamente, sino que ésta se ha venido implementando progresivamente a través de la instrumentación de diversos mecanismos cambiarios.

En cualquier caso, a pesar de que se flexibilizaron los mecanismos de cambio y se predica la libre convertibilidad, es el caso que del CC1 se desprenden disposiciones que regulan un régimen cambiario que funciona en torno al BCV¹⁰.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que a pesar de que el CC1 no promueve las operaciones cambiarias realizadas entre particulares sin la intervención directa del BCV, tampoco las prohíbe, como sí lo hacía el régimen precedente, ni se contempla un régimen sancionatorio aplicable a las operaciones que se realicen sin la intervención de ese Instituto. De tal manera que puede afirmarse que en Venezuela ya no existe un régimen sancionatorio respecto de las operaciones cambiarias realizadas por los particulares, pero aun así se mantiene vigente un modelo de mercado cambiario regulado en el CC1.

3. LIBRE CONVERTIBILIDAD Y RÉGIMEN DE PAGO DE OBLIGACIONES EN DIVISAS EN VENEZUELA

¹⁰ Existen diversos mecanismos en el sistema de mercado cambiario que desarrolla el CC1 cuyo funcionamiento requiere siempre la intervención del BCV. Inclusive en el caso de las divisas obtenidas por los exportadores se establece la obligación de éstos de vender una porción (20%) de tales divisas al BCV (artículos 1, literal a), 6 literal a), 57 del CC1).

El artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela¹¹ (LBCV) regula el poder liberatorio del bolívar para el cumplimiento de cualquier obligación que deba pagarse en Venezuela, pero de su redacción se desprende claramente la posibilidad que tienen las partes (por “convención especial”) de regular dicho pago en moneda extranjera. En concreto, esa norma establece lo siguiente:

“Artículo 128. Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago.”

Con fundamento en el artículo 128 de la LBCV y el principio de libre convertibilidad de la moneda que predica el CC1, se estableció expresamente en su artículo 8 la posibilidad de pactar el pago de obligaciones en moneda extranjera, es decir utilizar las divisas como moneda de cuenta y también de pago de la obligación. Así, conforme a la referida norma se permite ahora en el CC1 regular las divisas como:

- **Moneda de cuenta:** Pactar el pago de obligaciones en divisas como *moneda de cuenta*, es decir para establecer el valor de la obligación, caso en el cual el deudor podrá liberarse de su obligación mediante el pago en bolívares, **a la tasa de cambio vigente** al momento de efectuarse el pago.
- **Moneda de pago:** Pactar expresamente que el pago de la obligación sea única y exclusivamente en divisas, en cuyo caso el deudor no tendrá la posibilidad de liberarse de la obligación realizando el pago en bolívares, sino únicamente podrá cumplir con el pago en la divisa pactada.

Para este caso en específico, indica la norma que, *el pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago únicamente se entenderá modificado cuando haya sido efectuado previo al establecimiento de restricciones cambiarias y siempre que*

¹¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 2.179, en fecha 30 de diciembre de 2015.

éstas impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida, caso en el cual el deudor se liberará pagando en bolívares al tipo de cambio vigente para la fecha del pago.

Conforme a lo anterior, toda ambigüedad o duda existente antes del 7 de septiembre del año 2018 con respecto a la posibilidad de pactar el pago de obligaciones en moneda extranjera únicamente, ha quedado expresamente resuelta y aclarada en el nuevo CC1, el cual instauró un nuevo régimen cambiario que permite el pacto de obligaciones en divisas como moneda de cuenta y como moneda exclusiva de pago sin que el deudor pueda liberarse de su obligación en otra divisa distinta a la expresamente pactada por las partes.

La posibilidad de pagar obligaciones única y exclusivamente en divisas en el territorio nacional fue ratificada en el Decreto N° 3.719 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.420 de fecha 28 de diciembre de 2018, conforme al cual los sujetos pasivos que realicen operaciones en el territorio nacional en moneda extranjera o criptodivisas autorizadas por la Ley, que constituyan hechos imponibles generadores de tributos nacionales, deben determinar y pagar las obligaciones en moneda extranjera o criptodivisas (art. 1).

Corresponderá a la Administración Tributaria dictar la normativa que establezca las formalidades para la declaración y pago de los tributos en moneda extranjera o criptodivisas (Artículo 4). Por su parte, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“SUDEBAN”), en el ejercicio de sus potestades dictará las normas que establezcan las adecuaciones que deban realizar las instituciones del sector bancario para la ejecución del Decreto (Art. 5).

4. EL SISTEMA DE MERCADO CAMBIARIO

Desde la entrada en vigencia del CC1 el 7 de septiembre de 2018 se instauró un nuevo régimen jurídico de cambio de divisas en Venezuela, que si bien predica la libre convertibilidad de la moneda, funciona dentro de un Sistema de Mercado Cambiario especial que debe funcionar bajo la supervisión del BCV.

El CC1 establece dos regímenes fundamentales: (i) el aplicable al sector público que fue centralizado en el BCV, lo que implica que los órganos y entes del sector público sólo pueden comprar y vender divisas a través del BCV (artículos 4 y 6) y; (ii) el mecanismo para realizar operaciones cambiarias en el sector privado llamado Sistema de Mercado Cambiario (artículos 10 y 11), el cual debe desarrollarse e implementarse a través de la normativa que se dicte al efecto.

El “Sistema de Mercado Cambiario” es un mecanismo mediante el cual se deberán efectuar las operaciones cambiarias en el sector privado. En ese sentido, conforme a lo establecido en el artículo 3 del CC1, se establece la posibilidad de que el BCV en conjunto con el Ministerio de Economía y Finanzas realicen *todas las acciones* que estimen pertinentes para procurar el equilibrio del sistema cambiario, generar las condiciones para que su funcionamiento responda a sanas prácticas, así como a la atención ordenada de la oferta y demanda de moneda extranjera.

De conformidad con lo establecido en el artículo 11 del CC1, el Sistema de Mercado Cambiario corresponde a un sistema de compra y venta de moneda extranjera en bolívares, en el que demandantes y oferentes participan sin restricción alguna.

Tal como hemos indicado, el CC1 no contiene una prohibición expresa de las operaciones de cambio no centralizadas en el BCV, ni existe sanción alguna para quienes realicen operaciones cambiarias al margen de las centralizadas en el BCV, de manera que sobre la base del principio general que rige la autonomía de la voluntad de las partes, conforme al cual lo que no está prohibido está permitido, los particulares podrían acudir a cualquier otro mecanismo para realizar operaciones cambiarias.

En la práctica no podría afirmarse que la libre convertibilidad comenzó a aplicarse inmediatamente, sino que ésta se ha venido implementando progresivamente a través de la instrumentación de diversos mecanismos para la ejecución del sistema de mercado cambiario.

De conformidad con las regulaciones implementadas por el BCV, el “Sistema de Mercado Cambiario” aplicable al sector privado, en la práctica a la presente fecha está integrado por tres mecanismos supervisados por el BCV, como son:

4.1. MESAS DE CAMBIO

A los fines de profundizar las bases de la flexibilización cambiaria dispuesta en el CC1, y dinamizar las operaciones de compra y venta de divisas a través de las instituciones bancarias regidas por la Ley de Instituciones del Sector Bancario habilitadas para actuar como operadores cambiarios, en adelante, *operadores cambiarios autorizados* (OCA), en fecha 2 de mayo de 2019 el BCV dictó la Resolución N° 19-05-01 publicada en Gaceta Oficial N° 41.624 (la Resolución).

La Resolución introdujo la figura de las “mesas de cambio” para la compra y venta de divisas mantenidas en el sistema financiero nacional o internacional, entre personas naturales y jurídicas del sector privado, así como organismos internacionales acreditados ante el Gobierno Nacional (artículo 1), que si bien no está expresamente prevista en el CC1, ha sido regulado por el BCV para desarrollar el mercado cambiario.

El tipo de cambio aplicable a las operaciones de las mesas de cambio será el promedio ponderado resultante de las operaciones pactadas ante los OCA al final de cada jornada (1:00pm del día hábil bancario). El monto que resulte de ese promedio deberá ser reportado al BCV para que sea publicado en su página web oficial como el “tipo de cambio de referencia”, según lo establece artículo 9 del CC1.

En tal sentido, conforme a lo dispuesto en la Resolución, el BCV no impondrá la tasa de cambio aplicable a los OCA, sino que cada uno le suministrará a ese Instituto el resultante producto del promedio ponderado, con indicación del volumen transado según las operaciones efectuadas en cada jornada (artículo 1 Resolución), todo ello a los fines de que el BCV una vez recibidas las tasas aplicadas en las mesas de los OCA, proceda a publicar el tipo de cambio de referencia a que se refiere el artículo 9 del CC1.

La regulación de este asunto es determinante para el funcionamiento del mercado cambiario en general, ya que al activarse la aplicación del artículo 9 del CC1 se reconoce que a partir del funcionamiento de las mesas de cambio se establecerá un tipo de cambio promedio ponderado que será el que publicará el BCV en su portal web oficial.

La Resolución fue dictada con fundamento en el CC1 como un sistema de mercado cambiario dirigido a instrumentar un mecanismo para la compra y venta de divisas al cual tendrían acceso los particulares. Al respecto el artículo 11 del CC1 en concordancia con el artículo 17 *eiusdem*, establecen lo siguiente:

Artículo 11. Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela.

Dicho Sistema operará automatizadamente de manera organizada y transparente, sin que los participantes conozcan las cotizaciones de oferta y demanda durante el proceso de cotización y cruce de las transacciones, información esta que conjuntamente con la identificación de la contraparte resultante, se conocerá luego del proceso de pacto a los fines de la liquidación de las transacciones pactadas.

Artículo 17. La operatividad del Sistema de Mercado Cambiario será regulada por el Banco Central de Venezuela. (...)

Se trata entonces, de un mecanismo aplicable a personas naturales y jurídicas del sector privado. En concreto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución podrán participar en las mesas de cambio los siguientes entes:

- 1) Clientes del mismo OCA;
- 2) Otras instituciones bancarias;
- 3) Organismos Internacionales;
- 4) Representaciones Diplomáticas y Consulares;
- 5) Funcionarios de las representaciones Diplomáticas y Consulares;

- 6) Funcionarios extranjeros de los Organismos Internacionales acreditados ante el Gobierno Nacional.

Las personas naturales y jurídicas del sector privado, así como los entes internacionales que deseen participar en las mesas de cambio deberán acudir directamente a la oficina del OCA o hacer uso de los servicios de banca electrónica dispuestos a tales efectos cualquier día hábil bancario, siempre que cumplan los procesos de debida diligencia y sean clientes del OCA (artículos 4 y 6)

Observamos que la Resolución no establece una cantidad mínima por cotización de demanda y oferta, aun cuando el artículo 17 del CC1 le impone al BCV la potestad de determinarlo de la siguiente manera:

Artículo 17. (...)

La cantidad mínima por cotización de demanda y oferta a través del Sistema de Mercado Cambiario, será determinada por el Banco Central de Venezuela, e informada mediante los mecanismos que estime pertinentes.

Así, aun cuando la Resolución no establezca una cantidad mínima para participar en las mesas de cambio, es muy probable que el BCV a través de algún otro instrumento (Resolución, circular, entre otros) próximamente fije la cantidad mínima de las operaciones a ser realizadas en este sistema de mercado cambiario.

Ahora bien, según información no oficial del BCV, se establecerán límites a las negociaciones efectuadas a través de las mesas de cambio, en tal sentido los OCA deberán vender a sus clientes al menos el 80% de las divisas adquiridas por estos y el 20% restante podrán ser destinadas a operaciones interbancarias. El referido índice de intermediación cambiaria se controlará el último día hábil bancario de cada semana.

De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 7 de la Resolución, los OCA serán responsables de la liquidación de las operaciones de compraventa de divisas que resulten pactadas en los términos y condiciones que hubieren convenido con sus clientes.

En tal sentido, los elementos de forma, tiempo y lugar para la liquidación de las divisas serán fijados de acuerdo con las políticas internas de cada OCA, desde que la Resolución únicamente se limitó a establecer de forma general en el párrafo primero del artículo 6 que se deberán adoptar las medidas para que la liquidación de las operaciones se realice “*oportunamente*”.

4.2. VENTA DE DIVISAS AL MENEDEO

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del CC1, las operaciones al menudeo serán aquellas efectuadas por personas naturales y jurídicas por cantidades iguales o inferiores a € 8.500 o su equivalente en otra moneda extranjera, podrán hacerlo a través de los operadores cambiarios autorizados (Bancos Universales y Casas de Cambio)

El tipo de cambio aplicable será el promedio del mercado ponderado que se publicará en la página web oficial del BCV el día inmediatamente anterior a la fecha de la respectiva operación, incrementado en un uno por ciento (1%) (artículos 19 y 22 CC1)

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del CC1, la totalidad de las monedas extranjeras adquiridas por los bancos universales y las casas de cambio a través de las operaciones al menudeo deberá ser destinada a la atención de las demandas de divisas de los clientes y usuarios, lo que indudablemente afecta el derecho a la libertad económica de los operadores cambiarios autorizados al condicionar el uso de estos recursos en el marco del ejercicio de su actividad.

El CC1 regula en concreto las operaciones de venta de moneda extranjera al menudeo que serán efectuadas por los operadores cambiarios y en tal sentido dispone en sus artículos 23 y 24 los siguientes lineamientos

- a) Sólo podrán realizar operaciones de venta a personas naturales mayores de edad

- b) Los adquirentes de las divisas deberán indicar el origen y destino lícito de los recursos
- c) Los límites a los montos para las operaciones de venta que serán realizados por los operadores cambiarios a sus clientes serán fijados por el Ministerio del Poder Popular en materia de finanzas (lo cual representa una manifestación del antiguo régimen de control cambiario que regulaba las cantidades de divisas a negociar)

A través del Aviso Oficial mediante el cual se informó al público en general las operaciones cambiarias al menudeo, emanado del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas y del BCV, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.580 del 6 de febrero de 2019, se establecieron los límites de las operaciones al menudeo de la siguiente manera:

- a) Monto máximo **anualmente** de operaciones al menudeo por personas naturales y jurídicas en € 8.500 o su equivalente en otra moneda.
- b) Operaciones de venta al menudeo por cliente de los bancos y casas de cambio **diariamente** en € 1.000 y en caso de que la operación se realice a los fines de adquirir los billetes, el límite será de € 500 diarios o su equivalente en otra moneda extranjera.
- c) La cantidad de € 4.000 o su equivalente en otra moneda extranjera **mensualmente**.

Los referidos límites a las operaciones cambiarias realizadas en el marco del mecanismo de cambio al menudeo no son aplicables a las siguientes operaciones: (i) cambio de divisas efectuadas por turistas internacionales en las taquillas de las casas de cambio ubicadas en los terminales de los aeropuertos y puertos legalmente establecidos, por los cuales ingresaron, o de aquellos que hayan indicado en la oportunidad de venta de las divisas y (ii) operaciones de venta de moneda extranjera que efectúen los bancos universales y microfinancieros con sus clientes con ocasión de las operaciones de intervención cambiaria ejecutadas por el BCV.

4.3. INTERVENCIÓN CAMBIARIA DEL BCV

Otro mecanismo del sistema mercado cambiario, es aquel regido por la intervención cambiaria del BCV que se introdujo en el sistema el 22 de enero de 2019 y que actualmente es regulado por la Resolución N° 19-09-03 publicada en la Gaceta Oficial N° 41.742 de fecha 21 de octubre de 2019 (la Resolución), conforme al cual el BCV podrá realizar de manera automática, operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros, mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el BCV por la cantidad en Bolívares equivalente a la operación cambiaria ejecutada.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Resolución, cuando el BCV lo estime pertinente podrá realizar de manera automática operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el BCV por la cantidad en bolívares equivalentes a la operación cambiaria ejecutada.

La posición total en moneda extranjera que sea “vendida” a las instituciones bancarias deberá ser aplicada a operaciones de compra-venta de monedas extranjeras integradas al Sistema de Mercado Cambiario, dirigidas de manera directa, a través de sus mesas de cambio, a sus clientes del sector privado con excepción de los que integran los sectores bancarios y del mercado de valores (artículo 2).

Se observa que la Resolución no sólo implica la operación de débitos automáticos de la cuenta única que mantienen las instituciones bancarias en el BCV, sino que adicionalmente, en caso de que las instituciones bancarias no logren vender a sus clientes la totalidad de las divisas a través de las mesas de cambio se le aplicarán cargas económicas desproporcionadas consistentes en:

- (i) Por desacumulación, deberán “vender” las divisas al BCV a la tasa vigente al momento de la operación reducida en un 5, 2375%, según el caso, y

- (ii) Cuando los bancos no logren aplicar la totalidad de las divisas, se entenderá que el saldo no aplicado en operaciones de compraventa no quedará sujeto a la deducción del fondo de encaje para la semana subsiguiente, resultando aplicable sobre el remanente no vendido desde la fecha de la ejecución de la operación de intervención cambiaria, una tasa anual de interés del 126%, para cada día en el cual se produjo el déficit de encaje.

La Resolución que se dictó para regular la intervención cambiaria fue emitida con fundamento en las atribuciones conferidas al BCV en los artículos 7, numerales 2, 7 y 15; 21 numerales 1 y 26; 58 numerales 1 y 2, en concordancia con el artículo 49, numeral 3; 121, 122 y 135 de la LBCV. Adicionalmente, la Resolución se fundamentó en los artículos 3, 4 y 11 del CC1.

Ahora bien, de la revisión de esas normas legales en las cuales se pretendió fundamentar la Resolución, se observa que el BCV únicamente puede dictar medidas para regular las operaciones de negociación, comercio, compra y venta de divisas, pero de ninguna manera la LBCV ni el CC1 prevén la posibilidad de que el BCV pueda realizar de forma automática y sin la aceptación expresa de la institución financiera operaciones de venta de moneda extranjera.

Así, la medida de intervención cambiaria en los términos planteados es violatoria de la garantía de la reserva legal y el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por cuanto el BCV dictó esa Resolución sin contar con una habilitación legal para ello y, menos aún, para limitar el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica de las Instituciones del Sector Bancario a través de una “intervención cambiaria”.

Se trata de una medida que resulta impuesta por el BCV sobre los bancos, la cual supone el débito de bolívares de las instituciones financieras para la adquisición de las divisas que de forma imperativa están obligados a adquirir del BCV. La expresión “automática” a la que hace referencia la Resolución, supone que el BCV procederá a

realizar la operación de venta de divisas de forma obligatoria y sin que exista la voluntad expresa de la institución financiera, a la cual se le han debitado los bolívares correspondientes.

De modo que no se trata realmente de una operación de compra venta, pues conforme a lo establecido en el artículo 1141 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1161 *eiusdem* el consentimiento de las partes es un elemento esencial para la existencia del contrato de compra venta, el cual no está presente cuando el BCV implementa esta medida de intervención cambiaria.

No existe en el ordenamiento jurídico ni ha existido en el marco del régimen de control cambiario que se aplicó en Venezuela desde el año 2003, alguna figura establecida por el legislador que prevea la posibilidad de que se efectúen operaciones de compraventa coactivas en virtud de la cual el BCV obligue a los particulares a comprar divisas sin su consentimiento, de manera que en virtud de la garantía constitucional del derecho de propiedad cualquier mecanismo de adquisición coactiva distinto a los establecidos legalmente implica una violación al derecho de propiedad.

La medida de intervención cambiaria que implica una supuesta operación de compraventa de divisas, sin el consentimiento de las instituciones bancarias y sin que se realice la entrega efectiva de las divisas “compradas”, constituye una violación al derecho a la libertad económica (artículo 112 Constitución) y al derecho de propiedad (artículo 115 Constitución) de las instituciones el sector bancario.

No cabe duda de que la medida de intervención cambiaria que supone realizar débitos automáticos por concepto de compraventa de divisas sin el consentimiento de las instituciones bancarias incide directamente sobre uno de los atributos de la libertad económica, como es la libertad de disposición del patrimonio del banco y de decidir conforme sus políticas internas en qué bienes invertir para contribuir con la solidez del banco dentro del marco regulatorio legalmente establecido para ello.

Igualmente en la Resolución, el BCV impone sin fundamento legal cargas económicas con efecto sancionatorio por el supuesto incumplimiento de la obligación de las instituciones del sector bancario de vender la totalidad de las divisas a sus clientes, lo que implica una violación del principio de tipicidad de las sanciones consagrado en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución.

Asimismo, al no conocerse el origen ni la forma de manejo de las divisas que serían asignadas automáticamente por el BCV, eventualmente podría incurrirse en violación de las Normas Relativas a la Administración y Fiscalización de los riesgos relacionados con la Legitimación de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva aplicables a las Instituciones del Sector Bancario, publicadas en la Gaceta Oficial N° 41.556 de fecha 17 de enero de 2019.

En igual sentido la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, del 15 de diciembre del 2000, dispone el deber de tomar medidas necesarias destinadas a tener conocimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición y movimiento de capitales.

En consecuencia, es evidente que la ejecución de la operación cambiaria impuesta unilateralmente por el BCV y dar cumplimiento a las cargas establecidas (sin fundamento legal) por parte de las instituciones bancarias, implica una grave violación de las normas generales que rigen el sistema financiero, las cuales establecen el deber de las instituciones bancarias de proteger y salvaguardar los recursos de sus clientes, pudiendo, incluso, ser sancionados por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) por la inobservancia de las mismas.

En consecuencia, la medida de intervención cambiaria coloca a las instituciones bancarias en una situación de incertidumbre jurídica, pues por una parte las obliga a realizar operaciones en contra de los principios generales que rigen el sistema financiero, pero, por otra parte, estableció que el incumplimiento de la Resolución puede dar lugar a la imposición de cargas económicas con efecto sancionatorio.

CONCLUSIONES

Actualmente en Venezuela se encuentra vigente un Convenio Cambiario que “predica” la libre convertibilidad de la moneda respecto de las operaciones del sector privado y no impone prohibiciones expresas a las operaciones de cambio que se efectúen sin la intervención directa del BCV, cuya tasa oficial no resulta obligatoria sino meramente referencial para esas operaciones.

Téngase en cuenta que a la luz del régimen jurídico actual no se prohíben las operaciones realizadas al margen de los mecanismos establecidos (mesas de cambio, operaciones al menudeo e intervención cambiaria), no obstante, al analizar cada uno de estos mecanismos se observa que en mayor o menor medida interviene el BCV y se le otorgan potestades discrecionales que ponen en riesgo el derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad de las personas naturales y jurídicas que realizan operaciones a través de esos mecanismos que integran el denominado Sistema de Mercado Cambiario.

En efecto, el establecimiento de un Convenio Cambiario que “predica” la libre convertibilidad de la moneda en el marco de un sistema jurídico regido por normas represivas que desincentivan la inversión en Venezuela (control de precios, régimen fiscal confiscatorio, etc.), no tendrá efectos positivos en la realidad económica venezolana en la medida de que no se garantice la libertad económica, la propiedad ni la seguridad jurídica, y se dicten normas contradictorias que por un lado pretenden incentivar las operaciones cambiarias del sector privado, pero por otro lado, imponen cargas económicas excesivas y mecanismos regidos por la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades públicas.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER CARÍAS, A. *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. EJV. 4ta Edición, Caracas, 2004.

BREWER CARIAS, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983.

CASTRO VIDELA S. y Maqueda Fourcade S. El derecho de propiedad privada y libertad económica. *Ius Humani*. Revista de Derecho Vol. 4 (2014/2015).

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J., Los Principios Del Actual Régimen Jurídico Del Control De Cambio En Venezuela. En Revista De Estudiantes De Derecho De La Universidad Monteávila. *Derecho y Sociedad*. Caracas, 2003.

IRIBARREN MONTEVERDE, H. *Compra-Venta De Divisas En Venezuela Aspectos Históricos Y Estructurales*. Conferencia dictada por en las XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo.

CONSIDERACIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DESDE LA INICIATIVA PRIVADA

David Cedeño Carpio

Abogado litigante egresado de la Universidad José María Vargas, con estudios en Especialización en Derecho Procesal de la UCAB, Maestría en Filosofía Mención Teoría de la Argumentación, Maestría en Filosofía Mención Filosofía de la Práctica y Doctorado en Derecho (TEG, TGM y Tesis Doctoral por consignar).

Resumen

La función jurisdiccional es quizás la actividad humana más importante de todas, actualmente es ejercida por el Estado, quien es representado por sujetos que han obtenido los más altos cargos como resultado de alianzas, o de una sagaz manipulación mediática de la psicología social y la propaganda para el control de las masas, sin que los méritos, los logros, la experiencia, las capacidades ni las competencias de los funcionarios jueguen un papel fundamental en la designación de sus respectivos puestos. Actualmente, en mayor o menor medida el acceso a la justicia constituye uno de los negocios ilícitos más lucrativos, reservado casi exclusivamente para quien ostenta poder político, económico o una combinación de ambas cosas. Es por ello que la función jurisdiccional (incluido el sistema penitenciario) debe ser desarrollada por organizaciones privadas con fines de lucro sometidas a estrictos medios de supervisión y control a cargo tanto del Estado como de la comunidad y de los medios de comunicación, sobre la base de parámetros preestablecidos que procuren la estandarización y uniformidad del quehacer jurisdiccional, tanto en su parte operativa como administrativa.

Palabras clave: Función Jurisdiccional, Administración de Justicia, Justicia Privada, Estado Mínimo.

CONSIDERATIONS ON THE EXERCISE OF THE JURISDICTIONAL FUNCTION FROM THE PRIVATE INITIATIVE

Abstract

Judicial function is perhaps the most important of all human activities; it is currently performed by the State, which is represented by individuals who have reached the highest positions through alliances, or a cunning media manipulation of social psychology and the use of propaganda for controlling the masses; while the merits, achievements, experience, capacities or competence of the officials do not play a fundamental role in the appointment to their positions. Today, to a greater or lesser extent, access to justice constitutes one of the most lucrative illicit businesses, reserved almost exclusively for those who hold political or economic power, or both. That is why the judicial function (including the prison system) must be performed by private for-profit organizations subject to strict supervision and control by the State, the community and the media, on the basis of pre-established parameters aimed at the standardization and uniformity of the judicial work, both in its operational and administrative aspects.

Keywords: Judicial Function, Administration of Justice, Private Justice, Minimum State

David Cedeño Carpio

Nadie gasta el dinero de otra persona tan cuidadosamente como gasta el suyo propio. Nadie usa los recursos de otra persona con tanto cuidado como utiliza los suyos propios. Así que si quieres la eficiencia y la eficacia, si deseas que el conocimiento sea utilizado apropiadamente, tienes que hacerlo a través de los medios de propiedad privada
Milton Friedman - Economista e intelectual estadounidense
(1912 - 2006)

Se muestra como innegable el hecho de que las crisis, las tragedias, las desgracias, y los eventos desafortunados en general, se presentan como oportunidades valiosas para la corrección, modificación, proyección y prevención, de circunstancias que de otra forma no podrían ser advertidas ni tan siquiera por las mentes más agudas, lo cual comporta un catalizador para la producción de ideas y teorías que supongan una evolución significativa en el pensamiento humano y la acción de este sobre circunstancias de tal naturaleza, dado el particular nivel de aberración en su concepción y desarrollo así como lo nocivo de sus efectos.

Esto puede evidenciarse en cada uno de los grandes avances de la ciencia o de la filosofía a lo largo de la historia de la humanidad: el descubrimiento de la penicilina¹, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano², la Declaración Universal de los Derechos Humanos³, el descubrimiento de la energía atómica⁴, la invención de Internet⁵, entre muchos en todo tiempo y lugar, cuya mención o profundización en su estudio implicaría una desviación innecesaria del tema bajo examen. El punto es que, difícilmente se prevé o alcanza la solución de un problema que nunca se ha sufrido o tan siquiera

¹ Ver: Francisco De Diego Calonge, *Hongos Medicinales* (Madrid-México: Ediciones Mundi-Prensa), 14, 2011; Raúl Romero Cabello, *Microbiología y Parasitología Humana* (México: Editorial Médica Panamericana, S.A. de C.V.), 49, 2007; entre otros.

² Asamblea Nacional Constituyente Francesa, 1789, *Los Derechos del Hombre* (Colombia: Fundación Editorial Epígrafe), 2003.

³ Organización de las Naciones Unidas, *Historia de la Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos* (s.f. <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml> (último acceso: 01 de Julio de 2018).

⁴ Fírel Castro Díaz-Balart, *Energía Nuclear y Desarrollo* (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue), 1991.

⁵ Félix Badia, *Internet: Situación Actual y Perspectivas* (Barcelona, España: La Caixa), 16, 2002.

se haya vislumbrado.

Siguiendo este orden de ideas, debe reconocerse que la crisis económica, política, social, judicial y humanitaria patente hoy día en lo que actualmente se denomina *República Bolivariana de Venezuela* cuyos cimientos (de la crisis) se fortalecieron y desarrollaron vertiginosamente a partir de la puesta en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁶ y la puesta en marcha del proyecto político de Hugo Chávez Frías, con la consiguiente y aparejada imposición ideológica socialista⁷, revela escandalosas perversiones en el manejo de los Poderes Públicos, lo que desde cierta perspectiva se muestra como una mina de diamantes lista para ser explotada, y luego cortados y pulidos cuidadosamente sus valiosos elementos. Uno de estos elementos consta de la función jurisdiccional, objeto de la presente disertación.

No obstante, cabe advertir que en las siguientes páginas se desarrolla el esbozo preliminar de un trabajo de mayor acuciosidad y envergadura de publicación posterior, el esfuerzo aquí se centra en sintetizar las ideas principales que dan pie a la posibilidad de concebir la función jurisdiccional como lo que realmente es: quizás la actividad humana más importante de todas. En efecto, cualquier otra actividad, así como la garantía de ejercicio o protección efectiva de cualquier derecho, depende del cabal cumplimiento teleológico del quehacer jurisdiccional, y a su vez, la ineficiencia de su ejecución se traduce indefectiblemente en caos, la corrosión de todas y cada una de las instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas, y consecuentemente en la destrucción de la civilidad y la paz social.

⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

⁷ El 2 de diciembre de 2007 Hugo Chávez impulsa un “Referendo Constitucional” con el que pretendió dar un marco constitucional a su proyecto socialista. Ante la derrota, impuso su ideología socialista mediante el ejercicio abusivo del Poder Público que para entonces había acumulado en su persona de forma absoluta. Al día de hoy, existe más de un centenar de normas jurídicas que de forma explícita declaran parcialidad política e ideológica socialista y bolivarianista, que es impuesta por la fuerza, y su incumplimiento es objeto de sanciones de diversa índole (v.gr. Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Decreto 8.096, publicado en Gaceta Oficial 6.020 de fecha 21/03/2011, entre muchas otras)

Ello deviene del hecho de que si los conflictos intersubjetivos no se dirimen oportuna y adecuadamente, los límites de los derechos y sus correlativas obligaciones comienzan a desdibujarse hasta el punto en que no habrá derecho alguno que pueda hacerse respetar, ni obligaciones que puedan hacerse cumplir, por la sencilla razón de que la inobservancia de la ley no tiene consecuencias materiales para el infractor, o las que tiene son desproporcionadamente tenues respecto de su causa, y con demasiada frecuencia, carece incluso de consecuencias jurídicas desde el punto de vista fáctico.

Dadas tales circunstancias es preciso preguntarse ¿por qué delegar una actividad de tal relevancia a una ficción jurídica (el Estado), que es representada por sujetos que han obtenido los más altos cargos dentro de la estructura de los Poderes Públicos casi de manera exclusiva, mediante alianzas o una sagaz manipulación mediática de la psicología social⁸ y la propaganda⁹ para el control de las masas, sin que los méritos, los logros, la experiencia, las capacidades ni las competencias de los funcionarios desarrollen un papel fundamental en la designación de sus respectivos puestos?

La respuesta a esta interrogante que ronda en la mente de probablemente casi cualquier persona entendida o no en el tema, es más o menos algo como esto *“El Estado debe ser el único titular de la Jurisdicción en tanto que ello le es dado mediante el uso de los Poderes Públicos, por estar investido de la autoridad necesaria y por ser un tercero imparcial”*

En este argumento destacan tres variables importantes: los Poderes

⁸ *“La psicología social es una disciplina en la cual las personas intentan comprender, explicar y predecir cómo los pensamientos, sentimientos y acciones de los individuos son influenciados por los pensamientos, sentimientos y acciones percibidos, imaginados o implícitos, de otros individuos”* Raven & Rubin en Enrique Barra Almagia, *Psicología Social* (Concepción, Chile: Universidad de Concepción, 1998, 2)

⁹ De acuerdo con Uceda, la propaganda es el conjunto de tareas que busca de manera sistemática, influir en las opiniones y actitudes del público al cual va dirigido, con el objeto de alcanzar una modificación opinática y comportamental sin que medie un proceso cognitivo-racional. Mariola Uceda García, *Las Claves de la Publicidad* (Madrid, España: ESIC, 2001)

Públicos, la autoridad¹⁰ y la imparcialidad. El Poder es uno de los cuatro elementos esenciales del Estado¹¹, sin el cual este, no podría existir. No obstante, el elemento más importante y que justifica la existencia de esta clase de organización social, es sin duda alguna la población¹², es decir, el conjunto de individuos que la integran. Por consiguiente, en un sistema de libertades es dado a la población delegar o no determinada clase de poder, ya sea en el Estado, en otra forma de organización, o en una persona determinada, de ser el caso.

Ahora bien, la autoridad como ejercicio legítimo del poder, se vincula estrechamente con lo antedicho, pues la legitimidad material solo puede otorgarla el destinatario de la norma o del mandato¹³, con la aceptación expresa o tácita derivada de su participación en la formulación de esta, y por ende, mediante el aval del convencimiento generalizado de los individuos de que su observancia redunda en beneficio propio así como de sus pares, para alcanzar la armonía intersubjetiva y con ello la paz social.

En este mismo orden de ideas, cabe destacar que la legitimidad formal¹⁴ tiene relación con el estricto apego al procedimiento contemplado en el ordenamiento jurídico existente, en la realización de cualquier acto del Poder Público. Sin embargo, las formas legales son consecuencia de la realidad (o al menos es necesario que lo sean, para que el propio ordenamiento jurídico cuente

¹⁰ Entendida en este contexto como *legitimidad*, de conformidad con la segunda acepción aceptada por la Real Academia Española. Ver Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017. 2017. <http://dle.rae.es/?id=4UNmzWP> (último acceso: 19 de julio de 2018) “Del lat. auctoritas, -atis...2. f. Potestad, facultad, legitimidad...”

¹¹ Territorio, poder, población y el reconocimiento de la comunidad internacional. Ver (entre otros) Reinaldo Chalbaud Zerpa, *Estado y Política* (Caracas: Ediciones Liber), 2007; Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (México: Universidad Autónoma de México), 1995.

¹² Visto desde la perspectiva del ciudadano en un sistema de libertades con primacía en los derechos individuales. La ciudadanía es una condición normalmente necesaria para acceder al poder dentro de una sociedad determinada, con las excepciones obvias que implica la obtención de este por medio de la fuerza.

¹³ Entendido tanto como “orden o precepto”, como por “encargo o representación que se confiere a determinados individuos, la representación del Estado”. Ver: Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017. 2017. <http://dle.rae.es/?id=O9roruL> (último acceso: 30 de julio de 2018)

¹⁴ Ver: Ángel Sánchez de la Torre y Cristina Fuertes-Planas, *Principios Jurídicos en la Definición del Derecho*, (Madrid, España: Dykinson, S. L.), 2016, 252.

con legitimidad). De manera que, la población puede legítimamente otorgar un poder determinado sin que medie el Estado, configurar el acceso a este, así como determinar sus límites, sus directrices, y establecer quién y cómo ha de ejercer su supervisión y control.

En efecto, es la libertad de los individuos lo que debe dictar las reglas del juego, y no una especie de *poder supremo* que lo haga desde *lo alto*, esperando que todos obedezcan sumisamente. Acertadamente señalaba Aristóteles que el hombre es por naturaleza un animal político y social¹⁵, dado que el hombre no es hombre, si no es en sociedad. Así, la relación interdependiente de los seres humanos para la satisfacción mutua de sus necesidades, ha dado lugar a la formación de organizaciones políticas y sociales cada vez más complejas: pareja, familia, aldea, tribu, ciudad, Estado.

Empero, mientras más grande y compleja resulta una organización, los derechos y necesidades de sus miembros tienden a desatenderse y la efectividad de las tareas propias de las instituciones llamadas a satisfacerlas, se diluye, pues la naturaleza y razón de ser de tal estructura se pierde con el sobredimensionamiento del poder y las competencias autoatribuidas, especialmente cuando existen tendencias centralistas, intervencionistas o ambas cosas en el ejercicio de ellas. En cualquier caso, cuando no existe sentido de pertenencia y de responsabilidad sobre algo por parte de los sujetos, ese algo puede tomar cualquier camino, sufrir cualquier desperfecto, cualquier vejación o incluso, ser objeto de vil apropiación por parte de quien ha jurado protegerle y mantenerse imparcial.

Por supuesto que la velocidad o intensidad de concreción de tal fenómeno varía de acuerdo con ciertos factores, pero indefectiblemente la expansión del Estado se traduce necesaria e históricamente, en la sustitución de las actividades tendentes a satisfacer las necesidades de la población, por la satisfacción de las necesidades de quienes ostentan el poder mediante prerrogativas especiales,

¹⁵ Aristóteles, *Política* (Madrid, España: Editorial Gredos, S.A., 1988), Libro I, 1253a.

partidas presupuestarias secretas, formulación de normas jurídicas tendentes a “proteger” a los funcionarios y al ejercicio de sus cargos de cualquier acción que provenga de los ciudadanos. De tal manera que, los gobernantes van confeccionando para sí un marco jurídico y fáctico integrado por toda clase de privilegios que les separan marcadamente del resto de la población.

Esto conlleva como consecuencia, más tarde o más temprano, una reducción al mínimo de la efectividad de respuestas a los ciudadanos, haciendo la intermediación entre quien tiene la competencia de resolver un problema y el individuo que lo padece, cada vez más inalcanzable, aun tratándose de sistemas altamente descentralizados. En efecto, la ineficiencia de la función jurisdiccional en sistemas federales reales¹⁶, como el de los Estados Unidos de América es denunciada por Benson, quien propone desde una perspectiva económica la conveniencia de una función jurisdiccional en manos de los particulares, a través de su obra *Justicia sin Estado*¹⁷.

En ella, Benson ofrece evidencia estadística de la ineficiencia del sistema estadounidense de seguridad pública y de administración de justicia, sustentándolo con la creciente contratación de servicios privados de seguridad y arbitraje, la opinión de los ciudadanos sobre el trabajo de los tribunales, los delitos cometidos contrastados con los delitos denunciados y estos a su vez, con los delitos procesados, los delincuentes condenados en ocasión de estos, y reincidencia de los condenados en la actividad delictiva.

Delatado el problema, expone las razones económicas de la criminalidad y los factores económicos que, en contraposición, podrían reducirla. Asimismo,

¹⁶ Se hace este señalamiento para distinguir el federalismo, de farsas como la que constituye el “federalismo venezolano”, el cual solo puede divisarse en la letra del Artículo 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde puede leerse que: “*La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.*” Cabe destacar que, en la práctica, todas las decisiones (sin excepción alguna) de cualquier naturaleza y envergadura, pasan por la aprobación del Ejecutivo Nacional. De allí las numerosas críticas y sanciones internacionales al régimen instaurado desde 1998 por Hugo Chávez Frías y continuado por Nicolás Maduro Moros.

¹⁷ Bruce Benson, *Justicia sin Estado* (España: Unión Editorial, S.A.), 2000.

presenta los posibles beneficios de la iniciativa privada en la provisión de bienes y servicios relacionados con la función policial y de resolución de conflictos en materia civil y comercial mediante el arbitraje. En definitiva, muestra en forma general y abstracta, la factibilidad teórica para andar por este sendero de creciente auge en la práctica, pero aún lejos de arrebatar tales funciones al Estado.

En este sentido, Rojas¹⁸ dibuja trazos de mayor precisión en su obra *Las Contradicciones del Derecho Penal*, en la cual expone con gran seriedad y coherencia su propuesta de privatizar la acción penal y reorientar la finalidad del derecho penal así como de la pena, con miras a restituir a la víctima el daño causado por el infractor, pero exclusivamente desde el punto de vista patrimonial, subestimando la importancia psíquica, emocional, sociológica y antropológica de imponer un castigo al condenado. El autor del presente ensayo coincide con muchos de los razonamientos formulados por Rojas en su obra, tal como la prioridad que debe tener el resarcimiento del daño a la víctima mediante la comisión del delito, por sobre cualquier otro asunto dentro del sistema penal.

Sin embargo, existe un aspecto que se incluye dentro de la reparación del daño causado a la víctima, que consiste en la necesidad de retribución meta-patrimonial que tiene quien ha sido víctima de una transgresión contra la integridad física, psíquica, moral o emocional de su propia persona o de un ser amado. En términos más llanos, esta necesidad de retribución encuentra su significación más clara en el término *venganza*. Es claro que uno de los grandes avances de la civilización ha sido lograr que el sujeto activo de un delito sea procesado y castigado por terceros imparciales, cuyo convencimiento objetivo de la responsabilidad de aquel sobre el hecho antijurídico, determine si es merecedor o no de la sanción penal, la cual sustituye a la venganza personal.

De manera pues, que la sola retribución económica no es suficiente ni tan siquiera en la mitad de los casos de los delitos contra las personas. Supóngase que

¹⁸ Ricardo Rojas, *Las Contradicciones del Derecho Penal* (Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, S.R.L.), 2000.

Esteban Dido es el hombre más adinerado del planeta y decide secuestrar, torturar, esclavizar y abusar sexualmente de un niño de cinco años de edad, quien es hijo de la señora Desafor Tunada. Es muy poco probable que una madre acepte que la responsabilidad del delincuente sea únicamente patrimonial, y que se dé por satisfecha con el pago de una suma exorbitante de dinero por el daño causado.

Es necesario para la paz de la víctima, así como para la paz del resto los individuos que componen la población, que el infractor sea objeto de un castigo oportuno y equivalente a la gravedad del delito. Lo contrario crearía impunidad aceptada y avalada por el ordenamiento jurídico en beneficio de los delincuentes que cuenten con recursos económicos. Más aún, nada impide que luego de pagada la suma a la cual se condene al infractor, la víctima cobre venganza y dé muerte a su agresor, o le cause daños incluso peores que la muerte misma. Por lo tanto, el resarcimiento patrimonial no debe ser la única consecuencia jurídica por la comisión de cierta clase de delitos, sino que ha de ser parte integral de la pena.

Por otro lado, para los casos en que los delincuentes no cuenten con un patrimonio significativo al cual atacar para resarcir económicamente al agraviado, Rojas propone como alternativa de indemnización o prisión, la condena a trabajar en favor de la víctima bajo ciertas condiciones dictadas por el Juez. Esto, es parte integrante de la propuesta que se presenta en el presente ensayo, sin embargo, tal como lo propone Rojas, parece ser insuficiente: ¿qué impide que el ofensor abuse más frecuente y gravemente de su víctima si en ciertos casos, se encuentran dentro del mismo espacio o contexto geográfico que esta?

De manera que el trabajo como parte (sí, solo parte) de la retribución es necesario. No obstante, las condiciones deben ser precisas y coincidir con un castigo apropiado. ¿Qué pasa si el condenado se niega a quedar bajo el mando y tutela del agraviado o a trabajar en beneficio de este? ¿Le condenarán a pagar una suma todavía mayor...? Se convierte entonces en una referencia cíclica. No debe subestimarse la importancia de una sanción penal efectiva. De hecho, la

efectividad de la pena asegura en última instancia tanto el resarcimiento del daño a la víctima como el castigo al ofensor, tal como se formula más adelante.

La tercera variable que fundamenta el argumento a favor de que sea el Estado quien administre justicia de forma exclusiva y excluyente, se trata de la *imparcialidad* de la que en teoría goza el Estado, por *no tener interés* en el objeto de la pugna. Es a todas luces una fábula el mentado desinterés del Estado en alguna cosa en la que se encuentre involucrado. En primer lugar, cabe recordar que el Estado no es una deidad, y en la práctica, tampoco es una entidad distinta de los funcionarios que en su nombre ejercen el poder.

Por consiguiente, los sujetos que ejecutan funciones en nombre del Estado son quienes tienen o pueden tener interés (bien sea potencial o actual) sobre un determinado asunto. Todo lo que es realizado por el hombre es susceptible de corromperse. Así, mientras mayor poder y atribuciones tenga un individuo de la especie humana o grupo de ellos (por ejemplo, quienes representan al Estado), existen mayores probabilidades de perder de vista la integridad teleológica del poder que se les ha otorgado. Situaciones sociopolíticas extremas como la que se vive en la Venezuela del siglo XXI¹⁹, demuestran que cuando el Estado es juez, fiscal, defensor, parte, inspector, supervisor y contralor de sí mismo, y adicionalmente es quien financia el sistema de administración de justicia, las probabilidades de corrupción y desviación de recursos son exponencialmente mayores que si cada uno de los intervinientes son personas distintas, con intereses distintos (incluso, contrapuestos) y aún más, antagonistas naturales.

En este sentido, cabe destacar en primer lugar que el *interés del Estado* se deriva directamente del ordenamiento jurídico, y este como ya se adujo, debería ser la expresión formal de la convicción de sus ciudadanos en tal sentido, manifestación se alcanza de manera efectiva, solamente cuando los sujetos son libres de pensar y decidir sin coacción de ninguna clase.

¹⁹ Constituye una forma compleja de tiranía que puede ser calificada según el estudioso que la evalúe, como una tiranía autocrática, régimen neopatrimonialista, o bien un autoritarismo competitivo, entre otros.

En segundo lugar, en demasiados procesos el Estado es juez y parte (en materia penal (no estrictamente hablando, pero es titular de la acción), administrativa, contencioso administrativa, entre otros), y esto aunque funcione de manera aceptable en sociedades relativamente sanas por sus rasgos culturales, los graves defectos de este sistema quedan al descubierto como ya se ha dicho con anterioridad, en aquellas que se encuentran en el extremo de la balanza: sumidas en la corrupción donde no hay una cultura basada en valores sostenibles como la honestidad, la honradez, la probidad, la justicia.

Entonces al formular la gran interrogante ¿qué es mejor, el gobierno de los hombres o el gobierno de las leyes? Cabe decir sin lugar a dudas, que el gobierno debe ser de las leyes, pues los hombres suelen ser presos de las emociones, de los caprichos, de las pasiones, de los errores, son corruptibles. En efecto, aquellos individuos de la especie humana excepcionalmente buenos y hábiles para el gobierno, son raras excepciones que escasamente se han visto a lo largo de toda la historia de la humanidad.

De manera que el poder debe ser limitado y restringido, pues es opuesto a la libertad. El poder implica siempre y en todos los casos el sometimiento de una voluntad por otra. Por consiguiente, las reglas deben ser claras, distintas y precisas y constituir la excepción, procurando siempre dejar el menor espacio posible a errores o excesos. Por ello, va en contra de la razón y de toda lógica, que cualquier persona natural o jurídica sea parte, juez y verdugo en los procesos judiciales, especialmente el Estado quien cuenta con tanto poder, recursos y con frecuencia exceso de atribuciones.

En tercer lugar, como ya se señaló en párrafos precedentes, los más altos funcionarios de los Poderes Públicos obtienen sus cargos en la gran mayoría de los casos: (a) ganando la simpatía de sus electores (quienes suelen ser profundamente ignorantes en la materia que compete ejercer al funcionario en cuestión) y no por sus capacidades, lo cual es en extremo peligroso; (b) por designación a cargo de

otros funcionarios cuya competencia, capacidad y decencia es en casi la totalidad de los casos, dudosa; o (c) una combinación de los puntos “a” y “b”.

En cuarto y último lugar cabe preguntarse ¿sobre quién recae la competencia de supervisar y controlar a los funcionarios de gobierno (Estado)? ¿Recae sobre otros funcionarios de gobierno! (el mismo Estado). Puede citarse la independencia o la separación de poderes, pero en cualquier caso siguen siendo parte del poder Estatal. Por lo tanto, es una soberana insensatez que sea el Estado quien legisle, quien ejecute, quien decida y quien controle ¿qué clase de razonamiento valida tanto sometimiento de los ciudadanos? En definitiva, es tiempo de comenzar a corregir estos desequilibrios. Una manera de hacerlo es buscando alcanzar la mayor eficiencia y efectividad posible de las instituciones.

**I. LA IMPORTANCIA DE LA PENA Y DEL SISTEMA
PENITENCIARIO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA
URGENTE NECESIDAD DE SU PROGRESIVA Y COMPLETA
REFORMULACIÓN TELEOLÓGICA Y FÁCTICA.**

Aunque la idea que aquí se presenta abarca la totalidad de la actividad jurisdiccional respecto de todas y cada una de las áreas del Derecho, se hace hincapié en la materia penal, en razón de que es en este aspecto sobre el cual existe mayor resistencia, pues en materia civil se puede observar con mayor facilidad la conveniencia un resarcimiento patrimonial, o en general, ver el problema desde una perspectiva económica. Sin embargo, la materia penal y el monopolio de la ejecución de sanciones por parte del Estado, es una idea profundamente arraigada en la conciencia colectiva de la mayor parte de los conglomerados sociales del planeta (por no decir todos).

En tal sentido, cabe destacar que, de acuerdo con la posición dominante de la doctrina penal, la pena “...consiste en la privación o restricción de ciertos derechos del transgresor, que debe estar previamente establecida en la ley, y que es

impuesta a través de un proceso, como retribución, en razón del mal cometido.”²⁰, y tiene una finalidad de reinserción, readaptación y resocialización del delincuente. No obstante, su escasa efectividad obliga a replantearse este asunto²¹. Ya desde la segunda mitad del siglo pasado, Foucault advierte el rotundo fracaso de esta pretendida finalidad²². Fracaso que se evidencia en todos los confines del planeta: desde las sociedades más avanzadas donde otorgan una suerte de premio a los delincuentes con una vida apacible y segura²³, hasta las más aberradas perversiones, entre las que se cuenta el caso venezolano²⁴.

Por otro lado, se tienen diversos enfoques teóricos²⁵, entre los cuales está aquel que justifica la sanción penal con base en la retribución respecto de la ofensa y la prevención del delito²⁶. El primero, tiene relación con proporcionar un castigo al delincuente y el segundo,

²⁰ Alberto Arteaga, *Derecho Penal Venezolano* (Caracas: Ediciones Liber), 2009.

²¹ José Rico, *Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea* (México: Siglo XXI Editores), 1998.

²² Michel Foucault, *Microfísica del Poder* (Madrid, España: Las Ediciones de La Piqueta Seseña), 1979, 90: Mi hipótesis es que la prisión ha estado, desde sus comienzos, ligada a un proyecto de transformación de los individuos. Se tiene la costumbre de creer que la prisión era una especie de depósito de criminales, depósito cuyos inconvenientes se habrían manifestado con el uso de tal forma que se diría era necesario reformar las prisiones, hacer de ellas un instrumento de transformación de los individuos. Esto no es cierto: los textos, los programas, las declaraciones de intención están ahí. Desde el principio, la prisión debía ser un instrumento tan perfeccionado como la escuela, el cuartel o el hospital y actuar con precisión sobre los individuos.

El fracaso ha sido inmediato, y registrado casi al mismo tiempo que el proyecto mismo. Desde 1820 se constata que la prisión, lejos de transformar a los criminales en gente honrada, no sirve más que para fabricar nuevos criminales o para hundirlos todavía más en la criminalidad...

²³ Bevanger, Lars. «BBC Mundo | News.» *Por qué Noruega es el mejor país del mundo para estar preso*. 17 de marzo de 2016. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_carceles_noruega_presos_comodidades_breivik_amv (último acceso: 02 de agosto de 2018).

²⁴ Ver Informes Anuales y semestrales de Observatorio Venezolano de Prisiones. Disponible: <http://oveprisiones.com/informes/>

²⁵ Rico, “Las Sanciones Penales”, 72:

Las escuelas penales que surgen entonces atribuyen a esta pena fines diversos: la escuela clásica acentúa su aspecto moral, retributivo, expiatorio e intimidante; los positivistas introducen la noción de medidas de seguridad y los neoclásicos siguen asignándole fines represivos aunque también insisten en la necesidad de la enmienda del condenado; finalmente el movimiento de defensa social, y en particular la nueva tendencia representada por Marc Ancel, considera que la pena de prisión debe asegurar una protección eficaz de la comunidad social gracias a la apreciación de las condiciones en que el delito fue cometido, de la situación personal del delincuente, de sus probabilidades de enmienda y de sus posibilidades morales y psíquicas que permiten aplicarle un verdadero tratamiento de socialización.

²⁶ Andrew Von Hirsh, «Retribución y Prevención como Elementos de Justificación de la Pena.» En *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*, de Luis Zapatero, Ulfrid Neuman y Adán Nieto (La Mancha, España: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha), 2003, 125-146.

una advertencia al resto de los miembros de la sociedad, sobre las consecuencias de la comisión de hechos antijurídicos. Sin embargo, es de notar que: (a) por lo general este enfoque considera la retribución basada en una ofensa en contra de la sociedad y no en contra de la víctima; y (b) no considera en todos los casos, la retribución patrimonial.

Es un hecho pues, que todo daño que una persona causa a otra, tiene efectos más o menos perniciosos en la víctima. La intensidad del daño depende de diversos factores a considerar, tal como la sensibilidad del ofendido a la clase de hecho en particular, la intencionalidad del sujeto activo, las circunstancias contextuales, entre otras cosas. Pero en todo caso, el daño causado merece un resarcimiento patrimonial, incluso cuando el daño es estrictamente moral.

De manera pues, que aplicando el castigo apropiado al tiempo que se resarce económicamente a la víctima, se satisface la finalidad retributiva de la pena, mientras que se sientan los precedentes necesarios para advertir al resto de los individuos cuál es el costo de vulnerar los derechos de sus pares, cumpliendo así con su función disuasiva o preventiva. Incluso, puede que, si la consecuencia jurídica es lo suficientemente gravosa para el condenado, este modifique su comportamiento futuro. En este contexto, el sistema penitenciario debe encargarse de cumplir con esta finalidad.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Sobre la base de todo lo anterior, es claro que todas las perversiones conocidas del sistema actual, se reducirían de forma significativa al cambiar por completo el paradigma sobre el cual se maneja la administración de justicia. En efecto, tal como se adujo previamente, se promueve con ello la acuciosidad, intensidad y envergadura del papel evaluador, supervisor y de control sobre la actividad jurisdiccional.

Así, con el afán de alcanzar mayor eficacia en el cumplimiento de tales fines, se propone que todos los centros destinados a purgar condenas penales²⁷ deben ser propiedad de algún particular, tener fines de lucro y estrictos medios de supervisión y control a cargo tanto del Estado como de la comunidad y de los medios de comunicación. La razón de esto, es eliminar la ineficacia proveniente de la pesada burocracia gubernamental; reducir a la mínima expresión los casos de corrupción; de abuso; de torturas y demás violaciones graves a los derechos de los reos, así como facilitar el procesamiento judicial de los responsables de tales situaciones en caso de que ocurran, al no ser estos integrantes de la maligna tríada parte/juez/verdugo que se conforma en los Estados de hoy día.

Los reos pasarían a ser unidades productivas con condiciones especiales de seguridad, supervisión y control a través de todos los medios disponibles, a cargo del Estado y de la comunidad. Asimismo, cualquier institución o particular que desee constatar las condiciones, procedimientos y políticas mediante las cuales se llevan a cabo los objetivos del centro penitenciario para alcanzar su misión, podrá tener acceso a todas las áreas operativas, datos financieros y administrativos. De modo que esta clase de empresa debe estar capacitada para ser objeto de toda clase de auditorías, inspecciones o recorridos turísticos, contar con la presencia permanente o aleatoria de medios de comunicación o cualquier otra forma de

²⁷ Sea cual fuere la denominación que tenga, ya sea centro penitenciario, internado judicial, penitenciaría, comunidad penitenciaria, cárcel, centro de reclusión, colonia, o cualquier otra. A los efectos del presente trabajo, a todos ellos se le denominará en lo sucesivo “centro penitenciario”, de forma indistinta.

supervisión y control, necesaria para asegurar la transparencia y legitimidad de sus operaciones²⁸.

Un centro penitenciario ha de ser un negocio productivo y generar atractivos beneficios para sus accionistas, sus proveedores, sus clientes internos y externos²⁹, y para la comunidad. La construcción, distribución y disposición de sus instalaciones debe llevarse a cabo con base en estadísticas demográficas³⁰, no criminalísticas, y deberá llevarse a cabo mediante especificaciones técnicas que permitan la estancia y pernocta de solo un reo por celda, garantizando la plena seguridad e integridad de cada uno de ellos, así como del personal que labora en el centro penitenciario y cualquier persona natural o jurídica que desee visitar o supervisar las condiciones de los internos y los procesos operativos.

La actividad económica principal de cada centro penitenciario debe ser lícita y ha de incluir en gran medida, trabajos manuales que requieran gran esfuerzo físico³¹. El reo como unidad productiva tendrá derecho a un salario, el cual deberá

²⁸ Los detalles sobre la conformación y regulación de los centros penitenciarios, se abordan posteriormente en un estudio de mayor amplitud.

²⁹ Lee Krajewski y Larry Ritzman, *Administración de Operaciones: Estrategia y Análisis* (México: Pearson Educación de México), 2000, 217:

...En general, los clientes son internos o externos. Los clientes externos son las personas o empresas que compran el producto o servicio. En este sentido, toda la compañía es una sola unidad que debe esforzarse al máximo para satisfacer a sus clientes externos. Sin embargo, es difícil comunicar los intereses de los clientes a todos los miembros de la organización. A algunos empleados, sobre todo a los que pocas veces están en contacto con clientes externos, les puede resultar difícil comprender de qué manera contribuye su actividad al esfuerzo total. No obstante, cada empleado también tiene uno o varios clientes internos, es decir, los empleados de la empresa que dependen de la producción de otros empleados. Por ejemplo, un maquinista que hace perforaciones en un componente y luego lo pasa a un soldador tiene a dicho soldador como cliente. Aun cuando el soldador no sea un cliente externo, coincidirá con éste en muchas de las definiciones de calidad, con la salvedad de que se referirán al componente y no al producto completo. Todos los empleados deben hacer un buen trabajo al servir a sus clientes internos, para que al final los clientes externos queden satisfechos.

³⁰ Un centro penitenciario de determinada capacidad por cada cierto número de habitantes. La relación específica se aborda posteriormente en un estudio de mayor amplitud y detalle.

³¹ De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo 3 del artículo 8, siempre que la legislación lo permita y la condena haya sido dictada con las garantías del debido proceso por el tribunal competente, esta puede incluir trabajos forzados sin que ello sea considerado menoscabo de los derechos fundamentales del reo:

- a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

ser suficiente para hacer la siguiente distribución: una parte para su propia manutención dentro de las instalaciones; una parte destinada a resarcir el daño causado a la víctima o víctimas de su delito, siempre que ya no hubiere pagado lo dictaminado por el juzgado a tal efecto; una porción destinada a pagar el procedimiento judicial al cual fue sometido, siempre que no lo hubiere pagado ya; y una porción destinada a obras sociales dentro del ámbito geopolítico sobre el cual repercutió su delito (municipio si fue algo de impacto individual o local, estatal si trascendió a tales límites, o nacional si fuere el caso).

El personal no condenado que labore para el centro penitenciario, especialmente aquel que tenga funciones de autoridad, seguridad y control sobre los internos, deberá cumplir con elevados estándares psicológicos, éticos, sociales y técnicos, definidos previamente por las disciplinas a las cuales competa, y la normativa formulada especialmente para regular esta materia. Los estándares que deben cumplir las tanto las instalaciones, como el desempeño de los recursos humanos y materiales, serán definidos organizacionalmente a modo de franquicia con una cultura organizacional homogénea y sofisticada para la función que le corresponda desarrollar³².

En definitiva, aquí no se explican los detalles del sistema penitenciario. Simplemente se asoma la idea general a los fines de presentar de entrada, la solución a lo que constituye la principal objeción de los detractores de una jurisdicción en manos de particulares. En resumen, esta idea consta básicamente de que los centros penitenciarios deberán ser empresas productivas cuya principal

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como «trabajo forzoso u obligatorio», a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

³² Esta clase de estándares en la disposición de las instalaciones, en el aspecto operativo y relacional se evidencia entre muchos otros ejemplos respecto del punto señalado, en la cadena hotelera JW Marriott y McDonald's.

fuerza de trabajo se constituye de reos, los cuales mediante el cumplimiento de su condena generarán los recursos necesarios para pagar el proceso judicial que les condenó, resarcir a las víctimas y contribuir positivamente a la comunidad, en el caso de que no se hayan empleado otros medios más inmediatos y efectivos para satisfacer tales obligaciones³³.

Privatización de los Órganos Jurisdiccionales

Los tribunales de todas las materias, al igual que los centros penitenciarios, deberán erigirse en manos de particulares, sobre la base de parámetros preestablecidos que procuren la estandarización y uniformidad de los aspectos de forma y de fondo del quehacer jurisdiccional, tanto en su parte operativa como administrativa. En la actualidad, la administración de justicia en Venezuela y en todos los países “en desarrollo”, en mayor o menor medida constituye un negocio muy serio y sólido, que solo es accesible para quien ostenta poder político, poder económico o una combinación de ambas cosas, y sus beneficios son producto de la corrupción, la ilegalidad y el ejercicio inescrupuloso del poder.

Para ilustrar brevemente lo referido en el párrafo anterior, se menciona lo siguiente, cuya fuente no se menciona por razones obvias, pero asimismo, es un hecho conocido por todo profesional del Derecho que litigue en cualquier materia, o todo justiciable que haya vivido un proceso judicial en Venezuela³⁴: los hechos de corrupción, negligencia, prevaricación, ensañamiento, falta de ética profesional, ilegalidad y actos delictivos de toda clase, conforman el diario acontecer de los juzgados, cuyos titulares y auxiliares de justicia solicitan abiertamente el pago de tarifas para el simple cumplimiento de una función que le es inherente, y otra mayor, para actuar en favor del “benefactor”.

Por otro lado, es conocido el hecho de que cuando el Estado supervisa y controla a un particular, lo hace de manera más diligente que cuando lleva a cabo

³³ Pago voluntario, embargo, entre otros.

³⁴ Se cita la realidad y contexto venezolano insistentemente, en razón de que como se señaló anteriormente, la monstruosa deformación de sus instituciones permite ver con mayor claridad las fallas del sistema.

la misma actividad sobre un ente público. Esto es especialmente cierto en contextos sociopolíticos caracterizados por el clientelismo y la corrupción, como sucede en Venezuela y en la mayoría de los países latinoamericanos.

Una manera de evitar la corrupción del inspector-supervisor estatal, así como de los jueces y auxiliares de justicia es: (a) efectuar un proceso de selección exhaustivo y transparente para la designación de los cargos de supervisión, inspección y control, de las magistraturas de cada juzgado así como de los auxiliares de justicia; (b) el pago de beneficios y compensaciones generosas a los funcionarios, a los administradores y auxiliares de justicia, que incluyan recompensas adicionales por revelar hechos de corrupción (esto último, inclusive a terceros) y severas sanciones penales y pecuniarias por ocultarlos; (c) operativos constantes de inteligencia a cargo del Estado, a fin de constatar la pulcritud en el ejercicio de la función judicial; (d) estabilidad laboral, autonomía e independencia de los jueces.

Aunque un tribunal determinado sea una inversión de capital privado, los accionistas no han de tener facultades directivas ni administrativas sobre la función jurisdiccional, por consiguiente, no pueden contratar o despedir jueces a su antojo. El procedimiento de designación de los jueces ha de ser riguroso y estandarizado, basado en el mérito y con el concurso de los profesionales más entendidos en la materia tanto en las postulaciones como en quienes realizarán la selección.

Los recursos de los tribunales provendrán de: (1) un porcentaje de toda demanda patrimonial o procedimiento que dé lugar al pago de indemnizaciones, compensaciones o reparaciones de naturaleza económica; (2) el pago de una tarifa previamente establecida y estándar para todos los tribunales de la misma categoría sobre cada procedimiento, ya sea contencioso o no. El procedimiento deberá pagarlo la parte perdedora, so pena de embargo o bien de prisión en última instancia con las características antes descritas. Si la causa es declarada

parcialmente con lugar, el pago deberá ser sufragado por ambas partes, en la proporción que indique el tribunal, de conformidad con la decisión tomada.

Si se trata de un juicio penal, el juicio deberá pagarlo el condenado. Si tiene dinero líquido, le será embargada la cantidad correspondiente. Si tiene bienes, le serán embargados los bienes hasta el monto a pagar. Si no tiene patrimonio alguno del cual cobrar, deberá pagarlo con su trabajo en el centro penitenciario, con intereses sobre el tiempo que le tome sufragar la deuda. Si no hay condena en un juicio penal, este deberá ser pagado por el Estado si fue tramitado por el Ministerio Público y si el proceso ha sido incoado a instancia privada, deberá ser pagado por la parte querellante.

Cada estado, provincia, cantón o división político-territorial que agrupe varios municipios (o divisiones territoriales político administrativas equivalentes) tendrá un Tribunal o Corte Suprema, también privada, que se encargue de resolver los asuntos que competen al actual Tribunal Supremo de Justicia venezolano, que no sean contradictorias con las disposiciones constitucionales, pero circunscrito al ámbito estatal. El Tribunal Supremo de Justicia se mantendrá como un órgano público y resolverá residualmente, todos los asuntos que no sean competencia de las Cortes Supremas Estadales y coordinará el diseño de los estándares organizativos de los tribunales de la República. Sus magistrados solo podrán alcanzar tal cargo como resultado de sus méritos profesionales, académicos, éticos y sociales. Será requisito indispensable haber ocupado previamente el cargo de Juez titular en todas las categorías de tribunales de una misma materia, por un tiempo prudencial previamente establecido en la ley correspondiente.

Es claro que la legislación relacionada con la organización del Poder Judicial, de la Administración Pública y del Sistema Penitenciario, ha de ser reformada para dar cabida a un sistema de la naturaleza propuesta. De este modo, la independencia real y autogestión del sistema judicial constituye una vía mucho más razonable para lograr una verdadera autonomía e imparcialidad del Poder

David Cedeño Carpio

Judicial. La administración de justicia materializada por el Estado comporta una incoherencia demostrada a lo largo de siglos de historia. Lo que se dice ser “de todos” termina siendo de nadie y, en consecuencia, fácilmente apropiable por parte del más fuerte que en casi todos los casos, es quien ejerce el poder en nombre del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. *Política*. Madrid, España: Editorial Gredos, S.A., 1988.
- Arteaga, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. Caracas: Ediciones Liber, 2009.
- Asamblea Nacional Constituyente Francesa, 1789. *Los Derechos del Hombre*. Colombia: Fundación Editorial Epígrafe, 2003.
- Badia, Félix. *Internet: Situación Actual y Perspectivas*. Barcelona, España: La Caixa, 2002.
- Barra Almagia, Enrique. *Psicología Social*. Concepción, Chile: Universidad de Concepción, 1998.
- Benson, Bruce. *Justicia sin Estado*. España: Unión Editorial, S.A., 2000.
- Bevanger, Lars. «BBC Mundo | News.» *Por qué Noruega es el mejor país del mundo para estar preso*. 17 de marzo de 2016.
https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_carceles_noruega_presos_comodidades_breivik_amv (último acceso: 02 de agosto de 2018).
- Castro Díaz-Balart, Fidel. *Energía Nuclear y Desarrollo*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue, 1991.
- Chalbaud Zerpa, Reinaldo. *Estado y Política*. Caracas: Ediciones Liber, 2007.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.908 (Extraordinario)*. Febrero 19, 2009.
- . *Gaceta Oficial No. 36.860*. Diciembre 30, 1999.
- De Diego Calonge, Francisco. *Hongos Medicinales*. Madrid-México: Ediciones Mundi-Prensa, 2011.
- Foucault, Michel. *Microfísica del Poder*. Madrid, España: Las Ediciones de La Piqueta Seseña, 1979.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Autónoma de México, 1995.
- Krajewski, Lee, y Larry Ritzman. *Administración de Operaciones: Estrategia y Análisis*. México: Pearson Educación de México, 2000.
- Observatorio Venezolano de Prisiones. *Informes Anuales y Semestrales*. 25 de julio de 2018. <http://oveprisiones.com/informes/> (último acceso: 01 de agosto de 2018).
- Organización de las Naciones Unidas. *Historia de la Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

<http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml> (último acceso: 01 de Julio de 2018).

—. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, EEUU: Autor, 1966.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017*. 2017. <http://dle.rae.es/?id=4UNmzWP> (último acceso: 19 de julio de 2018).

Rico, José. *Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea*. México: Siglo XXI Editores, 1998.

Rojas, Ricardo. *Las Contradicciones del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, S.R.L., 2000.

Romero Cabello, Raúl. *Microbiología y Parasitología Humana*. México: Editorial Médica Panamericana, S.A. de C.V., 2007.

Sánchez de la Torre, A., y Fuertes-Planas C. *Principios Jurídicos en la Definición del Derecho*. Madrid, España: Dykinson, S. L. , 2016.

Uceda García, Mariola. *Las Claves de la Publicidad*. Madrid, España: ESIC, 2001.

Von Hirsh, Andrew. «Retribución y Prevención como Elementos de Justificación de la Pena.» En *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*, de Luis Zapatero, Ulfrid Neuman y Adán Nieto, 125-146. La Mancha, España: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2003.

LA PREVARICACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO VENEZOLANO

Aníbal Ruiz Alvarado y Olga Molano Lucena

Abogado egresado de la UCAB. Especialista en Derecho Económico UCAB. Litigante, Especialista en Materia Civil e Inmobiliaria. Docente Universitario. Conferencista y escritor de artículos. Licenciada en Educación en la UNESR. Maestría en Planificación Educativa en la URU. Doctorado en Educación en la UPEL-IPB. Docente, tutora y jurado de pregrado, postgrado. Investigadora, diseñadora de los Proyectos de Cultura de Paz, Valores y Ética. Conferencista, escritora de artículos y libros.

RESUMEN

El propósito de este ensayo es deliberar acerca de la prevaricación en la práctica del derecho venezolano. Los fundamentos epistemológicos en esta disertación están vinculados con las ciencias jurídicas y son explicitados en un orden cognoscente con la intención de interpretar y comprender los significados en el ejercicio de la abogacía. El sustento metodológico del análisis argumentativo se basó en la revisión documental de los planteamientos teóricos relacionados con el ejercicio de la carrera de derecho, la práctica empírica y los planteamientos éticos. Se concluye que la prevaricación, está reñida con la práctica de la abogacía la cual debe estar regida por los más altos principios altruistas del ser humano y en principio ello debería ser así, es decir, la honestidad, la integridad, la lealtad y la probidad, el estudio, el conocimiento y la rectitud deberían ser el norte de todo aquel que se ha dedicado al estudio de las leyes y a la defensa del derecho y la justicia, pero hay excepciones.

Palabras claves: carrera de derecho, ejercicio de la abogacía, prevaricación, ética

PREVARICATION IN THE PRACTICE OF VENEZUELAN LAW

ABSTRACT

The purpose of this essay is to deliberate about prevarication in the practice of Venezuelan law. The epistemological foundations in this dissertation are linked to the legal sciences and are made explicit in a cognitive order with the intention of interpreting and understanding the meanings in the practice of law. The methodological support of the argumentative analysis was based on the documentary review of the theoretical approaches related to the exercise of the law career, empirical practice and ethical approaches. It is concluded that prevarication is at odds with the practice of law which must be governed by the highest altruistic principles of the human being and in principle this should be so, that is, honesty, integrity, loyalty and probity, the study, the knowledge and the rectitude should be the north of all those who have dedicated themselves to the study of the laws and to the defense of the law and justice, but there are exceptions.

Keywords: law degree, practice of law, prevarication, ethics

INTRODUCCIÓN

En Venezuela, la prevaricación en el gremio de abogados es un tema tabú tanto es así, que cuando se insinúa una conducta de este tipo, la primera respuesta es de negación, aun cuando esta predisposición a la solidaridad automática, no contribuya a mejorar la percepción que la sociedad tiene sobre los abogados.

Las distintas facultades de Derecho en Venezuela, en sus currículos, contemplan un perfil profesional íntegro, con valores cívicos, morales y éticos que configuren en la práctica jurídica un patrón de comportamiento cónsono con el rol de un abogado capaz de representar con lealtad los intereses de las personas que requieren de sus servicios profesionales para la defensa ante una causa jurídica que ponga en tela de juicio sus derechos.

El propósito de este ensayo es deliberar acerca de la prevaricación en la práctica del derecho venezolano. Los fundamentos epistemológicos en esta disertación están vinculados con las ciencias sociales y jurídicas y son explicitados en un orden cognoscente con la intención de interpretar y comprender los significados del ejercicio de la abogacía. El sustento metodológico del análisis argumentativo se basó en la revisión documental de los planteamientos teóricos relacionados con el ejercicio de la carrera de derecho, la práctica empírica y los planteamientos éticos.

I. DESARROLLO DEL JUICIO ARGUMENTATIVO

Desde siempre se ha hablado que la Abogacía se rige por los más altos principios altruistas del ser humano y en principio ello debería ser así, la honestidad, la ética, la integridad, la lealtad y la probidad, el estudio, el conocimiento y la rectitud deberían ser el norte de todo aquel que se ha dedicado al estudio de las leyes y a la defensa del Derecho y la Justicia, lamentablemente, como suele ocurrir en todas las organizaciones humanas, existen aquellos que se desvían del correcto proceder¹.

El abogado, es ante todo, un individuo que cuando ingresa a las distintas facultades de Derecho, ya viene predeterminado con un patrón de comportamiento modelado por su circunstancia personal tal, y como lo expone Ortega y Gasset en sus *Meditaciones del Quijote*², si bien es cierto que se intenta educar y se instruye al futuro profesional, sobre los principios morales, cívicos, éticos; son las actitudes adquiridas desde sus núcleos familiares desde su infancia, así como de sus entornos sociales en los que convive, los que conllevan a asumir voluntariamente su conducta profesional.

Son precisamente, las circunstancias de tiempo, modo, lugar, costo de oportunidad, presión social, conocimientos, expectativas políticas o inclusive motivaciones tan intrínsecas como la ambición personal y/o presión económica, entre otras particularidades las que determinan el comportamiento de un abogado en una situación particular al decidir incurrir en una conducta prevaricante o colusiva, en contra de su cliente y de los intereses que representa en una causa que le fuese encomendada.

1. Alegatos conceptuales

La prevaricación, en el ámbito del derecho constituye un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, prevaricar es faltar voluntariamente a la obligación de la autoridad o cargo que se desempeña, quebrantando la fe, palabra, religión o juramento. Implica, cometer una falta análoga, aunque menos grave, porque distorsiona el cargo que se desempeña.

¹ OSORIO, Ángel. *El Alma de la Toga*. España: Editorial Reus. S.A. 1919.

² ORTEGA Y GASSET. *Meditaciones del Quijote*. España: Alianza Editorial Madrid. 1914

La Prevaricación como tal, pudiese ser considerada una serie de Conductas Ilícitas y Delictivas que atentan contra la correcta Administración de Justicia en perjuicio en un principio de la sociedad y en forma determinada en contra del cliente. Ossorio³, la define en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la siguiente manera:

Delito que comenten los funcionarios públicos dictando o proponiendo a sabiendas, o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia. En algunos códigos como el argentino, tiene significación más concreta; puesto que está referida únicamente a la administración de justicia, ya que el delito solo lo cometen el Juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él o citare, para fundarlas hechos o resoluciones que hicieren otro tanto; los árbitros y a los amigables componedores falsos; el juez que dictare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda, o que prolongare la prisión preventiva por más tiempo del que hubiese correspondido al delito imputado; el abogado o mandatario judicial que defendiere, o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente, o que de cualquier modo perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada, norma que se extiende a los fiscales, asesores y a todos los funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. Es pues un delito contra la administración pública

Esta conducta, originalmente se encontraba circunscrita únicamente a los funcionarios encargados de administrar justicia, jueces o secretarios de tribunales quienes son los llamados a aplicar la ley o de la Administración Pública y se encuentra íntimamente relacionada con el cohecho, pero se hizo evidente la necesidad de ampliar su alcance a fin de sancionar a los abogados en libre ejercicio, que se desvíen del mandato que le es conferido.

Viendo la referencia, observamos que Ossorio⁴ la define como:

Figura delictiva más corrientemente llamada exacción ilegal, referida al caso del funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciese pagar, o entregar indebidamente por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. El delito se agrava si el agente emplea intimidación o invoca orden superior,

³ OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina- Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 2006

⁴ OSORIO, Manuel. *Ob. citada*

comisión o mandamiento judicial; así como también si convierte en provecho propio o de tercero esa exacción.

De hecho al revisar el Derecho Comparado, se observa que pocas legislaciones sancionan la conducta atípica del abogado que en el libre ejercicio de sus funciones perjudica directamente al cliente con su actuación desleal, al revisar las legislaciones de Chile, Colombia, México, Perú, República Dominicana y España, el delito de prevaricación queda circunscrito a los funcionarios judiciales y/o administrativos del Estado, solo las legislaciones de Argentina en su artículo 271 del Código Penal y Uruguay en sus artículos 194, 195 y 196 del Código Penal, sancionan dicha conducta con multas e inhabilitaciones en el ejercicio profesional, pero no existe una sanción privativa de libertad como tal, aunque pueden que existan acciones civiles directas por los daños y perjuicios causados y que tal vez pudiese desarrollar el cliente víctima de la conducta desleal.

Igualmente, Hernando Grisanti, define la colusión como:

Pacto celebrado entre dos individuos en perjuicio de un tercero. En otras palabras: en su acepción forense, colusión es la traición de un litigante por su propio apoderado, o más claro aún: la venta de éste al adversario de su cliente o poderdante⁵.

Es por ello, que la legislación de Argentina y Uruguay han comenzado a atacar, aunque tímidamente bajo nuestro concepto el referido flagelo, sin embargo esto trae como consecuencia que la conducta atípica y desleal para el Abogado tiene una baja barrera de entrada, es decir el costo personal y/o económico que dicha conducta le puede acarrear al profesional es bajo ante las ganancias o beneficios que le pudiese reportar.

Desde esta perspectiva, Hernando Grisanti⁶, en su Manual de Derecho Penal, Parte Especial, citando a Carrara define a la prevaricación como “todo el que al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente”.

⁵ GRISANTI, Manuel Hernando. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 3ra. Edición. 1982. Pág. 712.

⁶ GRISANTI, Manuel Hernando. *Obra citada*. Pág. 709

Es decir la exigencia económica en la prevaricación es la que causa un perjuicio económico al cliente quien confió en el conocimiento, probidad e integridad del abogado contratado y ello es un elemento concurrente que se observa en los delitos de colusión, fraude, estafa o el abuso de derecho y los mismos vienen a complementar el delito de prevaricación ya que este no puede operar en forma independiente a otra conducta ilícita, por cuanto el mismo es un medio y no un fin en sí mismo.

A este tenor, Carrara, en su Programa de Derecho Criminal señala que:

En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use este para un fin ilícito. Pero el sentido estricto y propio en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra prevaricación o prevaricato, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra estos y contra la confianza que se les otorga⁷.

La prevaricación en el libre ejercicio de la profesión de abogado, según nuestro concepto consiste en el engaño, traición o abuso de confianza que despliega el profesional, en consonancia con un tercero para causar perjuicios personales y/o económicos al cliente en su propio beneficio o de un tercero, aprovechando este todas sus herramientas profesionales para defraudar a aquel quien confió por cualquier causa en su pericia, experticia o conocimiento.

Dicha conducta puede consistir desde la ocultación o venta de información privilegiada hasta la inasistencia dolosa a actos fundamentales del proceso, la celebración de acuerdos colusorios con los funcionarios que deban conocer la causa o con la contraparte para lograr el perjuicio económico del cliente confiado y por ende el beneficio de los implicados, también pudiese ser la manipulación de la ley o de actos procesales.

Es decir es una conducta antiética, defraudatoria, violatoria de los principios de rectitud, honestidad, integridad, buena fe y justicia que entre otros rigen el ejercicio de la profesión, por lo cual bien pudiésemos decir que la prevaricación es un delito económico

⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte General. Dictado en la Universidad de Pisa. Vol. II. Traducido de la 11ª edición italiana por Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma. 1944.

con fuertes implicaciones éticas y morales. Lo anterior se sustenta en que la prevaricación como tal, en forma independiente no es posible materializarla ya que es imprescindible que se le cause un perjuicio a la víctima y debe ser intencional, es decir dolosa, no es lo mismo que el profesional por desconocimiento de los hechos por cuanto la información suministrada por el cliente no esté completa o no sea cierta o las pruebas o evidencias no hayan llegado a su conocimiento en el momento en que entro a conocer la causa o en el momento oportuno de la promoción de la misma dentro del proceso y/o la falta de pericia o inclusive por la falta de conocimiento del derecho, haga que se cometan errores que cuesten el resultado de la causa a que, mediante una conducta colusiva, se acuerden acciones u omisiones que perjudiquen la causa que le fuese encomendada; que además demuestren la mala fe del profesional que desarrolla esa conducta.

2. Reseña histórica

La traición y el engaño existen inclusive desde los principios bíblicos en donde la primera de ellas se encuentra reflejada en el mismo Paraíso, cuando la serpiente induce a tomar la manzana del árbol prohibido, por lo cual bien pudiésemos afirmar con propiedad que esta conducta nació con el ser humano y es un elemento intrínseco de su evolución.

La historia por supuesto está llena de ellas, destacándose entre muchísimas de ellas, el asesinato de Abel por Caín, la venta de Jesús por Judas Iscariote por treinta monedas de plata, la muerte de Cesar o la de Efiltes de Tesalia quien vendió al Rey Jerges de Persia el paso de las Termopilas⁸ en esa misma batalla, que permitió la derrota de los Espartanos y casi la muerte de la civilización occidental, tal y como la conocemos hoy día.

No en balde Dante Alghieri en La Divina Comedia⁹, coloca a los Traidores en el Noveno Circulo de su Infierno, por haber sido estos quienes han engañado a aquellos con

⁸ HOLLAND, Tom. *Efiltes de Tesala. Fuego Persa*. Barcelona España: Editorial Planeta. 2007., citando a Herodoto. Pág. 351,

⁹ DANTE ALGIERI. *La Divina Comedia*. 1304 (Aprox.) Italia. S.L.U. Espasa Libros. España. 2.010.

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

los que tuvieron una relación especial y Maquiavelo en *El Príncipe*¹⁰, la reseña como un elemento fundamental de la Política.

Estadísticamente en el litigio, un porcentaje importante de las causas se encuentran fundamentadas en traiciones, pero sorpresivamente no se encuentran grandes trazos en la doctrina y jurisprudencia sobre la prevaricación, aun y cuando esas conductas se encuentran tipificadas en normas de carácter financiero y bancario y que regulan el manejo de información confidencial y privilegiada.

Algunos abogados, pretenden hacer caso omiso de la realidad, cuando lo cierto es que esa traición existe en el foro, no solo por parte de los funcionarios judiciales o administrativos que por cualquier causa inclinan la balanza de la justicia a favor de uno de los litigantes en favor de otro a través de situaciones de cohecho, sino de los mismos abogados en contra de sus propios clientes.

No son pocas las causas, en donde han operado confesiones fictas, que son disfrazadas con errores de conteos; o pactos celebrados a espaldas de los representados que son camuflajeadas con actuaciones judiciales previamente acordadas e innumerables argucias procesales que permiten de una manera u otra inclinar el proceso hacia los intereses de una de las partes.

En este sentido, la conducta prevaricante en la mayoría de los casos, por desconocimiento de la víctima (porque ya la persona dejó de llamarse cliente para pasar a ser afectado por una conducta delictiva y antiética), queda impune por los gastos, o miedos, que implicaría intentar un nuevo litigio contra quien en un momento dado, abusó de su confianza y lo traicionó, o por desconocimiento, o complicidad del nuevo profesional que conoce de la queja al ocultar dicha conducta justificando tales actuaciones.

La complicidad con el abogado prevaricante, inicia cuando se tiene una comprobación de dichas actuaciones; sin embargo, es imprescindible demostrar una relación de causalidad y consolidar un acervo probatorio importante y sólido, que permita

¹⁰ MAQUIAVELO, Nicolas. *El Príncipe*. 1513. Italia. Alianza Editorial. España 2010

una acción judicial en contra de un profesional del derecho que tiene el conocimiento del derecho y la posibilidad de defenderse a bajo costo.

Por todo ello, en los siguientes capítulos del presente escrito expondremos el que es, su fundamento legal, por qué y cómo intentar probarlo ya que inclusive a veces, la traición o delación esta, tan bien materializada que puede que sea posible detectar, pero imposible probar.

3. Características del delito de prevaricación.

Tomando como base, entre otros elementos parte de los estudios del Doctor Carlos Aponte González,¹¹ nos permitimos identificar las características fundamentales del delito de prevaricación, las cuales lo ubican como un (a) delito de acción pública, (b) acto doloso, (c) acción compleja o pluriofensivo, (d) consecuencias conexas, (e) hecho concurrente, y (f) perjuicio accesorio. A continuación se explicará cada una de ellas.

La prevaricación, es un delito de acción pública, por cuanto es un quebrantamiento de la ley que debe ser perseguido por la autoridad, sin necesidad de que la víctima formule una denuncia ante la autoridad correspondiente, ya que el mismo no solo perjudica directamente a esta, sino que perjudica directa y/o indirectamente a la sociedad.

Manzini, citado en Hernández Grisanti¹², señala que es “el interés público concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial de asegurar, mediante la sanción penal, el mínimo de fidelidad en el ejercicio del patrocinio judicial (...) que prohíbe irrogar dolosamente perjuicio a la parte representada”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al tratar el tema de la correcta aplicación de la justicia, señala expresamente en su artículo 49¹³ que todas las personas tienen derecho a la defensa, la tutela judicial efectiva y al debido proceso y su derecho a asistencia legal en cualquier proceso judicial y/o administrativo y al ser los abogados partes del sistema de administración de justicia de conformidad con lo previsto en

¹¹ APONTE GONZÁLEZ, Carlos. *Veritatis et iustitiae*. Lecciones de Derecho Penal

¹² GRISANTI. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 3ra. Edición. 1982. Pág. 711

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 49. Caracas. 1999

el artículo 253 ejusdem¹⁴, es evidente que las conductas desplegadas por estos profesionales en la búsqueda de la verdad, la justicia y el cumplimiento de la norma deben ser debidamente supervisadas y reguladas por el Estado y en el caso de incumplimiento deben ser sancionadas.

Nuestra legislación, en este sentido desarrollo jurídicamente dicha protección, en la Ley de Abogados, su Código de Ética, el Código Penal, el Código de Procedimiento Civil y el Código Civil.

En este particular la definición de Arteaga Sánchez¹⁵, señala que “el dolo consiste en la intención de realizar un hecho antijurídico. La esencia del dolo, pues, radica en intención.” Igualmente, Carrara¹⁶, señala que: “surge del entendimiento y de la voluntad y se define, en general, como un esfuerzo de la voluntad hacia un determinado fin, y en particular, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito”. Es decir, que para cometer el delito de prevaricación, debe antes que nada existir la intencionalidad, el deseo y manifestación exterior de la voluntad por parte del profesional que es responsable de la causa que le fuese encomendada, de cometer la acción antijurídica.

Por otra parte, la acción antijurídica depende de la circunstancia, puede ser de acción y/o de omisión en el cumplimiento de una obligación legal, como por ejemplo la “inasistencia” a un acto fundamental del proceso, como lo sería la contestación de la demanda al no presentar el respectivo escrito, o su inasistencia a la audiencia fijada, o la no promoción de las pruebas tempestivamente que permitan exonerar a su cliente de la obligación por la cual es demandado, o del delito que le fuese imputado.

De hecho para ser cometido el delito de prevaricación, no solo debe existir la intención, sino tiene que existir el dolo, es decir y tal como referencia Osorio¹⁷, sostiene que existe “la mala intención en lo civil y lo penal cuando se reflexiona durante algún tiempo y se puntualiza la ejecución de forma que lo asegure frente al desprevenido

¹⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 253. Ob. Citada.

¹⁵ ARTEAGA SÁNCHEZ, Ángel. Ob. Citada.

¹⁶ CARRARA, Francesco. Ob. Citada.

¹⁷ OSORIO, Manuel Ob. Citada.

adversario o víctima incauta”. Lo cual, equivale a premeditación que lo convierte en una acción pluriofensiva.

Al analizar la premeditación dentro del ámbito complejo de la defensa o acusación de un abogado, la misma debe ser considerada como una acción pluriofensiva, para que el mismo pueda ser imputado. En este caso, el abogado prevaricante debe violar más de una norma o derecho, por cuanto según la definición de Carrara¹⁸ este es un delito que viola más de un derecho, ya sean por concomitancia, ya sea por conexión de medio a fin. Un ejemplo según Osorio¹⁹ se da, cuando se comete un delito para facilitar la ejecución de otro, situación esta que es indispensable para que sea cometido el delito de prevaricación ya que tiene consecuencias conexas.

Las consecuencias conexas, son una condición indispensable en la comisión del delito de prevaricación para que el mismo tenga consecuencias directas en contra de los intereses de la víctima principal, la situación fáctica debe de estar interrelacionada con otra situación jurídica primaria, que resguarde alguna expectativa de derecho que asista directamente a la persona que confió en el abogado que comete la conducta prevaricante y por efecto cascada afecte a la debida administración de justicia y a la sociedad en general.

Por lo que podemos concluir que la prevaricación es una conducta atípica desplegada con intención por un profesional del derecho, quien abusando de la confianza depositada por su cliente en él, su conocimiento de la ley y la complejidad de la misma, se aprovecha de una situación fáctica determinada, que en principio se encuentra amparada por el derecho y/o la expectativa de derecho de un cliente, para en forma conexa y concurrente violar la norma con su conducta, y con la cual a su vez viola principios elementales del ejercicio de la profesión, como la ética, la responsabilidad, integridad e inclusive en muchos casos el secreto profesional o el uso de información privilegiada, para obtener para sí, y/o para un tercero beneficios de cualquier índole.

¹⁸ CARRARA, Francesco. Ob. Citada.

¹⁹ OSORIO, Manuel. Ob. Citada.

La prevaricación y la colusión, aunque no son sinónimos, es posible relacionarlos a los efectos de este estudio a la traición, la defraudación o el engaño, al abuso de la confianza e inclusive al abuso del derecho, ya que todas esas conductas desplegadas por el profesional conllevan el mismo resultado, que no es otro que perjudicar la causa que le fuese encomendada, para lo cual el individuo usa su posición privilegiada derivada de la representación que obtiene de su cliente y/o de la asistencia legal que hiciera a este basándose en la confianza que por cualquier causa lo haya llevado a contratarlo.

Es decir, el abogado posee en el momento de desplegar la conducta prevaricante una posición relevante, determinada por el manejo de información privilegiada y del conocimiento que se desprende tanto de la situación fáctica que trae la causa que le es encomendada, como de la ley, la norma, el proceso, la doctrina o la jurisprudencia que trata sobre la misma y/o sus circunstancias relacionadas y en donde viola entre otros tantos uno de los principios básicos en la conducta del abogado, como lo es el secreto profesional.

Por supuesto, el tratar el tema de la prevaricación en los círculos profesionales de los abogados, es un tema delicado, podría decirse que equivale a tratar el tema de la mala praxis médica y en consecuencia como profesionales debemos dar nuestra solidaridad automática a los colegas que materializan dichas conductas, cuando lo cierto es que debería ser todo lo contrario ya que las consecuencias son como todos los sabemos nefastas para el gremio.

Sin embargo, el abogado es un elemento importante de la Sociedad y de su evolución ya que es el guardián de las normas, el que vela por los derechos y los deberes de las personas sean estas naturales o jurídicas y es quien resguarda su libertad, sus bienes y su familia, formando parte importante del sistema de administración de justicia y con sus actuaciones, un ciudadano común puede perder el esfuerzo de todo el trabajo de su vida por una conducta prevaricante, por lo que consideramos que esa conducta, debe ser expuesta, denunciada y visualizada ya que afecta como un todo a la profesión y a la sociedad en general.

4. La prevaricación en la legislación venezolana.

En la legislación venezolana, se prevee para el delito de prevaricación, sanciones personales que abarcan pena de prisión desde 1 mes hasta 3 años y suspensión del ejercicio profesional, tal y como lo establecen los artículos 251, 252 y 253 del Código Penal²⁰.

La base constitucional de la sanción a la prevaricación, es el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²¹, en concordancia con los artículos 26, 27, 44 y 49, ya que indica que los abogados autorizados para ejercer la profesión, forman parte del sistema de justicia reconociendo expresamente el derecho inalienable e irrenunciable del ciudadano a ser asistido por un abogado en cualquier causa y/o instancia del proceso sea este judicial o administrativo tal y como lo consagra el ordinal 1ero del artículo 49, en concordancia con el articulado citado.

Tanto es así, que en el caso que el ciudadano no pueda costear un abogado, el Estado tiene la obligación de proveerle uno para su defensa para poder garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva, ya que acceder a la justicia debidamente representado, está igualmente consagrado como un derecho humano en el artículo 19, de nuestra Constitución²², hecho por el cual un proceso judicial que se haya realizado sin que una de las partes se encontrase debidamente asistido de abogado es nulo de nulidad absoluta por ser el mismo inconstitucional y así lo ha ratificado a lo largo del tiempo la doctrina y jurisprudencia continua y pacífica de nuestro más alto tribunal.

El abogado prevaricante al ser descubierto y/o su abogado asistente cuando este asume su defensa dentro de un proceso, tiene para escoger distintos mecanismos de defensa para su conducta delictual, como lo sería en un primer término entorpecer la respectiva averiguación penal demorando el proceso sin importar lo que establece el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil en sus ordinales 2do. y 3ro.²³, apelar a una mal entendida solidaridad gremial para intentar evadir una sanción, ofrecer un acuerdo reparatorio o

²⁰ Código Penal venezolano. Art. 251, 252, 253. Caracas. 2005

²¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 49. Ob. Citada.

²² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 49. Ob. Citada

²³ Código de Procedimiento Civil. Art. 170. Caracas.

acogerse a una suspensión condicional del proceso, conforme lo establece el Código Orgánico Procesal Penal

Es de allí del cumplimiento o no de ese conjunto de leyes que se origina la conducta que es considerada atípica y/o antijurídica en el delito de prevaricación ya que este delito solo puede ser cometido por aquella persona que ha sido consagrada como abogado por la Ley. Es decir, aquella persona que no es abogado no puede cometer el delito de prevaricación.

Siguiendo nuevamente a Hernández Grisanti²⁴ se contemplan al revisar el artículo 251 del Código Penal tres hipótesis:

“(a) Ocasionar perjuicio a la causa que le haya sido confiada, por colusión con la parte contraria o por cualquier otro medio fraudulento, (b) servir simultáneamente a las dos partes en un mismo juicio, (c) asumir la defensa de una de las partes, después de haber representado a la otra en el mismo juicio, sin haber obtenido el consentimiento de esta a tal fin.”

Sin embargo, no se explica explícitamente cuales son las conductas a sancionar, solo se hace referencia levemente a la colusión, el cohecho, la deslealtad y la traición y ello es así, porque simple y llanamente no es posible hacerlo, debido a la naturaleza casuística del delito y los grados de complejidad, concordancia, concierto y conectividad de las conductas desplegadas y de las normas violadas por el abogado prevaricante, por lo que nos permitimos en este trabajo, hacer con el debido respeto dos acotaciones a los referidos comentarios.

La primero de ellas, es referente a servir simultáneamente a ambas partes dentro del proceso, es improbable que un profesional conocedor de la ley, acometa directamente dicha conducta, pero si es posible y mucho más común de lo que se cree, que lo haga por abogado interpuesto, quien por ser amigo, asociado o relacionado con una de las partes, generalmente el accionante, se presta para una conducta que si bien pudiese ser

²⁴ GRISANTI. Ob. citada.

absolutamente legal, la misma se encuentra reñida con los principios éticos de profesionalismo consagrados en la Ley de Abogados y su Código de Ética.

El segundo, es referente al uso o abuso de información que es privilegiada al usar el conocimiento que le fuese otorgado al abogado que le es encargada una causa, para que en el uso de ese conocimiento, actuar o no, para perjudicar al cliente, confiado que le ha encomendado su defensa.

Circunscribirnos únicamente a la casuística expuesta en el Código Penal, es limitar la realidad y fomentar la impunidad, las distintas violaciones cometidas por el abogado prevaricante, se encuentran contempladas en la Ley de Abogados, el Código de Ética, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, entre otras leyes y sancionadas igualmente por las conductas que este efectivamente despliegue en la representación que le es conferida en base a la confianza que le fuese otorgada. Indica la Ley de Abogados²⁵ en su artículo 15, lo siguiente:

El abogado tiene el deber de ofrecer al cliente el concurso de la cultura y de la técnica que posee; aplicarlas con *rectitud de conciencia* y esmero en la defensa; ser prudente en el consejo, sereno en la acción, y *proceder con lealtad*, colaborando con el Juez, en el triunfo de la Justicia.

Es la primera obligación que contempla la Ley del Abogado con el cliente, actuar con rectitud de conciencia y lealtad hacia la causa que le es encomendada y que por supuesto es violada con la conducta prevaricante que desarrolla el profesional al traicionar la confianza que por cualquier concepto delegara el cliente en su favor.

Parte de la problemática existente para lograr demostrar la conducta prevaricante consiste en encuadrar la conducta atípica desplegada por el profesional, con las normas vulneradas y la localización de las mismas en el vasto entramado legal; por lo que así se incrementa exponencialmente las posibilidades de impunidad por la violación a las normas y la confianza que le fuese otorgada al abogado por el cliente ya que la dispersión y la

²⁵ Art. 15 de Ley de Abogados. Gaceta Oficial N° 33.357 del 25 de noviembre de 1985.

dificultad de encuadrar y ensamblar las mismas para poder presentar con éxito una acusación por prevaricación son tal, que como ya hemos mencionado anteriormente ofrecen un alto incentivo para la práctica y desarrollo de esa conducta.

La Ley de Abogados en su artículo 46²⁶ le concede a la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela la potestad de dictar las reglas de ética profesional y las medidas de disciplina que aseguren la dignidad del ejercicio de la abogacía, y la estimación pública que ésta merece, por lo cual la Junta Directiva del XIII Consejo Superior de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela en el ejercicio de su potestad el 3 de agosto de 1.985 aprobó el Código de Ética del Abogado, que entró en vigencia el día 15 de Septiembre de 1.985, derogando las disposiciones contenidas el Código de Ética Profesional del Abogado venezolano dictado en fecha 4 de septiembre de 1.956 y cualquier otra disposición normativa que colidiere con el referido Código, por lo cual se implementaron a través del mismo normas de estricto cumplimiento para todos los profesionales del derecho de Venezuela y que forman parte fundamental de las normas violadas por el abogado prevaricante.

Muchas de esas conductas igualmente se encuentran previstas en el artículo 61 de la misma Ley²⁷, que establece lo siguiente (a) infracción a las normas de ética profesional, (b) abandono de la causa, (c) negligencia manifiesta en la defensa asumida, (d) cohecho, (e) ejercicio ilegal de la profesión, y (f) violación del secreto profesional, con la excepción que este ocurra para evitar o denunciar la perpetración de un hecho punible.

El artículo 62²⁸ va más allá, define claramente lo que se entiende que hay negligencia manifiesta y señala que es (a) cuando el abogado, sin justa causa, no concurre a la contestación de la demanda, (b) no promoviere pruebas cuando se le han suministrado oportunamente los datos y elementos necesarios, (c) Si por su culpa queda desierto algún acto, se dicta y ejecuta alguna providencia que cause gravamen irreparable a su representado o no hace valer las defensas legales que el juez no puede suplir de oficio.

²⁶ Ley de Abogados. Art. 28. Ob. Citada

²⁷ Ley de Abogados. Art. 61. Ob. Citada

²⁸ Ley de Abogados. Art. 62. Ob. Citada.

Asimismo, en el artículo 70²⁹ en su ordinal e, señala que “los abogados que incurran en (...) Graves infracciones a la ética, al honor o a la disciplina profesional”.

Así como el Código de Ética del Abogado³⁰ establece como patrones de comportamiento profesional los siguientes deberes para con la profesión, la institución y su patrocinado, cliente y/o asistido. Indica el mismo en su articulado que el abogado entre otras cosas debe: (a) actuar con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad, (b) defender los derechos de la sociedad y de los particulares cooperando en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico y en la realización de una recta y eficaz administración de justicia, (c) fortalecer la fraternidad de sus colegas, mediante el respeto mutuo con trato cordial y racional tolerancia.

Igualmente, el Código de Ética del Abogado, señala que lesiona el patrimonio moral de todo gremio, el abogado que incurra en una acción indigna, se le debe exigir una (a) conducta del abogado siempre deberá caracterizarse por la honradez y la franqueza. No deberá aconsejar ni ejecutar actos que puedan calificarse de dolosos, hacer aseveraciones o negaciones falsas, citas inexactas, incompletas o maliciosas, ni realizar acto alguno que pueda entorpecer una eficaz y rápida administración de la justicia, (b) una sanción a aquel abogado que intente o ejecute actos en concusión, soborno o cualesquiera otros de corrupción, incurre en grave falta contra el honor y la ética, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, y (c) guardar el más riguroso secreto profesional y que entre otras cosas no podrá el abogado comunicar a terceras personas lo que llegare a su conocimiento por causa de su profesión y abarcara todo lo que se haya revelado o descubierto con motivo de requerirse la opinión del abogado, su consejo y patrocinio y, en general, todo lo que llegare a saber por razón de su profesión.

El abogado no debe intervenir en asuntos que puedan conducirlo a revelar el secreto, ni a utilizar en provecho propio o de su patrocinado, representado o defendido las confidencias que haya recibido en el ejercicio de su profesión, salvo que obtenga el

²⁹ Ley de Abogados. Art. 70. Ob. Citada.

³⁰ Código de Ética del Abogado. publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.324 de fecha 8 de octubre de 1985, reimpresso en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.357 de fecha 25 de noviembre de 1985.

consentimiento previo, expreso y escrito del confidente. La obligación de guardar el secreto profesional comprende también los asuntos que el abogado conozca por trabajar en común o asociados con otros abogados o por intermedio de empleados o dependientes suyos o de los otros profesionales. Razón por la cual cualquier comportamiento antiético: (a) constituye deslealtad e infracción de la ética profesional, celebrar arreglos con la contraparte a espaldas de su patrocinado, (b) Prohíbe encargarse de la representación de la otra parte, ni prestarle sus servicios en dicho asunto, aun cuando ya no represente a la contraria, (c) no puede aprovecharse en beneficio propio de la representación que le fuese otorgada, sino que antes bien cuanto obtuviere dentro de su gestión, pertenecerá exclusivamente a su representa o asistido y (d) el abogado sea diligente en su representación hasta la conclusión de la causa, que le fuese encomendada.

Por su parte el artículo 1.185 del Código Civil³¹ regula el abuso del derecho y es importante analizarlo en el presente estudio, por cuanto al ser el abogado el conocedor de la ley, puede usar este mecanismos para cometer una conducta prevaricante, como por ejemplo induciendo a un patrocinado a intentar una acción que sabe que será fallida.

Igual pasa con el fraude procesal, Dominguez Guillen, en su obra Curso de Derecho Civil III. Obligaciones³², al hacer su análisis sobre el Artículo 1.185, en lo que es referente al abuso del derecho, lo define como:

La posibilidad de que una persona incurra en responsabilidad civil al causar un daño a otro en el ejercicio de un derecho subjetivo. Supone un acto realizado en ejercicio de un derecho que cause un daño por convertirse en antisocial, irregular o anormal, al transgredir su ejercicio. A lo que habría que agregar para ser consecuente con su denominación que dicho ejercicio debe ser “abusivo.”³⁴

Más adelante citando una decisión judicial³³ señala que:

Indica una decisión judicial que “se puede definir el abuso del derecho como la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y al fin que persigue su otorgamiento. Debe

³¹ Código Civil Venezolano. Art. 1.185 Ob. Citada.

³² DOMINGUEZ GUILLEN. Curso de Derecho Civil III.

³³ DOMINGUEZ GUILLEN. Ob. Citada.

tenerse en cuenta que el elemento principal que permite la determinación del abuso del derecho es la realización de la conducta ilegítima dentro de los parámetros objetivos de una facultad. Es precisamente, esta característica la que permite diferenciar el abuso del derecho de las otras modalidades de actos ilícitos. La titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y a los fines del proceso³⁵.

La decisión judicial concluye que:

En líneas generales podemos sostener que habrá abuso de derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó, es decir, que estamos ante un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo o, dicho de otro modo, frente a una conducta que parece congruente con la norma de derecho, que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito³⁵.

Los derechos son facultades que otorga la ley pero no para ser utilizados al antojo del sujeto sino para ciertos fines; quien prescinde de éstos y los usa en otros diversos, desviándolos de su misión social, causando un daño a otro; abusa de ellos y debe indemnizarlo. Por lo que debe distinguirse de la “carencia de derecho”.

Señalando como requisitos indispensables para la materialización del abuso que (a) debe existir un daño material o moral experimentado por la víctima, (b) de ser causado por el autor del acto abusivo, (c) resulta del acto abusivo de un derecho por parte de su titular que haya excedido en su ejercicio los límites de la “buena fe” o por el “objeto en vista del cual le ha sido conferido, y (d) demuestra la existencia de una relación de causalidad entre el acto abusivo y el daño causado.

Ahora bien destacar que el estudio del abuso del derecho es fundamental, por cuanto el delito como tal tiene como sujeto activo del mismo al abogado, quien como profesional tiene el conocimiento de la ley y del derecho y quien está facultado por la Constitución y la ley para ejercer o no acciones en juicio y a representar, patrocinar y defender los derechos que por cualquier motivo le son encomendados.

Dicho profesional, dentro de su conocimiento y experticia debe tener la claridad y certeza de cuando está obrando en defensa de su patrocinado dentro de los límites de la ley o abusando de la misma para causarle un perjuicio directo a él mismo, como lo sanciona expresamente el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 17 ejusdem³⁴.

Dichos artículos entre otras cosas señalan expresamente que los abogados en el proceso deberán actuar con lealtad y probidad, así como entre otras cosas y el abogado deberá (a) exponer los hechos conforme a la verdad; (b) no interponer pretensiones, defensas e incidencias, cuando está plenamente consciente de su falta de fundamentos, como por ejemplo intentar reposiciones, nulidades, impugnaciones o apelaciones infundadas; (c) promover pretensiones o defensas principales o incidentales manifiestamente infundadas; y (d) obstaculizar en forma ostensible y reiterada el normal desenvolvimiento del proceso.

Existe evidencias en la práctica del derecho en Venezuela, que demuestran la existencia del abogado que en vez de buscar solucionar en el menor tiempo posible la causa encomendada conforme a la ley, busca es alargar lo máximo el proceso a sabiendas que el mismo está perdido, para recabar en su propio beneficio y/o inclusive de su contraparte costas y honorarios profesionales que al final del día deberán ser cancelados por sus patrocinados o mediante el desarrollo de procesos en donde inclusive se incurren en fraudes penales de conformidad con el artículo 462 del Código Penal³⁵ y/o fraudes procesales³⁶ concertados con la contraparte, como por ejemplo el acuerdo de una confesión ficta pactada en forma colusiva o una promoción extemporánea de pruebas, que le causan un daño irremediable a quien lo contrató, situaciones estas previstas en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, que condenan las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, la colusión y el fraude procesal y comenzada a desarrollar por el Tribunal

³⁴ Código de Procedimiento Civil artículo 17. Ob. Citada.

³⁵ Código Penal venezolano. Art. 462. Ob. Citada.

³⁶ VELANDIA PONCE, Romulo. Del Dolo Civil al Fraude Procesal. Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Colección Libro Homenaje Nro. 8 a José Andrés Fuenmayor. Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas Venezuela 2002. Pag. 559 – 625.

Supremo de Justicia en Sala Constitucional (caso Zamora- Quevedo) en fechas tan recientes como el año 2000, mediante Sentencias del 17 de marzo del año 1999 o la numero 908 del 4 de agosto del año 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, citado en Hernando Grisanti³⁷, que dice textualmente:

El fraude procesal puede ser definido como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio de este, destinados al engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero ³⁹.

Es evidente que con todo lo anteriormente expuesto; es el conocimiento que tiene el abogado prevaricante de la ley, lo que le permite desarrollar una conducta desleal, engañosa y fraudulenta tal y como la que se encuentra tipificada en el Código Penal³⁸, indica el señalado artículo 462 lo siguiente:

El que, con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno, será penado con prisión de uno a cinco años (...) Infundiendo en la persona ofendida el temor de un peligro imaginario o el erróneo convencimiento de que debe ejecutar una orden de la autoridad (...) El que cometiere el delito previsto en este artículo, utilizando como medio de engaño un documento público falsificado o alterado, o emitiendo un cheque sin provisión de fondos, incurrirá en la pena correspondiente aumentada de un sexto a una tercera parte.

Por otra parte el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil³⁹ ya citado, da la potestad al Juez, de tomar, prevenir o sancionar las faltas de lealtad y probidad en el proceso, la colusión y el fraude procesal, por lo que demostrar el despliegue de esa conducta es el verdadero problema. Pero aun y cuando no forma parte del presente trabajo el análisis del delito de fraude en sus distintas formas, es importante reseñar que la existencia de alguna de las formas fraudulentas que establece la ley, forman parte fundamental del delito de prevaricación, ya que ambos delitos tienen en común los siguientes aspectos: (a) burla a la buena fe del contratante, (b) el conocimiento del derecho,

³⁷ GRISANTI. Ob. Citada.

³⁸ Código Penal Venezolano. Art. 462. Ob. Citada.

³⁹ Código de Procedimiento Civil. Art. 17. Ob. Citada.

en este caso por el sujeto activo que es el abogado, (c) el ardid y/o la maquinación que se desarrolla y (d) la materialización del daño y el perjuicio.

Por cuanto al tener el abogado prevaricante el conocimiento de la ley, la experticia y el mandato de su cliente que ha confiado en él, por inclusive el propio mandato de la ley ya que como hemos indicado anteriormente al cliente no le es posible representarse a sí mismo en los distintos procesos legales que le atañen, se dan en consecuencia todas las circunstancias necesarias para que se produzca la conducta delictiva, sobre todo y cuando el beneficio económico y/o personal que para el comitente sea exponencialmente mayor a la posible sanción, la cual como expondremos más adelante, es de difícil comprobación y de alto riesgo y costo para la víctima.

5. Situación fáctica: Problemática.

Es aquí en donde está la verdadera problemática del asunto, en las sociedades de abogados la prevaricación equivale a la mala praxis médica y en consecuencia, casi siempre se desata una solidaridad cuasi automática, ya que como humanos, aceptamos que podemos equivocarnos, y eso es verdad. Sin embargo, históricamente no existe registros o documentos acerca de abogados que puedan decir que no se equivocaron, además, hay un sentimiento colectivo en el cual se identifica el “hoy le paso a él y mañana me puede pasar a mí”. Esa actitud es comprensible; no obstante, este argumento contribuye en muchas ocasiones a justificar la conducta atípica, desleal, colusiva y prevaricante; el elemento fundamental del entramado, es cómo comprobar la mala fe, con la que actúa el profesional.

Generalmente la prevaricación se encuentra directamente relacionada con el fraude, la estafa y el engaño y la utilización de los distintos mecanismos legales que utilizando la norma y abusando del conocimiento que del derecho tiene el profesional para causar el perjuicio al cliente que confió en él. Por cuanto una cosa es un error de interpretación, apreciación o de actuación los cuales puede suceder perfectamente dentro de un proceso a una conducta asociada a la comisión del delito de prevaricación a denunciar, por cuanto tal y como reseñamos en las características del delito de prevaricación, el mismo no es un delito directo o principal, sino complejo, conexo y convergente, es decir debe estar

asociado a otras violaciones de normas distintas a las tipificadas en los artículos 250 y 251 del Código Penal⁴⁰.

Por lo que para intentar acusar a un abogado de prevaricación, se deben dilucidar claramente los siguientes aspectos: (a) el desarrollo de una conducta dolosa y premeditada, (b) el conocimiento y experticia que tenga el profesional que desarrolla la conducta y los resultados de la misma, (c) las formas, maneras y circunstancias en las cuales se desarrollaron los actos y/o procesos legales que pudiesen sustentar la denuncia, (d) Es imprescindible analizar el marco fáctico, inclusive los entornos personales, económicos y emocionales del abogado, para proceder a denunciar el delito, y (e) el estudio de las situaciones fácticas, motivacionales y legales a denunciar deben encajar como un rompecabezas, ya que en muchas oportunidades y en virtud a la experticia del profesional que comete la acción de prevaricación con el consecuente daño causado, requiere actuaciones que permite y/u obliga la Ley que es técnicamente imposible demostrar la comisión de este delito y de los relacionados con el mismo.

a. Sujeto activo y pasivo

Hernando Grisanti⁴¹, definió como sujeto activo del delito de prevaricación a todo aquel abogado, procurador, fiscal, mandatario o defensor que cometa la acción, el Código señala la figura de director, pero si este fuese el caso de una empresa es imprescindible que el mismo sea abogado para poderle ser imputado dicho delito ya que si posee otra profesión u oficio, pudiese estar cometiendo, por ejemplo, el delito de defraudación, pero jamás el de prevaricación. El sujeto pasivo, en principio y por supuesto el más perjudicado es la persona que por cualquier causa o motivo deposita su confianza en el referido profesional, es la protección al superior interés de la justicia, el gremio de abogados que ve afectado su buen nombre.

b. Relación de Causalidad.

Es evidente tal y como ha sido expuesto en el presente estudio que debe existir una relación de causalidad entre las partes, los hechos, la norma y las conductas desplegadas así

⁴⁰ Código Penal venezolano. Art. 250, 251. Ob. Citada.

⁴¹ GRISANTI. Ob. Citada.

como en la concreción o no de la conducta atípica denunciada. García Maynez⁴² señala que la relación entre el supuesto jurídico y la producción de las consecuencias jurídicas, es necesaria, mientras que el vínculo entre las consecuencias de derecho y su realización es contingente, es decir se plantea la hipótesis en la norma y la conducta puede o no ser desplegada y esta puede ser activa u omisiva.

Asimismo, Arteaga Sánchez expone en su obra citada Derecho penal venezolano⁴³, la existencia de distintas teorías que exponen la teoría de la causalidad en el ámbito penal, señala entre otras la teoría de la *conditio sine qua non*, de la causalidad adecuada o de la causa eficiente y el análisis de las mismas, enmarcadas dentro de la situación fáctica del caso planteado.

c. Cómo identificar y probar la prevaricación.

Existen, dos (2) situaciones problemáticas, la primera de ellas sería (a) la Identificación del delito y (b) conseguir las pruebas que demuestren la mala fe y la intencionalidad que desde el análisis de entorno pueden llevarnos o no a la conclusión de si existió o no la comisión del delito denunciado de la acción y/u omisión de las acciones o conductas desplegadas.

La primera problemática radica en la identificación del delito de prevaricación, la cual pareciera un problema de simple resolución al concatenar normas, conductas y situaciones para poder así afirmar o no la comisión del delito, pero es allí, que se presenta el primero de los obstáculos, el abogado que desarrolla la conducta, también conoce la ley, y por supuesto, tratara en todo momento de encubrir de la mejor manera posible, la conducta atípica a desarrollar intentando inclusive justificar la misma, por lo cual busca adecuar su actuación a la situación jurídica del caso para justificar que sus acciones, se

⁴² GARCÍA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Derecho. Editorial Porrúa S.A. Ciudad de Mexico. 1980. Pág. 175

⁴³ A ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Obra Citada. Pág. 174 – 186

encuentran ajustadas a Derecho, aun y cuando haya abusado del mismo, conforme al 1.185 del Código Civil⁴⁴, que tipifica los ilícitos.

Es evidente que al existir dolo, existe mala fe y la intencionalidad de causarle el daño a su representado, el abogado siempre intentará buscar la forma y manera legal de no dejar rastros de su actuación atípica y que la misma le garantice:

1. El beneficio propio o de un tercero

2. La impunidad a su persona, es decir la evasión a las sanciones penales, civiles y/o administrativas que consagra la ley, por el desarrollo de su traición y deslealtad.

El abogado que conozca sobre una conducta prevaricante deberá:

Asumir la situación con integridad ética, revisando paso a paso desde el inicio de la causa, es decir la situación fáctica y como se originó la misma, como ha sido el desarrollo de la relación Abogado-Cliente, Abogado-Contraparte o Abogado-Institución (Tribunal, Ministerio Público, Administración Pública), revisando una a una las actuaciones desarrolladas por el profesional a ver si las mismas se encuentran ajustadas a las normas, la ley y a una lógica o estrategia judicial razonable, en donde inclusive concatenándolas con líneas de tiempo permitan demostrar casuísticamente si el abogado cometió o no el delito de prevaricación.

1. Demostrar la mala fe y la intencionalidad de las conductas desplegadas forma parte de las dificultades que se presentan, no es sencillo, porque como hemos expuesto el delito de prevaricación es complejo, concurrente, conexo y en consecuencia en el caso de la existencia del delito enmarcado por ejemplo dentro de un fraude económico, este debe ser igualmente demostrado, como bien pudiese ser la creación de una sociedad mercantil fantasma para facilitar defraudaciones o al igual que un fraude procesal (entendiéndose como tal desde una incorrecta representación judicial hasta el montaje o simulación de un proceso judicial) o un forjamiento de documento o una representación simultánea o continua o una venta del secreto profesional. Es decir, deben ser probados no solo los

⁴⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Derecho*. Editorial Porrúa S.A. Ciudad de México. 1980. Pág. 175

elementos del delito de prevaricación, sino los elementos de los delitos conexos, que facilitan la comisión del primero.

El segundo problema, es más difícil aun, por cuanto el mismo consiste en convencer a un profesional del derecho que tenga la suficiente confianza e integridad moral, para una vez analizado el caso y ver la posibilidad de plantear el mismo, decida proceder en contra del colega, por cuanto tal y como hemos señalado anteriormente en principio existe un principio de solidaridad automática, la cual no obstante, en algunas ocasiones es rota por las diferencias personales entre los litigantes, los incentivos económicos en juego o la evidencia o facilidad que puede presentar el caso ya que inclusive a veces el abogado prevaricante esta tan confiado de su relación con el cliente y de su impunidad, que deja los rastros de su delito en forma abierta.

Con esto, estimamos haber concluido con el estudio fáctico y doctrinario del delito de prevaricación, destacando los elementos éticos de la práctica del derecho en Venezuela para reseñar a modo referencial cinco (5) casos típicos de prevaricación.

El primero de ellos, es el típico fraude procesal, en donde una parte conviene con la otra en quedar confesa en una contestación a la demanda luego de una citación en una causa o pacta cualquier otra actuación procesal, por la cual, el abogado factura por ambas partes.

El segundo de ellos, es cuando un abogado asume una defensa sobre una determinada causa y por cualquier motivo renuncia a la misma, para demandar en forma inmediata y basando en gran parte su demanda a quien fuese antiguo cliente con información privilegiada que le fuese suministrada.

Un tercer caso al que bien podemos hacer referencia consiste en la actuación de un abogado principal a través de un abogado asistente induce a representar a dos partes en una misma negociación y suscriben asistiendo ambas partes el referido contrato, sin el conocimiento de alguna de ellas.

Otro caso es el del abogado que es el asesor jurídico de una empresa y luego atenta contra el interés económico de la misma en beneficio de uno o varios de los socios,

Aníbal Ruiz Alvarado y Olga Molano Lucena

vendiendo u omitiendo información relevante para la totalidad de los socios de la empresa y por último, podemos citar el caso en donde un abogado obliga a un cliente a suscribir un acuerdo contrario a sus intereses y en consecuencia la pérdida de la causa y al poco tiempo de dicha situación, el mismo pasa a representar los intereses del contrario.

CONCLUSIONES

El delito de prevaricación no es posible cometerlo en forma independiente, debe haber una concertación, conexión o asociación con otro tipo de conducta típica lesionada (fraude, forjamiento, simulación, venta de información privilegiada, entre otros) que den origen a una relación de causalidad que justifique la conducta desplegada.

Existen conductas vinculadas directamente a lo previsto en la ley y en el Código de Ética del Abogado, que en muchas oportunidades son realizadas para perjudicar al propio cliente, en la búsqueda de un interés propio.

Es importante destacar, que la conducta activa o pasiva del profesional, tiene una consecuencia directa con el resultado de la causa encomendada por lo que para la existencia del delito es necesaria la existencia de una relación de causalidad directa entre la situación fáctica planteada, la conducta desplegada por el profesional y el o los conjuntos de normas y principios que al ser violados concretan el delito.

Así se identifica, la mala fe en la actuación del profesional, la conducta dolosa que le permite una vez encomendada la causa, desarrollar la estrategia a seguir para cometer el delito de prevaricación, y así traicionar la confianza dada.

BIBLIOGRAFÍA.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Parte General. Dictado en la Universidad de Pisa. Vol. II. Traducido de la 11ª edición italiana por Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma. 1944.

DANTE ALGIERI. *La Divina Comedia*. 1304 (Aprox.) Italia. S.L.U. Espasa Libros. España. 2010.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Derecho*. Editorial Porrúa S.A. Ciudad de México. 1980.

GRISANTI, Hernando. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 3ra. Edición. 1982

HOLLAND, Tom. *Efialtes de Tesala. Fuego Persa*. Barcelona España: Editorial Planeta. 2007

MAQUIAVELO, Nicolas. *El Príncipe*. 1513. Italia. Alianza Editorial. España 2010

ORTEGA Y GASSET. *Meditaciones del Quijote*. España: Alianza Editorial Madrid. 1914

OSORIO, Ángel. *El Alma de la Toga*. España: Editorial Reus. S.A. 1919.

OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina-Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 2006

VELANDIA PONCE, Romulo. *Del Dolo Civil al Fraude Procesal. Nuevos Estudios de Derecho Procesal*. Colección Libro Homenaje Nro. 8 a José Andrés Fuenmayor. Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas Venezuela 2002.

LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANA. UNA MIRADA DESDE LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS

Claudia Madrid Martínez

Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

Resumen

La idea fundamental de estas breves líneas es analizar las soluciones de la Ley de Derecho internacional privado venezolana en materia de contratos internacionales, en el contexto latinoamericano, lo cual nos permitirá evaluar sus soluciones y determinar su adaptación a la realidad del mundo de los negocios después de más de veinte años de vigencia.

Palabras clave: Contratos internacionales. Autonomía conflictual. Principio de proximidad. Ley de Derecho Internacional Privado.

INTERNATIONAL CONTRACTING IN VENEZUELAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW. A LOOK FROM THE LATIN AMERICAN SYSTEMS

Abstract

The main idea of this paper is to analyze the solutions of the Venezuelan Act on Private International Law relating to international contracts, in the Latin American context, which will allow us to evaluate their solutions and determine their adaptation to the reality of the business world after more than twenty years in force.

Keywords: International contracts. Party autonomy. Principle of proximity. Act on Private International Law.

INTRODUCCIÓN

1998 marca un antes y un después para el Derecho internacional privado venezolano. En 1998 se promulgó la Ley de Derecho Internacional Privado, primera Ley autónoma de Derecho internacional privado en América. Esta Ley hunde sus raíces en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado por preparado una comisión conformada por Gonzalo Parra Aranguren, Joaquín Sánchez Covisa y Roberto Goldschmidt en 1963¹ y modificado en 1965² –muy bien recibido por la doctrina comparada³– y es producto de la tenacidad de la profesora Tatiana B. de Maekelt que, en 1995 tuvo la iniciativa de convocar a una Reunión Nacional de Profesores de Derecho internacional privado para discutir el proyecto y adaptarlo a los tiempos que corrían. La primera reunión se celebró en la Universidad Central de Venezuela y la segunda en la Universidad Católica Andrés Bello en 1996. Ambas contaron con la activa participación de Gonzalo Parra Aranguren⁴.

¹ Ver texto en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Colección Libros Homenaje No. 1, pp. 83 ss.

² F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 103 ss.

³ De Nova, Rodolfo, Current Developments of Private International Law, en: *The American Journal of Comparative Law*, 1964, Vol. 13, pp. 545 ss.; Goldschmidt, Werner, El Proyecto venezolano de Derecho internacional privado, en: *Revista del Ministerio de Justicia*, 1964, No. 50, pp. 77 ss.; Neuhaus, Paúl Heinrich, La actualidad de la codificación del Derecho Internacional Privado, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 245 ss.; Id., Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, (Trad. T. Maekelt), en: *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1970, pp. 54 ss.; von Schwind, Fritz, Disposiciones generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado (Trad. H. Leu), en: *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 692 ss. Los cuatro últimos trabajos citados fueron reproducidos en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., (Goldschmidt) pp. 115 ss.; (von Schwind) 125 ss.; y (Neuhaus) pp. 135 ss.

⁴ Una de las huellas dejadas por Parra Aranguren en la Ley se produjo en materia de fuentes. Ver: Hernández-Bretón, Eugenio, La “historia secreta” de la Ley de Derecho internacional privado en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, pp. 435 ss.

Claudia Madrid Martínez

Luego de intensos debates⁵ en el entonces Congreso de la República, la Ley fue promulgada el 6 de agosto de 1998⁶ y entró en vigor el 6 de febrero de 1999⁷. Tal como afirmó Hernández Bretón en sus palabras de apertura a la celebración de los veinte años de vigencia de la Ley, “[s]e trata de una Ley motivada por universitarios, ideada y redactada por universitarios y hecha para universitarios, con el deseo de colaborar con el mejoramiento del sistema normativo venezolano”⁸.

Y es que el Derecho internacional privado ha estado presente en la vida universitaria venezolana desde la creación de la cátedra en la Universidad Central de Venezuela en 1897⁹. Por las cátedras de las aulas de la Facultad de Derecho pasaron Lorenzo Herrera Mendoza, Benito Sansó, Joaquín Sánchez Covisa, Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana B. de Maekelt.

En 1997, la que podríamos llamar –sin complejos– Escuela Venezolana de Derecho internacional privado se consolidó con la creación de la Maestría de Derecho internacional privado y Comparado en la Universidad Central de Venezuela¹⁰, también por iniciativa de la profesora Maekelt y que cuenta con más de veinte años de labor ininterrumpida. La Maestría es sin duda el semillero de profesores de Derecho internacional privado de las universidades más importantes del país.

⁵ Parra-Aranguren, Gonzalo, Los trabajos preparatorios de la Ley venezolana de Derecho internacional privado de 1998, en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 157 ss., especialmente pp. 175 ss.

⁶ Palabras de pronunciadas en el acto celebrado con ocasión del Cúmplase de la Ley por Gonzalo Parra Aranguren, Tatiana Maekelt e Hilarión Cardozo, Ministro de Justicia, en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., 375 ss.

⁷ Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

⁸ Hernández-Bretón, Eugenio, La Ley de Derecho internacional privado y la universidad venezolana, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, pp. 301 ss., especialmente p. 301.

⁹ Parra Aranguren, Gonzalo, General course of Private International Law: selected problems, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1988, Tome 210, pp. 9 ss., especialmente p. 31.

¹⁰ <https://www.mdipc-ucv.com/> (15/07/2020).

Claudia Madrid Martínez

Legislativamente, el Derecho internacional privado ocupó desde muy temprano la atención de los juristas¹¹. En 1912, Pedro Manuel Arcaya, quien para entonces formaba parte de la Comisión Codificadora Nacional, órgano creado para trabajar en la reforma de los Códigos vigentes en la época, elaboró el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado¹². Esfuerzo notable si recordamos que, en el mundo, la primera Ley autónoma de Derecho internacional privado se promulgó en Polonia en 1926¹³.

Ahora bien, el impacto de la Ley en la práctica judicial fue innegable. Luego de su entrada en vigor, la Ley fue de inmediato aplicada en los tribunales. Sus sencillas pero eficientes soluciones adaptadas a las nuevas realidades llegaron para dejar atrás un sistema disperso e incompleto de corte estatutario¹⁴. La Ley constituyó, además, una inmejorable amalgama con las fuentes provenientes de la codificación convencional.

Hoy que vivimos una corriente codificadora recorriendo el subcontinente, queremos volver a las soluciones de Ley para verificar su conveniencia a 22 años de su promulgación y lo haremos mediante un análisis a la regulación de los contratos de internacionales en el contexto de la codificación estatal latinoamericana, tomando en cuenta, además de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México)¹⁵, instrumentos modernos como los Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales, aprobados el 19

¹¹ Las primeras normas de Derecho internacional privado aparecieron en el primer Código Civil venezolano el 1862, replicando las soluciones del Código Civil francés de 1804.

¹² Texto en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., 65 ss.

¹³ Ley de 2 de agosto de 1926 sobre el Derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales (Gaceta Oficial de Polonia, No. 101).

¹⁴ Sansó, Benito, El sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a José Melich-Orsini*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982, Vol. II., p. 917 ss.

¹⁵ Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). *Gaceta Oficial* No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

Claudia Madrid Martínez

de marzo de 2015¹⁶ o la Ley Modelo de la OHADAC sobre Derecho internacional privado¹⁷. Veamos.

I. AUTONOMÍA CONFLICTUAL

La facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable es hoy reconocida en gran parte de los sistemas de Derecho internacional privado, tanto en Europa¹⁸ como en América. En el ámbito interamericano destaca, desde luego, la Convención de México, de la cual, lamentablemente, solo son parte Venezuela y México. Por ello, tal vez como un reimpulso, el Comité Jurídico Interamericano adoptó recientemente la Guía sobre el Derecho aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas¹⁹, cuyo propósito fundamental es “...impulsar aspectos importantes del Derecho aplicable a [los] contratos en [América] a fin de promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo” (párr. 8), con fundamento en los principios de la Convención Interamericana y los nuevos desarrollos, particularmente contenidos en los Principios de La Haya. La Guía busca convertirse en una herramienta de ayuda para una mayor comprensión de la Convención Interamericana y sus principios, “...a fin de rectificar la falta de información y la información errónea relativa al instrumento, además de aclarar las incertidumbres y discrepancias presentes en las versiones en los distintos idiomas” (párr. 9)²⁰.

En el caso de Venezuela, la Ley de Derecho internacional privado, en materia de contratos internacionales, es leída a la luz de la Convención, pues tal como se afirma en su

¹⁶ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2016, Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf> (15/07/2020).

¹⁷ Su texto puede verse en: Fernández Rozas, José Carlos (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe. Trabajos preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015, pp. 383 ss.

¹⁸ En Europa el principal exponente de esta tendencia es el Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF> (15/07/2020).

¹⁹ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

²⁰ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

Claudia Madrid Martínez

exposición de motivos, las normas que en este instrumento regulan los contratos internacionales procuran

...resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por Venezuela en 1995, la más autorizada doctrina, y las necesidades de una de las instituciones de más delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional”²¹.

Así, ambos instrumentos consagran la autonomía conflictual (arts. 7 y 8 Convención de México, art. 29 LDIPV). Pero la Ley se limita a afirmar el sometimiento del contrato al Derecho elegido por las partes, sin establecer la forma y tiempo de tal elección. Tal silencio es subsanado, a través de las normas de la Convención, con lo cual, en el marco del sistema venezolano de Derecho internacional privado, las partes pueden elegir un Derecho no vinculado al contrato. La elección no se limita temporalmente, pues puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del contrato y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art. 8 Convención de México).

El artículo 17 de la Convención dispone que en su ámbito de aplicación se entenderá por Derecho el interno de cada Estado, con exclusión de las normas de conflicto, lo cual supone un rechazo al reenvío. Este principio es reconocido en el marco de la Ley, a pesar de que, en este instrumento, de acuerdo con su artículo 4, se admite el reenvío hasta segundo grado, pero se reconoce, como una excepción, la materia contractual.

Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho solo para una parte del mismo, pues se permite el *dépeçage* voluntario (art. 7 Convención de México). En tal sentido, Giral Pimentel ha afirmado que, aunque la Ley no refiere expresamente la posibilidad del *dépeçage*, la misma puede inferirse de la referencia de la Ley al Derecho aplicable a “las obligaciones

²¹ T. Maekelt / E. Hernández- Bretón / C. Madrid Martínez (coords.), *Ley de Derecho internacional privado, derogatorias, concordancias y comentarios*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Tatiana Maekelt, 8ª ed. aumentada y corregida, 2020, pp. 83-84.

Claudia Madrid Martínez

convencionales” y no simplemente a los “contratos internacionales”, tal como lo hace la Convención. Así, aceptando que el contrato es fuente de “obligaciones”, cada una de las obligaciones nacidas de un contrato puede estar sometida, por obra de la voluntad de las partes a un Derecho diverso²². Desde luego, “...resulta indispensable que la elección del Derecho sea lógicamente consistente, que se refiera a elementos del contrato que puedan estar sometidos a distintos Derechos sin causar contradicciones”²³.

Ahora bien, en la codificación estatal americana, el primer instrumento en reconocer la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato fue el Código Civil peruano²⁴, cuya reforma de 1984 incluyó el artículo 2095, norma de conformidad con la cual “[l]as obligaciones contractuales se rigen por la Ley expresamente elegida por las partes”²⁵. Le siguió México con la reforma al Código Civil de 1988²⁶, cuyo artículo 13.V –vigente hasta hoy– admite la aplicación del Derecho del lugar de cumplimiento del contrato “...a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro Derecho”; y luego Guatemala, con la Ley del Organismo Judicial de 1989²⁷, de acuerdo con cuyo artículo 31, “[l]os actos y negocios jurídicos se rigen por la Ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público”.

Después de la promulgación de la Ley venezolana, América Latina debió esperar hasta 2014 para contar con instrumentos normativos que reconocieran de manera expresa la autonomía conflictual como conexión para determinar el Derecho aplicable al contrato. Así,

²² Giral Pimentel, José Alfredo, *El contrato internacional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos No. 71, p. 193.

²³ Hernández-Bretón, Eugenio, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina (Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp. 86-87.

²⁴ <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf> (15/07/2020).

²⁵ Esta norma muestra la influencia del Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho internacional privado de 1963-1965. Así lo reconoce Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 75.

²⁶ Diario Oficial de la Federación 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última reforma publicada Diario Oficial de la Federación de 13 de abril de 2007, en: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/gdoc/> (15/07/2020).

²⁷ https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion_registral/Ley%20del%20Organismo%20Judicial.pdf# (15/07/2020).

Claudia Madrid Martínez

en 2014 fueron promulgadas la Ley paraguaya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales²⁸, normativa inspirada en los ya citados Principios de La Haya; la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana²⁹; el Código Civil y Comercial de la Nación argentina³⁰; y Ley que adopta el Código de Derecho internacional privado de la República de Panamá³¹. Todas reconocen la facultad de las partes para elegir el Derecho aplicable al contrato.

Al lado de estos sistemas, hay otros que se inclinan por el rechazo a la posibilidad de elección del Derecho aplicable. Destaca el caso de Brasil, país que a pesar de algunos intentos y de la opinión de la doctrina³², no ha podido desprenderse de la aplicación del

²⁸ Ley paraguaya, art. 4. Libertad de elección

1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes.
2. Las partes pueden elegir:
 - a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y,
 - b) Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles.
3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.
4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.

²⁹ Ley dominicana, Art. 58. Determinación de la ley aplicable al contrato. El contrato se rige por la ley elegida por las partes.

Párrafo I. El acuerdo de las partes sobre la elección de la ley aplicable debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.

Párrafo II. La elección de la ley aplicable podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

³⁰ Código Civil y Comercial, art. 2651. Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

³¹ Código panameño, art. 69. Los contratos internacionales están sujetos a la Ley designada por la autonomía de la voluntad de las partes...

Art. 70. Las partes en una relación contractual pueden someter el contrato a dos o más leyes siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico internacional y la divisibilidad del derecho aplicable regule una determinada obligación o situación del negocio jurídico. No podrá efectuarse la divisibilidad del derecho aplicable si esta impide la ejecución del negocio objeto del contrato o es en fraude o perjuicio de una de las partes.

³² “No Brasil, tanto a questão da escolha da lei aplicável quanto à eleição de foro não confere às partes a certeza de previsibilidade de que suas escolhas serão respeitadas pelos tribunais locais, se uma ação aqui for

Claudia Madrid Martínez

Derecho del lugar de constitución de la obligación, consagrada en el artículo 9 de la Ley de introducción a las normas de Derecho brasileño³³.

Pero quizá el caso más llamativo de rechazo a esta figura sea el sistema uruguayo. “Uruguay es tal vez el más férreo bastión contra la admisión del principio de autonomía conflictual”³⁴. A pesar de las reformas, el artículo 2399 del Código Civil³⁵ continúa vigente, sometiendo los contratos al Derecho del lugar de su cumplimiento; y cualquier posibilidad de una disposición en contrario queda vedada –según ha entendido la doctrina³⁶– con el contenido del artículo 2403 del mismo Código, norma de conformidad con la cual, “[l]as reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta solo podrá actuar dentro del margen que le confiera la Ley competente”.

Según estima Basedow, en ambos sistemas podría darse cabida a la autonomía conflictual, excepcionalmente, cuando el Derecho indicado por la norma de conflicto del foro declare como competente el ordenamiento jurídico de un Estado que admita que las partes pueden elegir el Derecho aplicable. Sin embargo, en estos casos, admite el propio

proposta, a despeito da cláusula pactuada. E esse respeito é imprescindível ao bom andamento do comércio internacional. Apesar do aumento significativo de casos sendo julgados nos tribunais pátrios, a legislação atual ainda tem ares do século XIX, afinada com as teorias oriundas da idade média”. Ver: de Araujo, Nadia / Daniela Corrêa Jacques, Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil, en: Revista Trimestral de Direito Civil, 2008, Vol. 34, pp. 267 ss., especialmente p. 279.

³³ Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Redação dada pela Lei No. 12.376, de 2010, en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm (15/07/2020).. Art. 9: “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

§ 1º *Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.*

§ 2º *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.*

³⁴ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 76.

³⁵ Código Civil, actualizado al 26 de febrero de 2010, en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos> (15/07/2020). Art. 2399: “Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la Ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889”.

³⁶ Alfonsín, Quintín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pp. 13 ss.

Claudia Madrid Martínez

autor, “...this exception is better explained as a recognition of renvoi rather than an express endorsement of a choice of law”³⁷.

En ambos, de hecho, la autonomía conflictual es admitida en materias específicas. En el caso de Brasil, la Ley de arbitraje³⁸ dispone, en su artículo 2.1 que “[p]oderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, permitiéndoles incluso elegir “...princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2.2).

El legislador uruguayo, por su parte, también en materia de arbitraje³⁹, recientemente admitió que el tribunal arbitral “...decidirá el litigio de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio” (art. 28.1). Pero antes había ya dejado cierto margen a la autonomía conflictual –aunque de una sola de las partes– en materia de mercado de capitales. Así, el artículo 46 de la Ley 16.749 de 1996 sobre mercado de valores⁴⁰, dispone que

En la emisión de valores, en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la Ley y jurisdicción aplicables a aquellos, cumpliendo con lo establecido en la presente Ley para su registro, si correspondiere.

Esta norma, aunque limitada, muestra cierta apertura “...hacia la posibilidad de que se acoja en el futuro la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”⁴¹. Este cambio podría cristalizar con la promulgación de la Ley general de Derecho internacional

³⁷ Basedow, Jürgen, The Law of open societies: private ordering and public regulation of international relations: General Course on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2013, Vol. 360, pp. 9 ss., especialmente pp. 167-168.

³⁸ Lei No. 9.307, 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem, *Diário Oficial da União*, 24 de setembro de 1996.

³⁹ Ley No. 19.636 Arbitraje Comercial Internacional, *Diario Oficial*, No. 29.992, 26 de julio de 2018.

⁴⁰ *Diario Oficial* No. 24.555, 12 de junio de 1996.

⁴¹ Alborno, María Mercedes, El Derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del Mercosur, en: *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 2009, Vol. 42, No. 125, pp. 631 ss., especialmente p. 650.

Claudia Madrid Martínez

privado, cuyo proyecto ya cuenta con la aprobación de la Cámara de Representantes⁴². El artículo 45 de este instrumento dispone:

1. Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al Derecho que ellas elijan.
2. La remisión al Derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.
3. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

Otro grupo de países de América Latina mantiene el apego a las normas de conflicto inspiradas bien en el Código Civil francés, bien en el Código Civil chileno de Andrés Bello. Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras y Nicaragua se encuentran en este grupo⁴³.

Sin embargo, este apego a la metodología estatutaria no excluye que la doctrina, e incluso la jurisprudencia y algunas leyes especiales, admitan que las partes puedan elegir el Derecho aplicable al contrato. En Chile, por ejemplo, algunos autores⁴⁴ admiten la autonomía conflictual sobre la base del artículo 1545 del Código Civil que dispone que “[t]odo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” y el Decreto Ley No. 2.349 de 1978 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público⁴⁵, cuyo artículo 1 admite la elección del Derecho aplicable en los contratos con el

⁴² Versión de 7 de octubre de 2016. En: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/1789064.PDF> (15/07/2020).

⁴³ Ver principales características de estos sistemas en: Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 56-73.

⁴⁴ Villarroel Barrientos, Carlos / Gabriel Villarroel Barrientos, Determinación de la Ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales, en: *Revista Chilena de Derecho*, 1990, Vol. 17, pp. 351 ss., especialmente pp. 358-360. Picand Albónico, Eduardo, Chile, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 1959 ss., especialmente p. 1963.

⁴⁵ *Diario Oficial*, 28 de octubre de 1978.

Estado⁴⁶. Además, esta facultad es admitida en materia de arbitraje comercial internacional⁴⁷.

En el caso de Ecuador, Pérez Loose admite sus dudas en entender que la autonomía conflictual pueda explicarse como parte del principio general de autonomía o libertad contractual. Aunque cita una decisión de la Corte Suprema de 2000⁴⁸, en la que las cláusulas de elección de un tribunal extranjero y de un Derecho extranjero son excluidas de la norma del Código Civil que establece la ilicitud del objeto del contrato por contradicción con el Derecho público ecuatoriano, el autor entiende que se trata de un enfoque que debe adoptarse con cierto grado de cuidado⁴⁹.

En Colombia, por su parte, el artículo 101 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional⁵⁰ permite al tribunal arbitral decidir "...de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes". Además, la doctrina ha admitido esta posibilidad fuera del ámbito del arbitraje, a partir del silencio del artículo 869 del Código de Comercio⁵¹ que se limita a someter la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, al Derecho colombiano, sobre todo si se lo confronta con la prohibición expresa del artículo 1328 del mismo Código en materia de agencia, norma que luego de someter también los contratos de agencia comercial a ser ejecutados en Colombia a la Ley colombiana, dispone que "[t]oda estipulación en contrario se tendrá por no escrita". Al no

⁴⁶ Art. 1: "Decláranse válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas".

⁴⁷ Ley No. 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, *Diario Oficial*, 29 de septiembre de 2004. Ver comentarios en: Aguirre Veloso, Patricio Andrés, La determinación del Derecho aplicable al contrato en la Ley No. 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, en: *Ius et Praxis*, 2006, Vol. 12(1), pp. 155 ss.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia No. 217, 29 de junio de 2000, *Teresa García Franco v Società Italiana per Condotte D'Acqua Spa*.

⁴⁹ Pérez Loose, Hernán, Ecuador, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 2043 ss., especialmente pp. 2046 y 2050.

⁵⁰ Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012.

⁵¹ Decreto 410 de 1971 (marzo 27), mediante el cual se expide el Código de Comercio, *Diario Oficial* No. 33.339, 16 de junio de 1971.

Claudia Madrid Martínez

haber semejante disposición en el artículo 869, ha de entenderse la validez de la elección de un Derecho distinto del colombiano, aunque el contrato haya de ejecutarse en Colombia⁵².

Ahora bien, hay dos instrumentos internacionales de *Soft Law* que también reconocen la preeminencia de la autonomía conflictual en la determinación del Derecho aplicable al contrato. Nos referimos a los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales y a la Ley Modelo de la OHADAC sobre Derecho internacional privado.

En el caso de los Principios de La Haya, la autonomía conflictual es reconocida en el artículo 2, al disponer que “[u]n contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”, lo cual pueden hacer de manera expresa o tácita. Esta norma, según se lee en los comentarios oficiales, “...refleja el propósito principal de los Principios, que es el de establecer y definir la autonomía de la voluntad en la determinación del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales” y esa libertad no depende del método de resolución de conflictos, de manera que la misma funciona tanto ante un órgano jurisdiccional o como ante un tribunal arbitral⁵³.

Luego de admitir que la elección del Derecho aplicable pueda ser expresa o tácita, el artículo 4 de los Principios rechaza el principio *quid eligit iudicem, eligit ius*, al disponer que “[u]n acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable”, con lo cual se reconoce, tal como ocurre con el artículo 7 *in fine* de la Convención Interamericana⁵⁴, la fundamental diferencia entre la jurisdicción y el Derecho aplicable. Sin embargo, aunque en los comentarios se entiende que “[e]l hecho de que, conforme a la normativa aplicable de Derecho internacional privado, el tribunal elegido pueda aplicar un Derecho extranjero también evidencia la distinción entre la

⁵² Zapata Giraldo, Adriana, Colombia, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017, pp. 1981 ss., especialmente p. 1987.

⁵³ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

⁵⁴ Art. 7 *in fine*: “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

Claudia Madrid Martínez

elección del Derecho aplicable y la elección del foro”, más adelante no descarta que “...el acuerdo de elección de foro de las partes para atribuir competencia a un determinado tribunal [pueda] ser uno de los factores que se deban tener en cuenta para determinar si las partes deseaban que el contrato se rigiese por el Derecho de ese foro”⁵⁵.

Ahora bien, el artículo 2 de los Principios dispone que las partes puedan elegir el Derecho aplicable a todo el contrato o a una parte de él o diferentes Derechos para las diferentes partes de este (con lo cual consagra el *dépeçage* voluntario). La norma también admite la modificación de la elección hecha por las partes, sin que ello pueda vulnerar la validez formal del contrato o los derechos de terceros.

Finalmente, el artículo 2.4 de los Principios añade una regla que, aunque no ha sido reconocida de manera expresa por la codificación europea o interamericana, sí ha sido aceptada por la doctrina en la interpretación de los textos correspondientes⁵⁶. Nos referimos a la posibilidad de elegir un Derecho que no tenga vinculación alguna con el contrato. La norma señalada dispone que “[n]o se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación”. Según puede leerse en los comentarios oficiales, esta solución se corresponde con la creciente deslocalización de las operaciones comerciales, al permitir la elección de un Derecho neutral respecto de la relación entre las partes o uno muy desarrollado con respecto al tipo de relación de que se trate. Con la no exigencia de este vínculo, “...los Principios adoptan un concepto más amplio de la autonomía de la voluntad”⁵⁷.

Bien, el segundo instrumento de *Soft Law* que hemos de considerar es la Ley Modelo OHADAC sobre Derecho internacional privado. Con este instrumento se busca

⁵⁵ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p.

⁵⁶ Ver Kegel, Gerhard / Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9ª ed., 2004, p. 653; Romero, Fabiola, Derecho aplicable al contrato internacional, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, Tomo I, pp. 203 ss., especialmente p. 251; Dos Santos, Olga, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, Valencia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 2000, pp. 99-100; Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 176; Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 85.

⁵⁷ Conferencia de La Hay, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 40-41.

Claudia Madrid Martínez

destacar la flexibilidad de la técnica de las leyes modelo, frente a las leyes uniformes y los propios tratados internacionales, de manera de lograr un articulado que regule los principales aspectos de los casos de tráfico jurídico externo y se erija, incluso, en una útil herramienta de interpretación de otros instrumentos internacionales⁵⁸.

El artículo 45 de la Ley Modelo⁵⁹ reconoce un amplio poder a la autonomía de las partes, pues no cabe duda –se afirma en los comentarios oficiales– “...que el hecho de que sean las propias partes quienes decidan sobre cómo quieren defender y equilibrar sus intereses se corresponde con la idea de contrato” y lo hace con una redacción bastante cercana a la de la Convención de México. Incluso reconoce que la elección de un tribunal no entraña, necesariamente, la elección del Derecho.

El artículo 45 de la Ley Modelo, con “...un régimen de condiciones al ejercicio de la autonomía conflictual muy liberal”, admite que la elección del Derecho aplicable al contrato pueda ser expresa o tácita, que pueda cambiar, total o parcialmente, en cualquier momento, siempre que tal cambio no afecte los derechos de terceros. Además, aunque no lo afirma expresamente, en los comentarios oficiales se admite que el artículo 45 no exige que el ordenamiento elegido se halle conectado con el contrato⁶⁰.

A. Forma de expresión de la voluntad de elegir el Derecho aplicable

⁵⁸ Fernández Rozas, José Carlos, Presentación del Proyecto de Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC, en: J.C. Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe. Trabajos preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015, pp. 275 ss., especialmente pp. 360-363.

⁵⁹ Art. 45. “1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en su defecto, debe desprenderse de forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la ley aplicable.

2. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley. El cambio de la ley aplicable no afectará a los derechos de terceros”.

⁶⁰ Comentarios al texto articulado, en: J.C. Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., pp. 528-529.

Claudia Madrid Martínez

En los instrumentos que consagran a la autonomía conflictual como criterio para determinar el Derecho aplicable al contrato, se admite que la elección del Derecho aplicable al contrato pueda ser expresa o tácita. La elección expresa supone un acuerdo mediante el cual “[l]as partes articulan manifiesta, clara y patentemente su voluntad de someter el contrato a un determinado Derecho”⁶¹. Es común –aunque no obligatorio, pues puede ser oral⁶²– que tal voluntad conste por escrito, entendiéndose que no se trata solo de aquel acuerdo plasmado en documentos tradicionales, sino también el incluido en el intercambio de mensajes de datos.

En todo caso, tal como lo advierten algunos autores, la elección puede estar contenida en un contrato individual o provenir de condiciones generales de contratación⁶³; puede estar en el propio contrato a que se refiere o contenida en un acuerdo separado⁶⁴ o, incluso, en otro contrato, como ocurre, por ejemplo, cuando la elección es incluida en el acuerdo con un subcontratista y en él se refiere también al contrato principal⁶⁵. No hay, para realizar esta elección, una fórmula sacramental, de manera que, tal como se reconoce en los comentarios a los Principios de La Haya, ha de entenderse que hay elección cuando las partes, en una cláusula contractual, disponen que su relación “se rija por...” o “esté sujeta a...” un determinado sistema normativo⁶⁶. Puede también haber elección por referencia a un “factor externo”, como el lugar del establecimiento de una de las partes, entre otros⁶⁷.

⁶¹ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 85.

⁶² “La elección expresa surge claramente del acuerdo, y puede ser oral o escrita”. Ver: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 137.

⁶³ Leible, Stefan, La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, No. 1, pp. 214 ss., especialmente p. 221.

⁶⁴ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 145.

⁶⁵ Martiny, Dieter, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Freie Rechtswahl, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 5. Auflage, 2010, Rn 42.

⁶⁶ En Estados Unidos, los tribunales han construido cánones de interpretación de estos acuerdos de elección de Derecho, utilizados para desentrañar el significado de las expresiones utilizadas por las partes en estas cláusulas. Ver análisis de estos cánones en: Coyle, John F., The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses, en: *Washington Law Review*, 2017, Vol. 92, pp. 631 ss.

⁶⁷ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 45.

Claudia Madrid Martínez

En el marco de la Ley venezolana, no hay respuesta a estas cuestiones, por lo que ha de recurrirse a la Convención de México. De conformidad con este instrumento, la elección tácita “...debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto” (art. 7). Al respecto, Hernández-Bretón estima que no ha de tratarse de una elección hipotética, sino de permitir que el intérprete determine si las partes realmente han elegido el Derecho aplicable⁶⁸. Tal como ha afirmado Albornoz, si el juez no puede concluir, con certeza, que ha habido elección, habrá de proceder como si las partes no se hubieran pronunciado respecto del Derecho aplicable, con lo cual, los diversos elementos de convicción deberán sopesarse de forma acumulativa, de manera que el operador jurídico pueda llegar a una conclusión que, vistas las circunstancias concretas, resulte obvia⁶⁹.

Aunque la Convención de México no establece un listado de conductas a partir de las cuales pueda deducirse la elección tácita del Derecho aplicable, la doctrina refiere algunos casos que pueden entenderse como tal. Hernández-Bretón, por ejemplo, refiere la práctica comercial, vigente entre los contratantes, de someter sus relaciones contractuales a un ordenamiento jurídico determinado; o la referencia a normas de un Derecho en particular en el texto del contrato⁷⁰.

Tal como hemos señalado, en el marco de la Convención de México, “[l]a selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable” (art. 7 *in fine*). A partir de la expresión “...no entraña necesariamente...” utilizada por la norma, podríamos entender que un acuerdo de elección de foro sería un

⁶⁸ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 85-86.

⁶⁹ Albornoz, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement ‘Rome I’, en: *Journal du Droit International*, 2012, No. 1, pp. 4 ss., especialmente p. 12.

⁷⁰ Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 86.

Claudia Madrid Martínez

elemento más, pero de ninguna manera el determinante, para saber si hubo una elección tácita del Derecho aplicable⁷¹.

En el caso de los Principios de La Haya la solución es similar. La elección tácita debe “resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias” (art. 4), es decir, debe limitarse a los casos en los que tal elección resulta clara, con lo cual se “...promueve la previsibilidad de resultados al reducir la probabilidad de controversias sobre si ha existido o no elección”⁷². Así, usar un tipo contractual que solo existe en un Estado determinado⁷³, usar el lenguaje propio de un ordenamiento jurídico en particular o referirse a sus disposiciones en el texto del contrato⁷⁴ son considerados ejemplos de elección tácita. Ello, aunque en los comentarios oficiales a los principios acertadamente se reconoce que no existe un listado fijo de criterios para determinar si hubo o no elección y que el análisis debe hacerse en consideración de las circunstancias del caso concreto⁷⁵.

Los Principios de La Haya, acercándose a la Convención de México, admiten que “[u]n acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable” (art. 4 *in fine*). El acuerdo de elección de un tribunal “...puede ser uno de los factores que se deban tener en cuenta para determinar si las partes deseaban que el contrato se rigiese por el Derecho de ese foro”, pero no es determinante. Lo mismo se

⁷¹ En este sentido: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 140-141; Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 86; Juenger, Friedrich K., *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, en: *The American Journal of Comparative Law*, 1994, Vol. 42, No. 2, pp. 381 ss., especialmente p. 388.

⁷² Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 44.

⁷³ Ejemplo 4.4: “Las partes A y B celebran un contrato de seguro marítimo en forma de póliza de Lloyd's. Dado que este modelo de contrato se basa en el Derecho inglés, su uso por las partes puede indicar su intención de someter el contrato a dicho ordenamiento jurídico”.

⁷⁴ Ejemplo 4.5: “Las partes A y B celebran un contrato que emplea el lenguaje jurídico característico del ordenamiento del Estado X. Esta circunstancia puede indicar que las partes desean que sus obligaciones se determinen conforme al Derecho del Estado X”.

⁷⁵ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 46-47.

Claudia Madrid Martínez

admite respecto de los acuerdos arbitrales, los cuales “...no equivalen a la elección del Derecho aplicable”⁷⁶.

Finalmente, la Ley Modelo OHADAC dispone, en su artículo 45, que la elección tácita “...debe desprenderse de forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”, lo cual podría ocurrir en el caso que

...en el contenido del contrato se incluyan reiteradas referencias a disposiciones concretas de un único ordenamiento jurídico, así como que – surgida la controversia– la demanda y la contestación aparezcan exclusivamente fundadas en el Derecho de un determinado país, pues la elección de la Ley del contrato por las partes puede tener lugar en cualquier momento⁷⁷.

A nivel de la codificación estatal, además del caso de Paraguay cuya Ley reproduce en su artículo 6 la solución de los Principios de La Haya, destaca el caso de Argentina que, en el artículo 2651 de su Código Civil y Comercial dispone, a semejanza de los instrumentos antes citados, que la elección tácita del Derecho aplicable debe “...resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” y, coincidiendo con la Convención de México, deja claro que “la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del Derecho interno aplicable en ese país” (art. 2651.g).

B. Derecho aplicable al acuerdo de elección de Derecho

Es común que los acuerdos de elección de Derecho se entiendan sometidos al Derecho que rige el contrato para el cual designan el ordenamiento jurídico competente, tanto desde el punto de vista sustancial, como desde la perspectiva formal. No obstante, tal sujeción no implica una dependencia absoluta pues, a semejanza de lo que ocurre con los acuerdos arbitrales y con los de elección de foro, este acuerdo de elección del Derecho aplicable es “separable” el contrato que podemos calificar como principal.

⁷⁶ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 47-48.

⁷⁷ En: Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 529.

Claudia Madrid Martínez

Esta separabilidad supone que la nulidad del contrato no afecta, en principio, la validez del acuerdo de elección de Derecho aplicable. Así, tal como admite el Comité Jurídico Interamericano, si un contrato de compraventa es nulo, el acuerdo de elección no se ve afectado, “[e]s más, la eficacia o invalidez (sea sustantiva o formal) del contrato debe evaluarse de conformidad con el Derecho que fue elegido en el acuerdo”⁷⁸. El propio Comité admite que el principio de separabilidad estaría presente en la Convención de México, por interpretación del artículo 12, norma que se refiere expresamente a la determinación del Derecho aplicable a la validez sustancial del acuerdo, sometiéndola a la *Lex contractus*⁷⁹, solución que, como hemos afirmado antes, resultaría aplicable en el ámbito de la Ley de Derecho internacional privado que es silente al respecto.

En todo caso, más allá de esta interpretación, lo cierto es que el primer reconocimiento expreso de la separabilidad del acuerdo de elección de Derecho aplicable se encuentra en el artículo 7 de los Principios de La Haya. Esta norma –reproducida por el artículo 9 de la Ley paraguaya– dispone expresamente, que “[n]o se puede impugnar la elección del Derecho aplicable únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica no es válido”, de manera que –de acuerdo con el ejemplo utilizado en el comentario oficial a los Principios– si el contrato se declara nulo por causa de error, según el Derecho de un Estado determinado, “[l]a validez del acuerdo de elección del Derecho aplicable no se ve afectada a menos que se vea viciada por el mismo error”⁸⁰. En tal sentido, puede ocurrir que el vicio que afecta al contrato principal no afecte al acuerdo, o que afecte a ambos o que el defecto que aqueja al contrato sea tal que afecte incluso al acuerdo como ocurriría, por ejemplo, con la ausencia total de consentimiento para contratar.

Tratándose de separabilidad y no de autonomía, hemos de considerar que, aunque se considere que el acuerdo de elección de Derecho goza de cierta independencia, cuando se produce la cesión del contrato que lo contiene, el acuerdo también resulta cedido. Su transmisión se justifica en virtud del adagio según el cual “la suerte de lo accesorio sigue a

⁷⁸ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 155.

⁷⁹ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 155.

⁸⁰ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 61.

Claudia Madrid Martínez

lo principal”, siendo lo principal el contrato para el cual se convino en estipular el acuerdo de elección de Derecho, que resulta accesorio, pues no tendría razón de ser sin aquel.

La Convención de México dispone, en su artículo 12, que la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto del Derecho aplicable estará sometida a la *Lex contractus* y, “...para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el Derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”. No obstante, la consideración del Derecho de la residencia o el establecimiento no tiene por efecto convalidar la cláusula nula según el Derecho que le es aplicable, lo que busca es, más bien, que el juez tome en cuenta o considere –no aplique– tales ordenamientos jurídicos debido a que contienen disposiciones respecto del silencio de la parte en la formación del contrato⁸¹.

Aunque nada dispone la Convención sobre el Derecho aplicable a la forma del acuerdo, no vemos problema en aceptar la aplicación del artículo 13, norma que el marco de la Convención regula el Derecho aplicable a la forma del contrato⁸², y lo hace de manera flexible al consagrar la regla *locus regit actum* de manera alternativa lo cual, sin duda, favorece la validez formal del acuerdo.

Los Principios de La Haya, por su parte, establecen una regulación más o menos exhaustiva del acuerdo de elección del Derecho aplicable. En efecto, sustancialmente, este instrumento considera fundamental la determinación de si ha habido o no consentimiento para la elección del Derecho aplicable, para lo cual habrá de recurrirse al Derecho presuntamente elegido por las partes (art. 6.1.a)⁸³. Si ese Derecho confirma la validez de la

⁸¹ Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 189.

⁸² Así se acepta en: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 146.

⁸³ Esta norma se complementa con una solución a la llamada battle of forms. En efecto, “si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos Derechos diferentes y según ambos Derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el Derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del Derecho aplicable” (art. 6.1.b). El artículo 6.2 de los Principios dispone que, si no fuere razonable determinar el Derecho aplicable al acuerdo de elección de la manera antes mencionada, habrá de aplicarse el Derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento para determinar si esa parte prestó su consentimiento sobre la elección del Derecho aplicable. Se trata de una excepción al artículo 6.1.a que se aplica cuando, en

Claudia Madrid Martínez

elección, el mismo se aplicará al contrato, “...salvo que la parte contraria pueda demostrar la inexistencia del acuerdo conforme a la excepción limitada del artículo 6.2”⁸⁴. Esta solución considera, a su manera, la aplicación de la *Lex contractus* con lo cual coincide con la Convención de México.

La validez formal, en cambio, responde al principio de libertad de formas, de manera que “[l]a elección del Derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario” (art. 5), con lo cual “...no es necesario que se efectúe por escrito, que se redacte en una lengua concreta o que tenga lugar ante testigos”⁸⁵. Esta norma, reproducida por el artículo 7 de la Ley paraguaya, constituye “...una clara defensa a favor del cambio...”, pues, tal como se reconoce en la Guía sobre el Derecho aplicable a los contratos de la OEA, muchos países de América Latina siguen exigiendo que la elección conste por escrito⁸⁶, y se justifica, según puede verse en los comentarios oficiales, por varios motivos,

En primer lugar, el principio de autonomía de la voluntad indica que, para facilitar el comercio internacional, la elección del Derecho aplicable por las partes no debería verse restringida por requisitos formales. En segundo lugar, la mayor parte de los sistemas jurídicos no exigen una determinada forma para la mayoría de los contratos comerciales internacionales, incluidos las disposiciones de elección del Derecho aplicable... En tercer lugar, muchos códigos de Derecho internacional privado emplean puntos de conexión alternativos orientados a resultados en lo que se refiere a la validez formal de los contratos (incluidas las disposiciones de elección del Derecho aplicable), basándose en el principio subyacente de favorecer la validez de los contratos (favor negotii)⁸⁷.

consideración de las circunstancias del caso concreto, no resulte razonable aplicar el Derecho considerado como elegido por las partes.

⁸⁴ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 53.

⁸⁵ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 50.

⁸⁶ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. pp. 146-147.

⁸⁷ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 51.

II. DERECHO APLICABLE AL CONTRATO EN AUSENCIA DE ELECCIÓN POR LAS PARTES.

Es posible que las partes no elijan el Derecho aplicable al contrato. Ese silencio puede deberse a falta de conocimiento; pero también puede responder a cierta indiferencia hacia la materia, bajo la creencia de que no se presentarán conflictos; a una falta de acuerdo entre las partes al respecto; al deseo de las partes de no perjudicar el curso de las negociaciones, debido a la falta de acuerdo sobre el Derecho aplicable; o puede incluso deberse a su voluntad de someterse a las normas de conflicto del Estado en el cual ventilarán sus controversias⁸⁸.

También es posible que haya elección del Derecho aplicable, pero que la misma resulte ineficaz. La ineficacia derivaría de la nulidad de la cláusula que, en virtud del principio de separabilidad, puede producirse de manera independiente de la validez o nulidad del contrato en el cual se encuentra incluida, de conformidad con el Derecho aplicable a este, según hemos analizado *supra*. Pero también podría producirse en el caso en el cual, habiendo hecho uso del *dépeçage* voluntario, las partes hubieren elegido varios ordenamientos para regir el contrato y tales Derechos fueren tan incompatibles entre sí, que harían ineficaz la elección.

En tales casos, cada sistema de Derecho internacional privado decidirá los criterios a utilizar para que sus jueces determinen el Derecho aplicable. En Derecho comparado puede notarse como los distintos Estados han optado entre criterios rígidos y criterios flexibles. Entre los criterios rígidos, que privilegian la certeza y la previsibilidad⁸⁹, destacan el lugar de celebración del contrato –aunque en menor medida en la actualidad⁹⁰– y el lugar

⁸⁸ dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 100-101. Ver también: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 169.

⁸⁹ Madrid Martínez, Claudia, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, p. 453.

⁹⁰ En Rumania, antes de la entrada en vigor del nuevo Código Civil (Ley No. 287 de 17 de julio de 2009, *Monitorul Oficial* No. 511, parte I, 24 de julio de 2009), la Ley No. 105 de 22 de septiembre de 1992 (*Monitorul Oficial* No. 245, 1 de diciembre de 1992), disponía en su artículo 79 que, si no puede determinarse

Claudia Madrid Martínez

de su ejecución⁹¹. Un ejemplo de consagración de ambos criterios puede verse en el artículo 2652 del Código Civil y Comercial argentino, de conformidad con el cual, en ausencia de elección del Derecho aplicable, “...el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento”.

La propia norma añade que:

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

El Proyecto de Ley general de Derecho internacional privado de Uruguay también se decanta por la aplicación del Derecho del lugar de ejecución del contrato a la “...existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de los mismos” (art. 45), cuando las partes no lo han elegido.

Ahora bien, aunque autores como Delaume sostienen que, en algunos casos, los criterios rígidos siguen siendo útiles⁹², lo cierto es que los diversos ordenamientos jurídicos han optado por sustituirlos por criterios más flexibles que han aparecido para desplazar el centro de gravedad en la determinación del Derecho aplicable al contrato desde el legislador hasta el juez, quien será el encargado, considerando las circunstancias de cada caso concreto, de determinar el ordenamiento jurídico que regulará el contrato cuando las partes no lo hayan hecho. Esta tarea está generalmente guiada por la necesidad de determinar el Derecho que tenga la relación más estrecha con la relación contractual, es decir, por la aceptación del llamado principio de proximidad, criterio desarrollado por Paul

el lugar de cumplimiento de la prestación característica, se aplicará el Derecho del lugar de celebración. El nuevo Código Civil, en su artículo 2640, remite a la aplicación de la reglamentación europea en materia de contratos.

⁹¹ El *Restatement (second) of conflict of Laws*, en su § 196, admite esta solución en materia de servicios, acompañada de la ya característica cláusula de escape.

⁹² Delaume, Georges M., *Transnational contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A study in conflict avoidance)*, New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1988-1990, Booklet 4, p. 2.

Claudia Madrid Martínez

Lagarde⁹³, como solución que va más allá de la búsqueda de la sede de la relación jurídica propuesta por Savigny y más allá, desde luego, del europeo concepto de la prestación característica⁹⁴.

En un primer acercamiento, el principio de proximidad podría definirse como la aplicación del Derecho más estrechamente vinculado con la relación jurídica. El propio Lagarde fundamenta esta solución en la uniformidad de resultados y la eliminación de relaciones jurídicas claudicantes; el respeto de las expectativas de las partes; el equilibrio entre los intereses de los Estados cuyos ordenamientos jurídicos están involucrados con la relación y la justicia en la solución del caso⁹⁵. El punto de partida de este criterio es la determinación de la sede de la relación jurídica, pero a diferencia del método clásico de Savigny, no estima suficiente tal determinación.

Quizá el primer exponente de la consagración del principio de proximidad en materia contractual sea justamente la Convención de México. El método empleado por la Convención para determinar el Derecho más vinculado con el contrato, la aparta sustancialmente del Reglamento Roma I, a pesar de que se ha reconocido a su predecesor,

⁹³ Lagarde, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain : Cours générale de Droit international privé, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1986 I, Tome 196, pp. 9 ss.

⁹⁴ Giuliano y Lagarde, en su informe al Convenio de Roma, afirmaron que "...la prestación característica permite relacionar el contrato con el medio socio económico en el que vaya a insertarse". Así, en el caso de los contratos con obligaciones unilaterales, la prestación característica, que no presenta problema alguno, es la única prestación del contrato. En los contratos con obligaciones bilaterales es necesario considerar que generalmente, una de las prestaciones consiste en el pago de una cantidad de dinero, por lo que esta no es la prestación característica. Característica es, más bien, "...la prestación por la que se debe el pago, es decir, con arreglo a las distintas categorías de contratos, la transferencia de la propiedad, la entrega de objetos mobiliarios corporales, la atribución del uso de una cosa, el suministro de un servicio, de transporte, de un seguro, de una actividad bancaria, de una garantía, etc., lo que constituye el centro de gravedad y la función socio económica de la operación contractual". Giuliano, Mario / Paul Lagarde, Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 327, 11 de diciembre de 1992, pp. 1 ss., especialmente p. 19.

⁹⁵ Lagarde, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain : Cours générale de Droit international privé, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1986 I, Tome 196, pp. 9 ss., especialmente p. 29.

Claudia Madrid Martínez

el Convenio de Roma, como su principal fuente de inspiración⁹⁶. Así, a diferencia del sistema europeo, para la determinación del Derecho más vinculado con el contrato, la Convención aconseja al tribunal tomar en cuenta “...todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato...” (art. 9), dejando de lado la doctrina de la prestación característica, la cual –en opinión de Hernández-Bretón– “...presenta patologías incorregibles...”⁹⁷.

En todo caso, el problema de esta solución –que también fue adoptada por la Ley venezolana de Derecho internacional privado (art. 30) y por la Ley paraguaya sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales (art. 11)⁹⁸– tiene que ver con la determinación de lo que ha de entenderse por elementos objetivos y subjetivos del contrato.

Con fundamento en el Informe Siqueiros⁹⁹, Giral Pimentel¹⁰⁰ explica como determinar el Derecho más vinculado con el contrato, mediante la teoría de las vinculaciones. En su opinión, los elementos objetivos son “...aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo...” y estas, afirma, “...eran utilizadas antiguamente para construir los factores de conexión rígidos de las normas de conflicto clásicas”. Recurriendo a Siquieros, Giral Pimentel refiere, entre los elementos objetivos la nacionalidad, el domicilio o residencia habitual de las partes, el lugar de establecimiento o de constitución, en caso de tratarse de personas jurídicas, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ubicación de los bienes objeto del contrato, el

⁹⁶ En: Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI.5 - CIDIP-V/12/93 - 28 de diciembre 1993, pp. 10, 18 y 37.

⁹⁷ Hernández-Bretón, Eugenio, *La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* (México, 1994), en: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1998, pp. 39 ss., especialmente p. 55.

⁹⁸ Ley paraguaya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 11 “1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos”.

⁹⁹ Siqueiros, José Luis, *Ley aplicable en materia de contratación internacional*, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, de fecha 31 de julio de 1991.

¹⁰⁰ Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 214-223.

Claudia Madrid Martínez

lugar seleccionado por las partes para ser la jurisdicción competente o para que se lleve a cabo el arbitraje, el lugar donde se cumplen los requisitos de publicidad, entre otros factores que conectan al contrato con la posible aplicación de diversos ordenamientos jurídicos. Además, Giral Pimentel admite la procedencia de una especie de agrupamiento de contactos¹⁰¹, al expresar que “[e]n la medida que un contrato tenga más conexiones con una jurisdicción determinada, en esa medida, la relevancia del ordenamiento jurídico de esa jurisdicción puede ser más fuerte en la determinación del Derecho aplicable”.

Estos elementos objetivos, estima Giral Pimentel, están complementados con un elemento subjetivo que es definido como “...la teoría jurídica que le permite al intérprete valorar los elementos objetivos del contrato y decidir a favor de la aplicación de una determinada Ley...” Sin embargo, en su opinión, no existe una definición precisa de la manera que en actuará la teoría de las vinculaciones, con lo cual entiende que ciertamente hay un “...predominio de los elementos objetivos sobre los subjetivos...”, de manera que, en un primer momento, el operador jurídico habrá de recurrir a una acumulación de contactos y preferirá el Derecho del Estado en el cual se ubique la mayor cantidad de elementos objetivos. Pero este criterio no es definitivo, pues si la distribución de elementos objetivos fuere equivalente, el operador podrá optar por el elemento subjetivo históricamente favorecido por el sistema europeo, es decir, el Derecho de la residencia o establecimiento de aquel que tiene a su cargo la prestación característica. Ello admitiendo la fuerte influencia del Convenio de Roma sobre la Convención de México. Finalmente, el autor entiende que el juez tiene plena libertad de apreciación para tomar en cuenta otros elementos subjetivos de carácter teleológico, como el principio del Derecho más favorable al consumidor y otros utilizados en Derecho comparado.

En el caso de la Ley paraguaya, Moreno Rodríguez ha entendido que:

Para establecer la vinculación más estrecha deben evaluarse todas las circunstancias posibles, como las territoriales relativas a la celebración, ejecución, domicilio o establecimiento, cláusula de resolución de conflicto, moneda, tratativas previas y otras. Tales son los elementos objetivos a ser considerados conjuntamente con los subjetivos, que surgen de las diversas

¹⁰¹ Así lo hemos entendido en: Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., p. 460.

cláusulas y circunstancias, anteriores, concomitantes y posteriores al contrato¹⁰².

Lo que en todo caso parece cierto, según hemos afirmado en otras ocasiones¹⁰³, es que la determinación del Derecho más vinculado con la relación contractual trae consigo un necesario análisis del marco socio-económico del contrato que es dejado, evidentemente, en manos del juez, de quien se espera prudencia y preparación en tan compleja actividad. De allí que Juenger –haciéndose eco de las palabras de David¹⁰⁴– haya afirmado que una fórmula amorfa como la conexión más estrecha significa “...*nothing except, perhaps, that the answer is not ready at hand*”¹⁰⁵.

Otros autores se han mostrado favorables a la solución interamericana. Maekelt, por ejemplo, estima que la preocupación por dar excesiva libertad al juez no es un argumento suficiente para desechar la aplicación de principios flexibles como el de los vínculos más estrechos, por el contrario, “...antes de adaptar las Leyes a jueces negligentes, resulta necesario adaptar jueces a Leyes eficaces”¹⁰⁶. Albornoz, por su parte, entiende que “[s]i d’un côté ses systèmes flexibles attribuent un grand pouvoir aux juges, de l’autre côté ils conviennent mieux aux exigences et aux besoins du commerce international”¹⁰⁷.

Pero la búsqueda de seguridad jurídica ha dejado huella. La Ley Modelo OHADAC, por ejemplo, ha preferido acercarse a la solución del Reglamento Roma I en su artículo 46. En el comentario oficial a esta norma se afirma que, aunque se parte de un criterio flexible

¹⁰² Moreno Rodríguez, *Arbitraje comercial y de inversiones...*, ob. cit., p. 108.

¹⁰³ Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., p. 461.

¹⁰⁴ David, René, I. The Problem of the International Unification of Private Law, en: U. Drobnig / R. David / H. H. Egawa / R. Graveson / V. Knapp / A. T. von Mehren / Y. Noda / S. Rozmaryn / V. M. Tschchikvadze / H. Valladão / H. Yntema / K. Zweigert (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, chapter 5, §16.

¹⁰⁵ Juenger, Friedrich K., General Cours on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1983, Tome 193, pp. 119 ss., especialmente p. 180.

¹⁰⁶ Maekelt, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: P. Borba Casella (coord.), *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, LTR, 2000, pp. 265 ss., especialmente pp. 277 y 282.

¹⁰⁷ Albornoz, Une relecture de la Convention interaméricaine..., ob. cit. p. 28.

Claudia Madrid Martínez

–principio de proximidad–, tal flexibilidad puede “...obstaculizar la realización el objetivo general de proporcionar seguridad jurídica”¹⁰⁸. Así, la Ley Modelo

...ha optado por reforzar la búsqueda de la seguridad jurídica en la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos, con el objetivo de favorecer la aplicación uniforme de sus normas en todos los Estados miembros y dotar de mayor previsibilidad al régimen jurídico de los contratos internacionales¹⁰⁹.

La Ley panameña ha preferido combinar seguridad y flexibilidad en una norma ciertamente compleja. Su artículo 69 ordena al juez aplicar el Derecho del lugar de cumplimiento en caso de ausencia de elección, y solo en caso de que este no pueda ser determinado, permite al juez recurrir a “...la Ley del Estado que presente el vínculo más estrecho con el contrato internacional...”. La norma cierra con una remisión al Derecho del foro para los casos en los que no pueda determinarse el Derecho más vinculado con el contrato.

Algo similar ocurre en el sistema argentino que, luego de combinar una remisión a los Derechos del lugar de ejecución y de celebración del contrato, establece una cláusula de escape en el artículo 2653 del Código Civil y Comercial que permite, “[e]xcepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato”, que el juez aplique el Derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta excepción no será aplicable en el caso de elección del Derecho aplicable por las partes.

III ¿Y LA *LEX MERCATORIA*?

En los diversos sistemas reina cierta reticencia con respecto a la aceptación de la posibilidad de aplicar algún componente de la *Lex mercatoria*, mediante una manifestación de la autonomía conflictual. A lo sumo se la admite como resultado de una incorporación

¹⁰⁸ Ver: Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 531.

¹⁰⁹ Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 532.

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

Claudia Madrid Martínez

material con lo cual se la evalúa como una cláusula contractual cuya validez es sometida al Derecho que rige el contrato.

Al respecto, la Convención de México y la Ley venezolana reconocen un amplio margen a la *Lex mercatoria* y tal aceptación, en el caso de la Convención, es reconocida como una de las causas de su escasa ratificación¹¹⁰. Así, cuando el juez se enfrenta a la labor de determinar el Derecho más vinculado al contrato, en ausencia de elección por las partes, además de los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, “[t]ambién tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (arts. 9 Convención de México y 30 LDIPV)¹¹¹.

La Convención y la Ley van más allá y, en los artículos 10 y 31, respectivamente, ordenan al juez aplicar,

...cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Las normas citadas, juntamente con el artículo 15 de la Convención, que remite a la aplicación del artículo 10 para decidir si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica, fundamentan la posibilidad de aplicar los diversos componentes de la *Lex mercatoria*, como *Lex contractus* y no como una mera incorporación material.

En ellas aparece clara la facultad de los operadores jurídicos para recurrir a la *Lex mercatoria*, pero no se menciona de manera expresa la facultad de las partes para elegirla, por lo que algunos han dudado sobre tal posibilidad. Sin embargo, resultaría incoherente,

¹¹⁰ Ver: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. pp. 48-49.

¹¹¹ Esta fórmula fue lo que quedó de la propuesta original que hiciera Juenger durante las discusiones de la Convención de México. Considérese que para Juenger si se cuenta con una codificación supranacional de Derecho contractual –refiriéndose específicamente a los principios UNIDROIT–, esta debe ser aplicada en ausencia de elección, en lugar de acudir a criterios conflictuales vagos y defectuosos que no garantizan ni la seguridad jurídica ni la uniformidad. Ver: Parra Aranguren, Gonzalo, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994), en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 1995, No. 130, pp. 97 ss., especialmente p. 145, nota 78.

Claudia Madrid Martínez

contradictorio e inexplicable que, en ausencia de elección del Derecho aplicable, pudiese el juez aplicar normas anacionales como normas jurídicas –*ex* artículos 10 Convención de México y 31 LDIPV– y se limitara, paralelamente, tal posibilidad a las partes contratantes¹¹². Tampoco parece compatible aceptar una casi ilimitada actuación de la autonomía de las partes con la imposibilidad de aplicar *Lex mercatoria* vía autonomía conflictual.

La referencia hecha en los artículos 2 y 17 de la Convención de México a la aplicación de un Derecho estatal, no es apropiada –en opinión de Hernández-Bretón– para argumentar en contra de la aplicación de la *Lex mercatoria*. El objetivo del artículo 2, que admite la aplicación del Derecho designado por las normas de la Convención aun cuando sea el de un Estado no parte, es afirmar el carácter universal de este tratado y el objetivo del artículo 17 es excluir el juego del reenvío en materia contractual¹¹³.

En definitiva, la Convención admite la aplicación de los diversos componentes de la *Lex mercatoria* y lo hace, según se reconoce en la Guía preparada por el Comité Jurídico Interamericano, desde los trabajos preparatorios¹¹⁴. No obstante, el problema se plantea con la función que se atribuye a la *Lex mercatoria* en estas normas que son reproducidas por los artículos 30 y 31 de la Ley venezolana de Derecho internacional privado, con la particularidad de que la Ley venezolana, por disposición de su artículo 62, no es aplicable en materia de arbitraje, con lo cual se desvirtúa la creencia que limita la aplicación de la *Lex mercatoria* a los casos sometidos a arbitraje¹¹⁵.

¹¹² Así: Hernández-Bretón, Hernández-Bretón, Eugenio, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional, en: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, 2005, Vol. 17, pp. 11 ss., especialmente pp. 25-26.

¹¹³ Hernández-Bretón, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos..., ob. cit., p. 26

¹¹⁴ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 108.

¹¹⁵ A pesar de ello, solo se registran dos decisiones en las que se admitió la *Lex mercatoria*, en la primera para aceptarla como un criterio de interpretación (Corte Suprema de Justicia / Sala Político Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997, *PepsiCola Panamericana c. Embotelladoras Caracas et al.*, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, No. 109, pp. 141 ss.) y en otra para admitir su aplicación en materia bancaria (Tribunal Supremo de Justicia / Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca*,

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

Claudia Madrid Martínez

Bien, para determinar el Derecho aplicable a falta de elección, la parte final del artículo 9 de la Convención –y el artículo 30 de la Ley venezolana– permite al juez tomar también en cuenta “...los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales...”. Con esta disposición, el legislador no está ordenando la aplicación directa de tales principios, sino más bien su toma en consideración para llegar a la determinación del Derecho más vinculado con el contrato¹¹⁶.

Parte de la doctrina entiende que esta referencia constituye un complemento del sistema conflictual previsto en la primera parte del artículo. A través de ella, el intérprete dispone de un mecanismo flexible que le permitirá llegar al sistema, nacional o anacional, más conveniente a la justicia y a las necesidades del comercio internacional¹¹⁷. Por su parte, Albornoz –intentando encontrar un sentido a la norma– ha afirmado que, ante un contrato que presente vínculos estrechos con varios ordenamientos jurídicos, de manera que se dificulte la elección por parte del operador jurídico, habrá de preferirse aquel más acorde con los intereses del comercio internacional¹¹⁸.

Esta función, sin embargo, parece diluirse ante el contenido del artículo 10 de la Convención –y 31 de la Ley venezolana–, que ordena aplicar, cuando corresponda,

...las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Esta norma se refiere a una función sustantiva de la *Lex mercatoria*, pues el juez habrá de aplicarla directamente al contrato. A diferencia de la parte final del artículo 9 de la

Banco Universal, C.A., en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-rc.000738-21214-2014-14-257.html> [15/07/2020]).

¹¹⁶ Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., pp. 472-473.

¹¹⁷ Hernández-Bretón, *Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos...*, ob. cit., p. 30. Ver también: Samtleben, Jürgen, *El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado*, en: F. Parra Arangure (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Colección Libros Homenaje No. 1, *Addendum*, pp. 355 ss., especialmente pp. 363-371.

¹¹⁸ Albornoz, *Une relecture de la Convention interaméricaine ...*, ob. cit., p. 27.

Claudia Madrid Martínez

Convención, que se refiere más bien a una función conflictual, al poder ser considerada por el juez para determinar el Derecho más vinculado con el contrato¹¹⁹.

En definitiva, a partir de las normas de la Convención interamericana –y, en consecuencia, de la Ley venezolana de Derecho internacional privado– puede afirmarse que la *Lex mercatoria* cumple varias funciones¹²⁰. Considerando en primer término su función material, los diversos componentes de la *Lex mercatoria* pueden aplicarse cuando sean elegidos por las partes; o cuando, en ausencia de elección, el juez considere que se trata del sistema más vinculado con el contrato. La *Lex mercatoria* también puede funcionar como criterio de interpretación de normas legales o convencionales y como herramienta integración de lagunas de estas. Finalmente, la *Lex mercatoria* podrá aplicarse, según se lee en la parte final del artículo 10 de la Convención, “...con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Conflictualmente, la *Lex mercatoria* es una herramienta para determinar el Derecho más vinculado con el contrato¹²¹.

A pesar de los problemas de interpretación que puede generar la Convención, su solución se proyectó en algunas normas estatales. En efecto, además de la ya citada Ley venezolana, alguna influencia puede verse en la Ley paraguaya y en la Ley dominicana, con ciertos matices en una y otra.

En el caso de la Ley paraguaya, su artículo 5 dispone que en su texto “...la referencia a Derecho incluye normas de Derecho de origen no estatal, generalmente

¹¹⁹ En este sentido: Ochoa Muñoz, Javier, Artículo 31. Aplicación de la *Lex mercatoria*, en: T. Maekelt / I. Esis / C. Resende (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 805 ss., especialmente pp. 807-809.

¹²⁰ Seguiremos en este punto, las funciones descritas por Maekelt en cuanto a los principios UNIDROIT. Ver: Maekelt, Tatiana, Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de derecho internacional privado, en: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Mérida, Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, Tomo I, Derecho internacional privado, 2005, pp. 209 ss., especialmente pp. 215-216. Ver también: Siqueiros, José Luis, Los nuevos Principios de UNIDROIT 2004 sobre contratos comerciales internacionales, en: *Revista de Derecho Privado, UNAM*, 2005, año IV, No. 11, 2005, pp. 129 ss., especialmente p. 134.

¹²¹ Ver: Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., pp. 474-475.

Claudia Madrid Martínez

aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas”. A partir de esta fórmula, Moreno Rodríguez entiende que la Ley faculta a las partes a elegir un Derecho no estatal y reconoce que la elección de la expresión “normas de Derecho”, traducción de la inglesa “*rule of Law*” –entre muchas que se utilizan para referirse al mismo fenómeno– fue asumida por influencia de los Principios de La Haya “...con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral”¹²².

En efecto, el artículo 3 de los Principios de La Haya admite que “las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro”. Según se lee en los comentarios oficiales¹²³, con la expresión “normas de Derecho” se hace referencia a normas que no emanan de fuentes estatales y para garantizar mayor certeza se establecen ciertas características que estas debe tener para resultar aplicables, a la vez que se mantiene como prerrogativa del foro el admitir o no su elección.

Así, en primer lugar, estas normas deben ser de general aceptación a nivel internacional, supranacional o regional, con lo cual se excluyen las normas contenidas en el propio contrato, las cláusulas estándar de una de las partes y el conjunto de condiciones locales específicas de un sector; y se incluirían las normas contenidas en tratados internacionales cuando su aplicación sea resultado de la elección de las partes y las contenidas en instrumentos no vinculantes redactados por organismos internacionales – como el caso de los Principios UNIDROIT– o, a nivel regional, los ya citados Principios europeos o los latinoamericanos –debemos añadir.

El segundo criterio encierra tres características: debe tratarse de un conjunto de normas neutrales y equilibradas. Así, que sea un conjunto de normas, aunque no exige

¹²² Moreno Rodríguez, José, *Arbitraje comercial y de inversiones. Marco normativo paraguayo. Ley paraguaya sobre contratos internacionales y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2019, pp. 102-103.

¹²³ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 41-43.

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

Claudia Madrid Martínez

exhaustividad, implica que sean capaces de dar soluciones a “problemas contractuales comunes”. La neutralidad, por su parte, se traduce en que la fuente de las normas sea generalmente reconocida como un órgano neutral e imparcial, es decir, que represente distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas. Finalmente, el equilibrio impide “...la elección de un conjunto de normas que beneficien a una de las partes de las operaciones en un sector regional o global concreto”.

Ahora bien, para evitar el solapamiento de las funciones de la *Lex mercatoria* ya descrito en el marco de la Convención de México y de la Ley venezolana, la Ley paraguaya –que se separa de los Principios de La Haya al establecer también el Derecho aplicable a falta de elección– eliminó la parte final del artículo 9 de la Convención, y simplemente refiere, en su artículo 11, a la consideración de los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos, para luego reproducir, en su artículo 12 bajo el título “Armonización equitativa de intereses”, el contenido del artículo 10 de la Convención.

La Ley dominicana, por el contrario, solo admite la función conflictual de la *Lex mercatoria*, al disponer, en la parte final de su artículo 61 que, con el objeto de determinar el Derecho aplicable al contrato en defecto de elección, además de los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el tribunal también tomará en cuenta “...los principios generales del Derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales”.

Lamentablemente no podemos afirmar que la aceptación de la *Lex mercatoria* en los términos descritos sea una tendencia general en América Latina. En Argentina, por ejemplo, el Código Civil y Comercial refiere la aplicación de “...los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional... cuando las partes los han incorporado al contrato” (art. 2651.d), con lo cual

Claudia Madrid Martínez

su aplicación, en definitiva, depende de la autonomía material de las partes¹²⁴. Si los contratantes no han elegido el Derecho aplicable, “...el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento” (art. 2652). Nos queda la duda sobre si es posible aplicar los usos del lugar de cumplimiento, sin aplicar el Derecho de ese lugar.

En el caso del Código de Derecho internacional privado panameño, la solución parece acercarse a la regulación argentina, en el sentido de excluir la aplicación de la *Lex mercatoria* como consecuencia del ejercicio de la autonomía conflictual. En efecto, de conformidad con el artículo 80,

Es válido entre las partes pactar dentro de los contratos de comercio los usos generales, las costumbres dentro de la actividad comercial y las prácticas reiterativas de carácter internacional conocidas por las partes en calidad de operadores del comercio o agentes económicos dentro de sus relaciones internacionales.

Para que no queden dudas de que se trata del ejercicio de la autonomía material, la propia norma añade, en su aparte único, que “[e]l conjunto de usos, costumbres y prácticas comerciales internacionales es fuente de Derecho y es vinculante desde que se pacta o se desprende de la actividad natural de comercio”. Este instrumento normativo también contiene una referencia expresa a la posibilidad de aplicar los Principios UNIDROIT, cuando las partes así lo acuerden, “...como regla supletoria al Derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho comercial internacional” (art. 79). No parece que sea posible utilizar estos Principios a título de *Lex contractus*.

La Ley Modelo de la OHADAC, en su artículo 46, prácticamente repite el artículo 4 del Reglamento Roma I. Sin embargo, a diferencia del instrumento europeo, la Ley Modelo acoge la solución de la Convención de México de conformidad con la cual, “[l]a selección

¹²⁴ Uzal afirma que con esta disposición se completa “...el cuadro de una postura de amplia apertura a la autonomía de la voluntad”, sin especificar si se trata de autonomía material o conflictual. Ver: Uzal, María Elsa, Los contratos internacionales en la Argentina, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Buenos Aires, ASADIP, OEA, 206, pp. 307 ss., especialmente p. 322.

Claudia Madrid Martínez

de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la Ley aplicable” (art. 45.1 *in fine*), con esto se rechaza el principio *quid eligit iudicem, eligit ius*.

No obstante el rechazo a esta solución no se tradujo en aceptación a la *Lex mercatoria* en el marco de la Ley Modelo. En efecto, tal como admiten sus comentaristas, la aplicación de la *Lex mercatoria* es rechazada al entender que el Derecho extranjero está constituido por las normas emanadas de un Estado,

...lo que excluye, es obvio, tanto las normas del Derecho internacional público, creadas por el consenso de los Estados, como, en principio, las de la llamada *Lex mercatoria*, nacidas de usos y prácticas de los particulares en el comercio internacional¹²⁵.

Finalmente, vale la pena mencionar el artículo 51 del Proyecto uruguayo, norma que admite la aplicación “cuando corresponda”, de “los usos y principios del Derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que Uruguay forme parte”, con lo cual, de alguna manera, se alinea con la Convención de México.

IV. UN SILENCIO NOTABLE: LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES.

La Convención de México calla respecto de los consumidores, ni siquiera utiliza el adjetivo “comercial” para dejar por fuera los contratos de consumo¹²⁶, como ocurre por ejemplo con los Principios UNIDROIT¹²⁷. Este silencio es particularmente llamativo cuando recordamos que los redactores de la Convención tuvieron como modelo el entonces vigente Convenio de Roma, el cual contenía una norma especial para estos casos que fue

¹²⁵ Vid. Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe ...*, ob. cit., p. 305.

¹²⁶ El Comité Jurídico Interamericano reconoce que “Aunque en algunos ordenamientos jurídicos se hace una distinción entre actividades ‘civiles’ y ‘comerciales’, la intención de esta Guía no es esa, sino excluir los ‘contratos de consumo’, que suelen estar supeditados a normas imperativas en el ámbito de las leyes de protección de los consumidores, y los ‘contratos de empleo’, que generalmente se encuadran en normas especiales de las leyes laborales”. Ver: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 84.

¹²⁷ Ver: UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016*, Rome, UNIDROIT, 2016, en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (15/07/2020), p. 2.

Claudia Madrid Martínez

considerada en su momento como exitosa¹²⁸. Además, lo cierto es que la Convención Interamericana parece diseñada para regular contratos paritarios, por lo que la doctrina entiende que hubiera sido preferible excluir expresamente los contratos de consumo de su ámbito de aplicación¹²⁹.

La propuesta para terminar con el silencio del sistema interamericano vino de manos del sector académico. En efecto, luego de discusiones, consultas y foros, acompañados por el empeño de la profesora Claudia Lima Marques, se logró consolidar la Propuesta Buenos Aires que contiene el proyecto de Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo¹³⁰, que habría de ser discutida en la CIDIP VII, pero esta se reunió en la sede de la OEA, en Washington, entre los días 7 y 9 de octubre de 2009 y el tema de los consumidores no fue discutido.

En 2016, el Comité Jurídico Interamericano emitió una Resolución sobre la protección internacional de los consumidores¹³¹, en la que mediante cinco puntos concretos, resolvió:

1. Reconocer los desafíos enfrentados por los consumidores en sus negociaciones transfronterizas y, consecuentemente, la necesidad frecuente de protección especial de los mismos, incluyendo el acceso a métodos efectivos, eficientes y accesibles de resolución de controversias.

¹²⁸ Ver: Moreno Rodríguez, José Antonio, La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en: <http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf> (15/07/2020).

¹²⁹ Ver: Siqueiros, Ley aplicable en materia de contratación internacional..., ob. cit., pp. 10, 18 y 37.

¹³⁰ OEA/Ser.G, CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19 de marzo de 2010 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VIIIdoctrabajogtproteccionconsumidorversionssimplificadabrasil.pdf> (15/07/2020). Ver desarrollo de los trabajos en: Madrid Martínez, Claudia, Determinación del régimen de los contratos de consumo internacionales: perspectiva interamericana, en: F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 147 ss.

¹³¹ Ver: CJI/RES. 227 (LXXXIX-O/16), Rio de Janeiro, 3-14 de octubre de 2016, en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_227_LXXXIX-O-16.pdf (15/07/2020).

Claudia Madrid Martínez

2. Reconocer al mismo tiempo la importancia de preservar la capacidad de vendedores y proveedores de competir en el mercado, a fin de garantizar que los consumidores cuenten con una amplia gama de productos y servicios apropiados a sus necesidades y deseos, asegurando al mismo tiempo su salud, seguridad y necesidad de protección especial.
3. Instar a los países a considerar las recomendaciones de las organizaciones internacionales para adoptar principios y mecanismos apropiados en materia de derecho aplicable, de procedimientos de solución de controversias y de mejores prácticas comerciales para los proveedores de bienes y servicios destinados a los consumidores en transacciones transfronterizas.
4. Enfatizar la necesidad de los Estados de establecer mecanismos de cooperación internacional y de coordinación en el área de protección al consumidor.
5. Concentrar sus esfuerzos en temas relativos a los mecanismos de resolución de conflictos en línea que emergen de transacciones de consumo transfronteriza.

A pesar de estos esfuerzos, el silencio del sistema interamericano en materia de consumidores se mantiene y el objetivo de la Propuesta Buenos Aires de “...otorgar mayor seguridad jurídica a todas las partes en los contratos internacionales de consumo” y proporcionar “...un régimen jurídico en materia de Derecho aplicable, que brinde una protección más favorable y especial para los consumidores en sus contrataciones y transacciones internacionales con los profesionales y proveedores de bienes y servicios”¹³², sigue frustrado.

En el ámbito interamericano, la Ley Modelo OHADAC establece su solución con base en el *Günstigkeitsprinzip*¹³³, al establecer en su artículo 48.2 la aplicación del Derecho elegido por las partes, sin que tal elección pueda “...aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la Ley de la residencia habitual del consumidor”. Si las partes

¹³² CIDIP VII – Protección al Consumidor. Propuesta conjunta brasileña. http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_propuesta_conjunta_brasilena.htm (15/07/2020).

¹³³ Kropholler afirmó que la determinación de la Ley más favorable –*Günstigkeitsprinzip*– supondría una tarea bastante difícil para los jueces, pues el uso de esta conexión abierta requiere la comparación del resultado material de la aplicación hipotética de los varios Derechos conectados con el caso, para solo entonces determinar aquel más favorable a los intereses del consumidor y que, por ello, sería aplicable. Ver: Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4. Auflage, 2001, pp. 137-138.

Claudia Madrid Martínez

no hubieren elegido el Derecho aplicable, será competente el Derecho de la residencia habitual del consumidor.

Los redactores de la Ley Modelo afirman la inconveniencia de excluir totalmente la autonomía conflictual en materia de contratos de consumo, pues estiman que tal exclusión

...acarrearía la necesidad de que los profesionales prestaran una renovada atención al clausulado de sus contratos, pues no serviría ya como elemento homogeneizador de los mismos la inclusión –tan frecuente en la práctica– de una cláusula sobre Ley aplicable, pues esta ya no sería eficaz ni siquiera con respecto a los aspectos que quedan al margen de las normas imperativas de protección de los consumidores. Además, la exclusión de la posibilidad de elegir la Ley aplicable en la práctica podría repercutir negativamente sobre la posición del consumidor, pues la Ley elegida en el marco de la solución aquí adoptada solo se aplica en la medida en que proporcione un régimen más favorable para el consumidor¹³⁴.

Ahora bien, al menos hasta 2014, cuando empiezan a aparecer nuevas legislaciones autónomas en materia de Derecho internacional privado, la mayoría de los sistemas internos trabajaron con las normas de Derecho internacional privado diseñadas para contratos paritarios y con las normas de consumo diseñadas para contratos domésticos, generalmente signadas por una fuerte dosis de orden público¹³⁵. Aun hoy, muchos de los sistemas de la región guardan silencio sobre la materia.

La Ley paraguaya, por su parte, excluye expresamente a los contratos con consumidores, junto con otros contratos asimétricos, cuando delimita su ámbito de aplicación. Así, la Ley, en su artículo 1, dispone

Esta Ley regula la elección de Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión. *Sus disposiciones no se aplican a contratos de consumo*, a contratos de trabajo, ni a contratos de franquicia, representación,

¹³⁴ Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., 259.

¹³⁵ Así, puede verse reseña en: Lima Marques, Claudia, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado: da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a Lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, en: *El futuro de la Codificación del Derecho internacional privado en América, de la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alvarone Ediciones, 2005, pp. 105 ss., especialmente pp. 140-144.

agencia y distribución (resaltado nuestro).

Añadiendo los contratos de franquicia, representación, agencia y distribución, esta norma reproduce el contenido del artículo 1.1 de los Principios de La Haya¹³⁶. En estos, la referencia a contratos en los cuales “...cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional” se entiende hecha a los contratos comerciales, pues es en relación con ellos que “...la autonomía de la voluntad goza de amplia aceptación”. Según ha reconocido la Conferencia de La Haya, la finalidad de los Principios “...es promover la autonomía de la voluntad e incorporarla a los contratos internacionales, pero solo en aquellas situaciones en las que ambas partes intervienen como profesionales y se minimiza, por tanto, el riesgo de abuso de dicha autonomía”¹³⁷.

La Ley panameña de Derecho internacional privado, por su parte, empieza por calificar la categoría “contratos desiguales” como aquellos “...que no sean entre comerciantes en los que la parte más débil no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales...”, entre las que se incluyen las cláusulas que fijan el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos (art. 84). En esta categoría se incluiría, aunque no de manera exclusiva, los contratos de trabajo y los contratos con consumidores (art. 85).

El reconocimiento de esta categoría parte de la idea según la cual, “[l]a libertad contractual no puede ser absoluta dentro de una relación entre desiguales o en donde exista un poder económico que imponga una subordinación a la otra parte”¹³⁸. Por ello, la Ley panameña no parece consagrar la autonomía en materia de contratos con consumidores.

Este tipo de contratos son sometidos, por el encabezamiento del artículo 90 de la

¹³⁶ “Estos Principios se aplican a la elección del Derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional. No se aplican a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo”.

¹³⁷ Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 29-30.

¹³⁸ Boutin, Gilberto, El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho internacional privado panameño, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Buenos Aires, ASADIP, OEA, 206, pp. 203 ss., especialmente, p. 221.

Claudia Madrid Martínez

Ley panameña, al Derecho de lugar de celebración del contrato. Sin embargo, luego de resolver el tema de la jurisdicción –permitiéndole al consumidor elegir entre los tribunales de su domicilio, los del lugar de conclusión del contrato o los que le sean más favorables, “...en función del principio del interés superior del consumidor”, en el último párrafo de la propia norma, define la Ley más favorable al consumidor como aquella que brinde “...la reparación y protección más apropiada al interés del consumidor”. No queda claro, no obstante, la función de este criterio en la determinación del Derecho aplicable a las relaciones de consumo.

Boutin, reconocido como el autor de la Ley, se limita a describir la solución del artículo 90 como una norma de conflicto en cascada, que es la expresión utilizada por la doctrina alemana –*Kaskadenanknüpfung* o *Anknüpfungsleiter*– para referirse a las conexiones subsidiarias¹³⁹. No obstante, el autor no explica las soluciones, y simplemente concluye que

[e]l temperamento, de la legislación de Derecho internacional privado, en este dominio es poder atemperar los excesos de ventas sin escrúpulos al consumidor víctima de su transitoriedad o ausente de toda información que le pudiera tener la reserva de que con quien negocia o contrata¹⁴⁰.

Por su parte, en Argentina, la necesidad de proteger al consumidor como parte débil del contrato es reconocida por la doctrina como un punto de inflexión para la autonomía conflictual, por lo que el funcionamiento de esta conexión es excluido en materia de contratos de consumo¹⁴¹. Consecuente con esta idea, cuando el artículo 2651 del Código Civil y Comercial reconoce a la autonomía conflictual un rol fundamental en la determinación del Derecho aplicable al contrato y establece sus directrices de funcionamiento, expresamente termina por disponer que “[e]ste artículo no se aplica a los contratos de consumo”.

¹³⁹ Kropholler, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 138.

¹⁴⁰ Boutin, *El régimen jurídico de los contratos...*, ob. cit., pp. 223-224.

¹⁴¹ Uzal, *Los contratos internacionales en la Argentina...*, ob. cit., pp. 322-323.

Claudia Madrid Martínez

El Derecho aplicable a los contratos con consumidores es establecido por el artículo 2655 del citado Código, norma que distingue entre consumidores activos y pasivos. En el caso de estos últimos, los contratos de consumo estarán sometidos al Derecho del domicilio del consumidor, siempre que la conclusión del contrato haya sido precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este haya cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; el proveedor haya recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; el consumidor haya sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; o, en el supuesto de los contratos de viaje, por un precio global, se incluyan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En los demás casos, es decir, en el caso de los consumidores activos, los contratos de consumo se rigen por el Derecho del lugar de cumplimiento y, en caso de no poder determinarse, por el Derecho del lugar de celebración, con lo cual quedan sometidos al Derecho aplicable a los contratos en general, cuando no se ha elegido el Derecho aplicable, de conformidad con el artículo 2652 del mismo Código.

La Ley dominicana, por su parte, dispone en su artículo 63 que los contratos celebrados por consumidores se rijan por la Ley del país donde habitualmente se realiza la actividad. Sin embargo, la propia norma da cabida a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato, cuando admite que, en defecto de elección, se aplicará Derecho de la residencia habitual del consumidor y añade, en su aparte único, que, en estos casos,

...la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la Ley de su residencia habitual, en aquellos casos en que el cocontratante tenga un establecimiento comercial en dicho país o de cualquier forma haya dirigido su actividad comercial hacia dicho país.

No nos queda claro, no obstante, el papel a desempeñar por el Derecho del lugar donde se realiza la actividad, pues entrando en juego la autonomía conflictual y

Claudia Madrid Martínez

estableciéndose claramente el Derecho de la residencia habitual del consumidor como aplicable a falta de elección, poco espacio queda para aquella¹⁴².

El artículo 50 del Proyecto uruguayo excluye, entre otros, a los contratos con consumidores de la aplicación de las reglas generales en materia de contratos que, como afirmamos *supra*, consagran a la autonomía conflictual como conexión principal. El Proyecto establece en el inciso 5 del propio artículo 50, una norma especial de conformidad con la cual

Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen:

- a) Por la Ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor.
- b) En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha Ley, se regirán de conformidad por la Ley del lugar del domicilio del consumidor.
- c) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la Ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.

La Ley venezolana, tal como la Convención de México, tampoco reguló expresamente estas relaciones, por lo que la doctrina ha aceptado la necesidad de recurrir a la regla general en materia de contratos, signada por la voluntad conflictual o, en su caso, del principio de proximidad, y a las normas internacionalmente imperativas para evitar lesiones en los derechos de los consumidores¹⁴³.

¹⁴² Poca claridad aporta la doctrina que, en algunos casos se limita a parafrasear la norma. Ver: Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, El nuevo Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, en: *Anales de la Real Academia de Doctores*, 2018, pp. 250 ss., especialmente p. 268.

¹⁴³ Ver: Madrid Martínez, Claudia, La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios, en: A. do Amaral Junior / L. Klein Vieira (coords.), *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pp. 155 ss.

CONCLUSIONES

La Ley venezolana es aún hoy, a 21 años de su entrada en vigor, un referente obligatorio en la regulación de los contratos internacionales. La amplísima aceptación de la autonomía conflictual, la flexibilidad inyectada por el sistema y la posibilidad de recurrir a los diversos componentes de la *Lex mercatoria* en sede judicial, son ejemplo de la actualidad de sus soluciones. Tiene vacíos, sí, pero siendo el juez el gran protagonista de su aplicación y teniendo este a su disposición la posibilidad de aplicar, en caso de lagunas, los principios del Derecho internacional privado generalmente aceptados –ex artículo 1– esto no es un problema que impida u obstaculice la eficacia de sus soluciones.

Sería deseable contar con regulación especial para algunos tipos contractuales, particularmente aquellos en los que las partes no dispongan de igual o semejante poder de negociación, es decir, en el caso de contratos no bilateralmente negociados como ocurre con los contratos con consumidores. No obstante, de momento, el sistema puede funcionar con la barrera de las normas internacionalmente imperativas.

Todo sistema es mejorable, el venezolano no escapa a esta afirmación, pero cuando lo miramos en el contexto latinoamericano, con normas aprobadas a partir de 2014, con normas provenientes de importantes foros de codificación universal, no tenemos más que reconocer las bondades de un sistema que ha alcanzado la madurez. Esto no queda en entredicho por el hecho de que la actividad judicial no parezca haberse dado cuenta de ello, pues en Derecho internacional privado, como en Derecho venezolano en general, la jurisprudencia es eminentemente procesal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement ‘Rome I’, en: *Journal du Droit International*, 2012
- BOUTIN, Gilberto, El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho internacional privado panameño, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Buenos Aires, ASADIP, OEA, 206, pp. 203 ss., especialmente, p. 221.
- CIDIP VII – Protección al Consumidor. Propuesta conjunta brasileña. http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_propuesta_conjunta_brasilena.htm (15/07/2020).
- CJI/RES. 227 (LXXXIX-O/16), Rio de Janeiro, 3-14 de octubre de 2016, en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_227_LXXXIX-O-16.pdf (15/07/2020).
- DAVID, René, I. The Problem of the International Unification of Private Law, en: U. Drobnig / R. David / H. H. Egawa / R. Graveson / V. Knapp / A. T. von Mehren / Y. Noda / S. Rozmaryn / V. M. Tschchikvadze / H. Valladão / H. Yntema / K. Zweigert (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971
- Decreto 410 de 1971 (marzo 27), mediante el cual se expide el Código de Comercio, Diario Oficial No. 33.339, 16 de junio de 1971.
- DELAUME, Georges M., *Transnational contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A study in conflict avoidance)*, New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1988-1990, Booklet 4

Claudia Madrid Martínez

GIULIANO, Mario / Paul Lagarde, Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 327, 11 de diciembre de 1992

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994), en: *IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Visión contemporánea del Derecho mercantil venezolano*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1998

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Hernández-Bretón, Eugenio, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional, en: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, 2005, Vol. 17, pp. 11 ss., especialmente pp. 25-26.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 85-86.

JUENGER, Friedrich K., General Cours on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1983, Tome 193

KEGEL, Gerhard / Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9ª ed., 2004, p. 653; Romero, Fabiola, Derecho aplicable al contrato internacional, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, Tomo I

LAGARDE, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain : Cours générale de Droit international privé, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1986 I, Tome 196

Claudia Madrid Martínez

LEIBLE, Stefan, La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, No. 1

Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012.

LIMA MARQUES, Claudia, A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado: da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a Lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, en: *El futuro de la Codificación del Derecho internacional privado en América, de la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alvarone Ediciones, 2005, pp. 105 ss

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, Determinación del régimen de los contratos de consumo internacionales: perspectiva interamericana, en: F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 147 ss.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, La protección internacional del consumidor, o de como el Derecho internacional privado puede influir en la conducta de los proveedores de bienes y servicios, en: A. do Amaral Junior / L. Klein Vieira (coords.), *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pp. 155 ss

MAEKELT, Tatiana, Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de derecho internacional privado, en: *El Derecho internacional en tiempos de globalización, Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Mérida, Universidad de Los Andes, Publicaciones Vicerrectorado Académico, Tomo I, Derecho internacional privado, 2005, pp. 209 s

Claudia Madrid Martínez

- MAEKELT, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: P. Borba Casella (coord.), *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, LTR, 2000
- MARTINY, Dieter, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Freie Rechtswahl, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 5. Auflage, 2010
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en: <http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIproteccionconsumidorjosemorenorodriguez.pdf> (15/07/2020).
- MORENO RODRÍGUEZ, José, *Arbitraje comercial y de inversiones. Marco normativo paraguayo. Ley paraguaya sobre contratos internacionales y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2019, pp. 102-103.
- OCHOA MUÑOZ, Javier, Artículo 31. Aplicación de la *Lex mercatoria*, en: T. Maekelt / I Esis / C. Resende (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 805 ss., especialmente pp. 807-809.
- OEA/Ser.G, CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19 de marzo de 2010 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VIIIdoctrabajogtproteccionconsumidorversionsimplificadabrasil.pdf>(15/07/2020).
- ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás, El nuevo Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, en: *Anales de la Real Academia de Doctores*, 2018, pp. 250 ss., especialmente p. 268.

Claudia Madrid Martínez

PARRA ARANGUREN, Gonzalo, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994), en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 1995, No. 130, pp. 97 ss., especialmente p. 145, nota 78.

PÉREZ LOOSE, Hernán, Ecuador, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017

SAMTLEBEN, Jürgen, El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: F. Parra Arangure (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Colección Libros Homenaje No. 1, *Addendum*, pp. 355 ss.,

SIQUEIROS, José Luis, Ley aplicable en materia de contratación internacional, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, de fecha 31 de julio de 1991.

UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2016*, Rome, UNIDROIT, 2016, en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (15/07/2020), p. 2.

UZAL, María Elsa, Los contratos internacionales en la Argentina, en: D. Fernández Arroyo / J. Moreno Rodríguez (eds.), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)*, Buenos Aires, ASADIP, OEA, 2006, pp. 307 ss., especialmente p. 322.

ZAPATA GIRALDO, Adriana, Colombia, en: J. Basedow / G. Rühl / F. Ferrari / P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, Edward Elgar Publishing, Inc., 2017

DERECHO PÚBLICO

***IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*: ¿PUEDE CONSIDERARSE ESTE BROCARDO UN PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?**

Tulio Alberto Álvarez

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello y profesor de Derecho Procesal y Derecho Constitucional en la misma universidad (Desde 1983 y Titular desde 2008). También es Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional (Designado en 2012) de la Universidad Central de Venezuela en la cual es profesor en dicha materia, en derecho procesal y romano desde 1989, con escalafón de Titular desde 2010. También se desempeña como profesor en los doctorados de Ciencias Sociales, Historia y Derecho; además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Es egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología y de la Maestría en Teología Fundamental, egresado de la Maestría en Ciencias Políticas, Magister en Historia y Doctor en Derecho.

Resumen

El autor devela las diversas dimensiones en el proceso interpretativo, afirmando la imposibilidad de uniformidad de método al ejecutar la interpretación y aplicación del derecho a la resolución de controversias. Se vale de un análisis sobre el brocardo *in claris non fit interpretatio* para demostrar la diferencia en la interpretación de diversos instrumentos normativos, en especial los contratos y la ley. Además, aprovecha para proponer los parámetros fundamentales que debe considerar el intérprete al momento de fijar el sentido de la norma constitucional, como instrumento marcado por elementos meta jurídicos que determinan su valor y entidad. Un esfuerzo que permite identificar las posiciones encontradas en cuanto a la consideración de la jurisprudencia como proceso de creación normativa, al tiempo que resalta la utilidad de la filosofía del derecho como esfuerzo de abstracción que permite la definición del mejor Derecho e impide la calcificación normativa.

Palabras clave: exegesis, hermeneutica, progresividad de derechos, interpretación de los contratos, constitucionalismo de los valores, positivismo, iusnaturalismo.

***IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*: CAN THIS BROCARD BE CONSIDERED A PARAMETER OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION?**

Abstract

The author reveals the various dimensions in the interpretive process, affirming the impossibility of uniformity of method when executing the interpretation and application of the right to dispute resolution. It uses an analysis of the brocardo *in claris non fit interpretatio* to demonstrate the difference in the interpretation of various normative instruments, especially contracts and the law. In addition, it takes advantage to propose the fundamental parameters that the interpreter must consider when setting the meaning of the constitutional norm, as an instrument marked by meta-legal elements that determine its value and entity. An effort that allows us to identify the positions found regarding the consideration of jurisprudence as a process of normative creation, while highlighting the usefulness of the philosophy of law as an effort of abstraction that allows the definition of the best Law and prevents normative calcification.

Keywords: exegesis, hermeneutics, progressivity of rights, interpretation of contracts, constitutionalism of values, positivism, natural law.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN, VERBA VS QUAESTIO VOLUNTATIS

Comenzaré con la pregunta que surge de un ensayo de duda metódica, quizás innecesario para la mayoría con capacidades marcadamente prosaicas, aunque resulte evidente y sustantivo para algunos obsoletos discernientes entre los cuales me incluyo, ¿puede plantearse un esquema unidimensional en la interpretación jurídica? Y al referirme a la órbita hermenéutica, estoy presentando aquí como tema de reflexión la inaplicabilidad del principio de universalidad ya que los parámetros que me permitiré desarrollar, para justificar la idea de una interpretación constitucional singularizada, no persiguen sugerir que la acción interpretativa puede ser asumida con métodos uniformes.

La anterior afirmación adquiere un sentido relevante; ante la pretensión de forzar e imponer una línea interpretativa oficial o a conveniencia, lo que en la práctica resultará igual. Este objetivo que ha sido instrumental y manifiesto especialmente en Venezuela, aunque no ausente en otros países latinoamericanos en recientes ejercicios de usurpación, fue ejecutado por órganos que bajo apariencia de magistratura manipulan la función jurisdiccional, la alejan de sus fines y crean una legalidad desfigurada.¹ Esto resulta de la mayor gravedad por el efecto de quebrantar el equilibrio político entre los factores de poder y anular el sistema de controles; sin agregar el desprecio hacia la institucionalidad y un alto

¹ En este sentido, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha manipulado los valores explícitamente consagrados en el Texto Fundamental, violentado las reglas y principios constitucionales en forma sistemática, bajo un potenciado carácter de intérprete último de la Constitución. Pero dentro de esta actividad de ejecución de actos de usurpación, mediante una pretendida interpretación constitucional, destaca el proceso de desmontaje institucional a través de la anulación de las potestades de la Asamblea Nacional como cuerpo representativo de la soberanía nacional. En este sentido, la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela emitió el pronunciamiento de fecha 31 de marzo de 2017 señalando que “*las sentencias 155-17 y 156-17 de la Sala Constitucional constituyen actos arbitrarios que instauran una tiranía judicial y la ruptura del orden constitucional*” y que “*la consecuencia de esta aberración jurídica e institucional socava y ultima al Estado de Derecho y al Régimen de Libertades Públicas derogando materialmente la Constitución de la República*”. Previamente, la Sala Constitucional había emitido sus arteras interpretaciones para desconocer el resultado del proceso dirigido a la elección parlamentaria de 2015, la atribución privativa de calificar a sus miembros, la de establecer el régimen interior y de debates del cuerpo legislativo, la negación de la función contralora del parlamento y la validación de la usurpación de su función legislativa. En palabras sencillas el supuesto intérprete anula el dispositivo legal-constitucional y crea un orden sustitutivo, lo que refleja la importancia práctica de descifrar la naturaleza de la actividad interpretativa y delimitar su campo de acción.

grado de desconocimiento de los principios básicos que marcan al orden jurídico, último aspecto que podría calificarse como ignorancia crasa.

Para comenzar la beligerancia, me permito definir como dimensión inicial, quizás la más simple de todas, la que surge al diferenciar entre la forma de fijar el contenido y alcance de la norma constitucional cara a la simple interpretación de la ley; y, si no nos basta con tal complejidad, podría agregar la temática de la interpretación particular aplicable a los contratos. Por supuesto, inmediatamente se manifiesta en esta exposición la cuestión de la Constitución como objeto de interpretación y el impacto del hecho político en la operación intelectual que ejecuta el intérprete.

A lo menos, aparece como punto a evaluar, la marca que imprime la valoración de las fuentes en la conceptualización del derecho y la conformación de una Constitución material que rebasa los límites textuales en el instrumento aprobado formalmente para imponerse por su suprema jerarquía. Esta primera dimensión me la planteo por cuanto se hace evidente que el objeto de esa operación intelectual que es la interpretación estará diferenciado; y, en consecuencia, el resultado variará dependiendo de si se está trabajando el texto de un contrato, una ley o la Constitución; éste último, como instrumento de máxima jerarquía y de mayor grado de abstracción.

Pero los enamorados de la ciencia jurídica nunca nos conformamos con la simpleza dimensional de nuestro amor. Ensayamos esfuerzos de tremenda complejidad, como por ejemplo entender la interpretación, en el campo del derecho, como un proceso típico de creación normativa; criterio que, en sí mismo, apareja muchos riesgos. Para ejemplificar me permito enumerar escenarios de conflictividad presentes en este parecer que surge de una segunda dimensión de la problemática planteada:

- a) la segura heterogeneidad de los criterios interpretativos y del resultado final, lo que podría implicar lesivas mutaciones normativas y pluralidad de resultados;
- b) la atenuación de las expectativas admisibles para los sujetos que acuden a la administración de Justicia, producto de la indeterminación que surge del alto grado de subjetividad que el operador pueda imprimir a su decisión;

Tulio Alberto Álvarez

- c) el quiebre sistémico, al entender el derecho como conducta debida que va a ser definida por una autoridad pública complementaria del legislador, en lugar de entender que el derecho surge de una fuente genuina y prevalente como lo es la ley;
- d) la necesaria aproximación de la función legislativa a la actividad del “juez liberal” que entienda su actividad como jurisdicción normativa amplia, acorde con una calificación que ha sido tradicionalmente criticada en sistemas jurídicos como el de los Estados Unidos, situación que indudablemente originará conflictos que podrían ser más graves que aquellos que se pretenderían resolver con una transigente decisión.

Estas anfibologías surgen como aspectos, a tal grado cuestionables, que parecerían inclinar la balanza hacia la negativa o descalificación de la actividad del interprete judicial como proceso de creación normativa complementaria. Pero me veo obligado a complicar la situación: ¿Qué sentido útil puede tener la labor de un jurista si no asume su ejercicio intelectual como actividad creadora, innovadora, distinta a una producción mecánica que parte de reglas inamovibles y de significado definitivo? ¿Podría pensarse acaso en una robótica jurídica desprejuiciada, fría, incólume, sustitutiva de lo humano? ¿Cómo despojar de subjetividad lo que en esencia es una actividad subjetiva? ¿Acaso la llamada objetivación del derecho no viene siendo, en realidad, su subjetivación?

También debo resaltar la tercera dimensión relacionada con la connotación misma de la controversia; en lo constitucional, en la esfera pública, política por naturaleza y diferenciada de la esfera privada, esta última inherente a los contratos y asuntos civiles del derecho común. Este elemento resultará determinante en el trayecto de un ejercicio de razón pura en su definición como razón práctica, al desplegar el proceso volitivo que culminará en la solución del conflicto planteado. ¿Puede fijarse un balance entre el automatismo jurídico y un constitucionalismo de los valores? ¿Existe la posibilidad de adecuación del derecho a nuevas realidades, sin mayores riesgos, sobre la base de una interpretación jurídica? ¿Puede reglarse un proceso que esta signado por las creencias racionales y la convicción espiritual de un operador de justicia? Por supuesto, todas estas

interrogantes reflejan el riesgo de inducir un debate estéril o pueden iluminar al jurista en la búsqueda del mejor derecho.

Pero la respuesta es tan compleja y los obstáculos tan varios que en este artículo solo pretendo introducir un ápice de interés en un debate necesario. Objetivo que se beneficia con la utilización de un brocardo, para demostrar exactamente lo contrario que pretende reflejar y que lo justificaría. Me referiré a la inconveniencia de fijar una generalidad forzada a axiomas que, siendo esclarecedores y útiles en áreas determinadas del derecho, derivan en confusión, errores y falsedad al llevarse al campo constitucional.

2. ¿QUÉ TAN DIAFANA PUEDE SER LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL?

El título central de este trabajo pretende evaluar la posibilidad de establecer un punto de partida o parámetro básico a la interpretación constitucional. Tan sencillo como manifestar que lo claro no amerita interpretación. Sin embargo, mi experiencia me lleva a pensar que la simplicidad, en este análisis, podría aparejar dos posibles escenarios: El primero, bajo el contexto retador que estoy analizando, promover la traicionera certeza de partir de puerto seguro y seguir la línea trazada en un texto elaborado por el autor auténtico que sería el constituyente, un legislador o las partes; el segundo, marcado por cierta suspicacia, valorar la ingenuidad de asumir que pueda existir traza clara en la previsión y solución de controversias, enmarcadas en ejercicios de racionalización del poder.

En este último caso, ante las dificultades de regular los fenómenos políticos, la letra de la Constitución y sus propios silencios, aparejan sentidos a veces incomprensibles para un analista que no diferencie la fuente objeto de su estudio; o, lo que considero más grave, sin la formación humanista que le permita comprender el valor del instrumento en sus fundamentos históricos, filosóficos, teológicos, sociales y culturales. Me permito ejemplificar con una situación que podría parecer antipática, al considerar el esfuerzo de aquellos administrativistas, muchos de ellos brillantes, quienes consideran asimilable al campo de su área e interés a la materia constitucional, en método y ponderación. Esto con

el razonamiento elemental de que ambas áreas, administrativa y constitucional, se integran en un determinado orden jurídico y conforman el ámbito del derecho público; lo que sería suficiente para ellos.

Bajo esta falsa premisa, las conclusiones de su interpretación podrían resultar catastróficas y desapegadas a un desenlace que privilegie los valores y principios, en lugar de las reglas. En Venezuela sobran los casos citables, mas resulta inconveniente desviar este trayecto con comentarios sobre desgracias pasadas. Me bastará con la esperada disección del axioma de claridad para demostrar que lo aparente no es real, inclusive que es exactamente lo contrario que pretende reflejar, lo que anularía su justificación. Quedaría así en evidencia uno de los peligros que sugerí al mencionar el antipático ejemplo.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL AXIOMA DE CLARIDAD

De manera que se impone la difícil tarea de analizar, en tan poco espacio, un criterio de interpretación de añeja consideración: *in claris non fit interpretatio*. Aunque no pueda precisarse su origen remoto con absoluta exactitud e identidad, podría comenzar el desmontaje de lo figurado mencionando que no puede señalarse una paternidad quiritaria en el aforismo. En efecto, el mismo no aparece expresamente en el texto sacramental del derecho romano; me refiero a su ausencia en el *Digesto*, específicamente el *Liber L*, en el que se trabaja “*De verborum significatione*” y “*De diversis regulis iuris antiqui*”; justo en la finalización de tan magna obra.² Inclusive puedo establecer alguna contradicción con citas indubitadas contenidas en el mismo, como aquella en la que Ulpiano advierte que, aunque sea manifiesta la claridad del edicto del pretor, no debe descuidarse la interpretación respectiva.³

² Utilizo aquí la versión *Iustiniani Digestae* de Theodor Mommsen y Paul Krüger, en su edición berlinesa originaria del año 1882.

³ D. 25.4.1.11. *Ulpianus libro 24 ad edictum: Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est neglegenda interpretatio eius*. En adelante, cualquier cita vinculada al derecho quiritario se iniciará con la referencia al autor y su obra; además, tendrá como base el *Digesto* “D” como componente del *Corpus Iuris Civilis* de Iustiniano. En cuanto a esta cita, el primer número refiere al libro que lo contiene y los números subsiguientes al capítulo y subcapítulos correspondientes. De manera que en este caso concreto me refiero a la

Aunque aparezcan elementos de los cuales podría inferirse cierto soporte quirritario al axioma de claridad, el análisis lógico contextual le resta relevancia. Una cita de Paulo sirve para consolidar la anterior opinión. La simple lectura podría parecer solida: “Cuando en las palabras no exista ambigüedad, no debe admitirse duda en la voluntad”;⁴ pero, inmediatamente se debería anotar que esta cita se refiere a la interpretación de la voluntad del testador y aparece en el *Liber XXXII De legatis et fideicommissis*. Y aquí hay que advertir que, en el derecho quirritario, el respeto a la voluntad testamentaria restringe mayormente la posibilidad de inquirir deseos distintos a lo escrito, a lo menos hasta la causa curiana.⁵ De manera que lo único deducible del comentario paulino sería que el axioma de claridad podría tener impacto en la interpretación de los contratos, pero no es necesario o definitivo en la exegesis de la normativa general y abstracta.

Si el contexto generico queda definido, en el sistema quirritario, por la temática de la manifestación de voluntad como elemento esencial en los negocios jurídicos, la interpretación debe valorar si esa intención es expresa o tácita, ya sea que se formule en

obra de Ulpiano *ad edictum* con el comentario recogido en el Libro XXV, Capítulo IV, Subcapítulo I, párrafo XI del Digesto.

⁴ D.32.25.1. *Paulus libro primo ad Neratium: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.*

⁵ Conviene precisar que el tiempo de esta causa curiana fue el final de la Roma de la República quizás en el año 663 de Roma (Aproximadamente el año 90 a.C) y la vida de Julius Paulus Prudentissimus se prolongó entre los años 180 y 235 de nuestra era en pleno Imperio. No existe exactitud en la fecha, pero si en el hecho por cuanto Cicerón lo refiere en el N° 180 del Primer Libro de su Oratore: [180] “*Quid vero? Clarissima M'. Curi causa Marcique Coponi nuper apud centumviros quo concursu hominum, qua exspectatione defensa est? Cum Q. Scaevola, aequalis et conlega meus, Homo omnium et disciplina iuris civilis eruditissimus et ingenio prudentiaque acutissimus et oratione maxime limatus atque subtilis atque, ut ego soleo dicere, iuris peritorum eloquentissimus, eloquentium iuris peritissimus, ex scripto testamentorum iura defenderet negaretque, nisi postumus et natus et, ante quam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum et natum et mortuum heres institutus; ego autem defenderem eum hac tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in suam tutelam veniret, M'. Curius esset heres, num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili versari?*”. Consulta realizada el 8 de agosto de 2020, en el impresionante portal de la Librería Latina: *M. Tvlli Ciceronis, De Oratore*, <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/oratore1.shtml>. En el momento histórico en el que se manifiesta la causa curiana existía el Tribunal de los Centunviros encargado expresamente de la materia sucesoral. El punto controvertido era la aplicación del testamento, bajo el esquema de interpretación de la voluntad del *De cuius*; o, la aplicación de las reglas de la sucesión ab intestato que beneficiaban a un hermano, como agnado próximo, ya que Marco Coponio, el *De cuius*, al pensar que su mujer estaba embarazada, dispuso que su sucesor fuera su futuro hijo. Pero también incluyó como estipulación de sustitución pupilar que, en el supuesto de que su hijo no llegara a la pubertad, su sucesor fuera Manlio Curio, quien aparentemente no era su familiar. Resultó que la esposa no estaba embarazada por lo que se planteaba la nulidad del testamento condicionado. La resolución del conflicto implicó un avance sustancial en la interpretación del derecho.

forma indubitable o cuando, sin existir signos expresos, se reconoce *ad libitum* el propósito; por ejemplo, en la manumisión, al permitir la inscripción en el censo o al instituir un esclavo como heredero. El silencio en principio no tenía valor, pero en el mecanismo de *in iure cessio*, ante la *vindicta*, el silencio se entendía como aceptación; o, en otro supuesto, ante la notificación de las *sponsalias* que hacía la hija al *pater*, sin que éste hiciera oposición en forma expresa. Estas situaciones reflejan criterios peculiares que deben ser considerados en su justa dimensión para comprender la entidad del problema; inclusive, para comprender plenamente lo que podría significar un silencio regulatorio en derecho constitucional.

En los primeros tiempos, la solemnidad del acto producía los efectos, lo que implicaba que la interpretación de la voluntad era irrelevante; pero, posteriormente, se apreciará la real voluntad en los actos *bona fides* como la locación, mandato, sociedad o compra-venta.⁶ Para entender la cita de Paulo se debe apreciar que en los testamentos se planteaban dudas particulares que derivaron en un debate sobre el predominio entre *verba* y *voluntas*. Se trataba de definir la posibilidad de interpretar, completar y hasta rectificar la palabra vertida en el documento de acuerdo a la *quaestio voluntatis*. En este marco del problema es que se aplicará la definición paulina; en cuanto a considerar que, si no hay ambigüedad en los términos expresados en el testamento, no se debe admitir la cuestión de interpretar la voluntad.

El decaimiento de las formalidades en la celebración de los negocios jurídicos y el proceso de helenización propiciaron la actitud de privilegiar la verdadera voluntad de las

⁶ Girard, en mi opinión, uno de los pocos autores con obra omnicomprensiva del derecho romano como sistema aunque la tilde de manual elemental, recoge la solución final al indicar: “*Dans le contrats de bonne foi, le juge peut rechercher l'intention des parties derrière les mot quelconques qu'elles ont employés et par conséquent, quand un des contractants aura promis le fait d'un tiers, on ne supposera pas qu'il a voulu faire un acte nul, on supposera qu'il a voulu faire un acte valable...*”. En mis Comentarios a las Institutas de Justiniano, señalo la importancia de Paul Frédéric Girard, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Paris y su obra *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, coronada con el premio Kœnigswarter de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia. Trabajo aquí con un ejemplar impreso en Paris, en 1929, que me obsequió mi querido y admirado amigo Enrique Tejera, con quien compartí la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad Central de Venezuela dando las clases conjuntas por 15 años. Igualmente, Girard publicó sus *Textos de Droit Romain*, con los que trabajo la 8a edición revisada y aumentada por F.Senn, en Paris, 1937. En cuanto a la cita, puede verificarse Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, p. 484.

Tulio Alberto Álvarez

partes. Inclusive, como ya lo señalé, la tendencia se manifestó hasta en el área de los testamentos y legados; así pasó el “tribunal centunviral” de dictar sentencias siguiendo exclusivamente interpretaciones literales al abandono de esos precedentes mediante una deducción marcada por la subjetividad y sentando las bases de una nueva forma de interpretación judicial basada en la real intención, con sentido de equidad y no en lo plasmado en forma literal y de derecho estricto.

CAUSA CURIANA

El testador Marco Coponio creyendo que su mujer estaba embarazada, instituye como heredero al hijo por nacer. En el caso de que muriera antes de la pubertad, el testador dispone su sustitución por Manio Curio. Muere el testador pero el hijo que esperaba no nació por la errónea consideración del embarazo. ¿Quién hereda?

Q. MUCIUS SCAEVOLA

Q.M. Scevola afirmaba la procedencia de la herencia *ab intestato*. La sustitución a favor de Curio no tiene valor. Si así lo quería debía utilizar la sustitución vulgar: “Si el hijo no llegase a ser heredero, que lo sea M. Curio”.

El agnado próximo alegaba la nulidad de la disposición testamentaria bajo la interpretación literal ya que estaba condicionada al nacimiento del hijo y Curio solo tendría derechos como sucesor en el supuesto de muerte del hijo antes de la pubertad.

L. LICINIUS CRASUS

Craso privilegiaba la voluntad del testador sin atenerse estrictamente a las palabras empleadas. Argumentó que el testador quería que el heredero fuera M. Curio antes que los agnados *ab intestato*. La sustitución pupilar implicaba la vulgar.

Es así que el alegato de Curio era que la intención subyacente del causante era hacer a M. Curio heredero subsiguiente y condicionado, en todo caso después de su supuesto hijo.

TRIBUNAL DE LOS CENTUNVIROS

Favorece a M. Curio por lo que la indagación de la *voluntas* triunfó sobre la literalidad de los *verba* [D.28.6.4 pr.]⁷

Véase que el dilema planteado culminó con la superación del formalismo excesivo privilegiando la manifestación de voluntad en la resolución de eventuales conflictos. Un estadio superado después de siglos en que la práctica y la aplicación del derecho se basó en solemnidades, predominio de fuentes no escritas y ausencia de generalización; lo que derivaba, a su vez, en la carencia de un esfuerzo interpretativo. Entonces se produjo el tránsito de la forma al fondo, lo que implica un afán por llevar los hechos a niveles de abstracción inéditos y refleja un indudable avance de la *prudentia* sobre el *officium*. Por tanto, el hallazgo quirritario estuvo en comprender que el conocimiento de las palabras no refleja el conocimiento del derecho en su fuerza y valor, tal como lo manifestó Celso con especial finura.⁸

Al contrario de lo que pueda manifestar una percepción inicial, sin mayor panorámica, sobre el axioma de claridad, considero que la aplicación posterior del brocardo constituyó un retroceso en los criterios de interpretación y la aprehensión del derecho como objeto de conocimiento, en el mundo medieval. No dudo que los aforismos formaron parte de un esfuerzo por lograr la uniformidad del derecho; pero, imperceptiblemente, esa tarea de minimizar el ámbito de lo jurídico a pequeñas citas, por más autorizadas y fieles que fueran, también constituyó una limitación exegética y un diferimiento del impacto de la hermenéutica en lo jurídico.⁹ Fue así como ésta quedó relegada por siglos a la explicación

⁷ Tal interpretación terminó validada en el Digesto: 28.6.4. *Modestinus libro singulari de heurematicis: pr. Iam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit sive exstiterit et impubes decesserit.*

⁸ D.1.1.3.17. *Celsus libro 26 digestorum: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*

⁹ Una advertencia que se puede plantear en todas las áreas del conocimiento científico. Solo para ejemplificar con tema asimilable, el famoso axioma conocido como “la Navaja de Ockham”, expresión que hace referencia al concepto platónico del “imperio de las “ideas y de los entes de la razón”, con la eliminación de las variables que no son necesarias para encontrar la solución probable de un problema; de ahí que fue modal en los filósofos posteriores la expresión “afeitar las barbas de Platón”. Bajo la aceptada autoría de un escolástico, el fraile franciscano Guillermo de Ockham (1280-1349), la expresión “*praeter necessitatem entia non sunt multiplicanda*” se traduce en aceptar la explicación más probable como solución que resulte más verificable y útil. Este axioma de parsimonia (“*Lex parsimoniae*”, expresión especialmente aplicaba en el ámbito económico) simplifica las conclusiones de la ciencia con su propuesta metodológica; en cuanto a que la

Tulio Alberto Álvarez

de la ley oscura o ambigua, como si las palabras contenidas en una improbable ley perfecta *ad normam iuris*, aun así, pudieran transmitir la imagen y semejanza de lo que es el *ius* en su integridad; o que los signos lingüísticos fueran uniformes.¹⁰

El trayecto monótono de la *romanitas* en Europa, gracias a un derecho universal con recepción expresa por razones de conveniencia o su fascinante aquiescencia como costumbres regionales o comarcales, produjo un fenómeno interesante de supervivencia desfigurada en la que el derecho romano vertido en las glosas sustituía la legislación; y el principio de autoridad de ciertos autores se imponía escolásticamente. Pocas fueron las reacciones a tal práctica, pero las hubo. Ejemplo destacado se encuentra en Jacques Cujas (*Cujacius*, 1522-90), jurista francés que se esforzó en la interpretación de las fuentes romanistas en forma directa, incluyendo el impacto bizantino en las mismas; bajo perspectiva variada por lo histórico, filológico y lingüístico. Y en su esfuerzo, desató una crítica a los amantes de la retórica estéril y las simplificaciones que se refleja en la famosa expresión que podría traducir, con algún grado de aproximación, “son parlanchines cuando

explicación más sencilla suele ser la más probable, bajo la premisa de la igualdad de condiciones. Por supuesto, ha sido objetada en todas las áreas con Kant y Einstein como figuras emblemáticas. Se puede verificar la voz “Ockham's razor” en *The Cambridge Dictionary of Philosophy*.

¹⁰ La expresión “*legis obscura vel ambiguae explicatio*” también constituye una, no tan evidente, limitación por cuanto excluye del proceso hermenéutico al bloque de “normas calificadas por su claridad”, lo que constituye la mayor de las subjetividades, inclusive en la oportunidad de interpretación de los contratos. En efecto, Bermúdez, en su trabajo *Interpretación de contratos y metodología jurídica*, al comentar los artículos 12 del Código de Procedimiento Civil y 1160 del Código Civil, el primero de los cuales dispone que en la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe, afirma que: “Una interpretación apegada al texto permitiría suponer que el último enunciado del artículo 12 solo se aplica cuando el contrato presenta dudas interpretativas. Sin embargo, por las razones expuestas en la sección I, ese precepto debe aplicarse a todos los contratos, incluso a los que no dan lugar a dudas. No debe entonces considerarse que el litigante que invoca el artículo 12 esté reconociendo de manera implícita que el contrato es ambiguo, oscuro o deficiente. No basta con examinar las declaraciones de las partes, sino que además debe indagarse, como lo ordena el artículo 12, la intención real e interna de las partes, como lo predica el método subjetivo. Y no interesa la voluntad de cada una de las partes, sino la voluntad común, que el juez debe indagar hasta donde le sea posible y dentro de los límites de su oficio. Puede así resultar que la voluntad interna coincida con la voluntad declarada, lo que no hará sino confirmar que el significado atribuido es plausible o correcto. Pero si la voluntad interna y la voluntad declarada no coinciden, debe prevalecer la voluntad interna, único criterio expresamente previsto en el artículo 12 para el caso de dudas interpretativas. Puede ser muy difícil conocer la voluntad interna e incluso puede afirmarse que ella no existe respecto de los textos estandarizados contenidos en incontables tipos de contratos”. Resulta pasmoso constatar que una conclusión que resulta obvia sea contradicha inclusive en ámbitos casacionales, como analizaremos infra.

se trata de las cosas fáciles, mudos en lo dificultoso y difusos en los asuntos de estrechas proporciones”.¹¹

Ese estilo muy “bartolista”, siguiendo el lenguaje mordaz de *Cujacius*, sería retado metodológicamente por su “método elegante” consistente en una exégesis crítica, produciendo interpretaciones contentivas de innovaciones, bajo una perspectiva del rescate filológico en la lectura del texto, lo que finalmente se combinaba con la contextualización histórica de la obra. Precisamente, bajo ese ambiente que él tanto criticó, fue que se desarrollaron brocados como el axioma de claridad, quizás el más relevante de aquellos que frenaron los avances de la hermenéutica jurídica.

En otros ámbitos, bajo un sistema casuístico de comprensión jurídica, Edward Coke (1552–1634) destacaba la necesidad de experiencia en casos particulares para completar la universalidad del conocimiento y así poder lograr la condición de jurista integral; pero, al mismo tiempo, resaltaba que no era suficiente la experiencia pura sin la capacidad de abstracción que da la valoración y universalidad del conocimiento.¹² Asimismo indicaba que el jurista debe ser especulativo y activo, para la ciencia de las leyes; citando a Aristóteles (*Metafísica*, Libro I) para destacar la necesidad de la experiencia como conocimiento de las cosas particulares, más que como el arte de las cosas generales.¹³ Todo bajo la premisa de que la razón es el alma de la ley y se puede afirmar su conocimiento cuando aprehendemos su razón.¹⁴

¹¹ “*Verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*”. Se destaca entre sus obras, a los efectos del tema que desarrollo en este artículo, el famoso *Basilikon*, en especial el *liber LX. Quo iuris tituli LXX. omnia crimina.explicantur*, en su versión editada por *Ad Salamandrae apud Claudium Sennetonium et Guliel. Rovillium*, Lyon, 1566. Toda una rareza, *Incunabula typographiae*.

¹² “*No man can be a compleat Lawyer by universalitie of knowledge without experience in particular cases, nor by bare experience without universalitie of knowledge; he must be both speculative & active, for the science of the laws, I assure you, must joyne hands with experience. Experientia (saith the great Philosopher) est cognitio singularium, ars vero universalium*”. Utilizo aquí la edición de los escritos y discursos de Coke del *Steve Sheppard Liberty Fund, Inc.*, publicada en el 2003. Estos comentarios aparecen en el prefacio del *Book of Entries* de dicha obra, el cual fue publicado en 1614 bajo el título: “*A Booke of Entries. Containing Perfect and Approved Presidents of Counts, Declarations, Informations, Pleints*”. Edward Coke, *Selected Writings And Speeches* (Volumen II), p.p. 560-561.

¹³ *Experientia est cognitio singularium, ars vero universalium; Experience is knowledge of particular things, nay rather the art of general things. Idem.*

¹⁴ En el Epílogo de la primera parte de sus *Institutas*, aparecen reflexiones sobre “Los Argumentos y las razones de la Ley” y la textual referencia a que la *Ratio est anima Legis*; “*for then are we said to know the Law, when we apprehend the reason of the Law, that is, when we bring the reason of the Law*”. También se

En el desarrollo de su obra, en la que se hace muy difícil realizar un seguimiento sistémico por cierto desorden en la presentación de la misma, Coke ofrece otros elementos que reflejan la avanzada interpretativa anglosajona, al advertir que la ley nunca puede ser contra la razón y que la ley no es la letra, lo que implicaría la necesaria actividad interpretativa para determinar la intención del legislador.¹⁵ La razón es la vida de la ley y el derecho común es una perfecta manifestación de esa razón, acumulada en el tiempo por la experiencia y erudición de aquellos que la han construido; por lo que un intérprete, en ejercicio de su razón individual, no debería ser más sabio que la Ley, que es la perfección de la razón.¹⁶

Esta opinión del experto en derecho común inglés es citada y compartida por otro enemigo de la retórica, Thomas Hobbes (1588-1679), quien la complementará desde la perspectiva de la filosofía política. Él desarrolló un nuevo modo de aprehensión del derecho con base a la modernidad y a la definición de una *scientia civilis*, término empleado en *The Elements of Law*, en 1640, con la pretensión del descubrimiento de las únicas y verdaderas bases de la ciencia de la Justicia y de la Política. Pero el tema de la interpretación se manifestará en el N° 8 del Capítulo XXVI de las Leyes Civiles de su *Leviathan*, afirmando la necesidad de interpretar todas las leyes:

La interpretación de la ley depende del poder soberano. Ciertamente no es en la letra sino en la significación, es decir, en la interpretación auténtica de la ley (que estriba en el sentido del legislador) donde radica la naturaleza de la

pueden advertir dos citas latinas sobre el punto, al afirmar que quien se adhiere a la letra se adhiere (sólo) a la corteza del árbol (*Et qui haeret in littera, haeret in cortice*) y que la ley es más alabada cuando es aprobada por la razón (*Lex plus laudatur quando ratione probatur*). *Ibidem*, Volumen II, p. 742-743.

¹⁵ “An argument drawne from an inconvenience, is forcible in Law, as hath been observed before, and shall be often hereafter. *Nihil quod est inconveniens, est licitum. And the law that is the perfection of reason, cannot suffer any thing that is inconvenient*”. *Op. Cit.*, p. 700.

¹⁶ “And this is another strong argument in Law, *Nihil quod est contra rationem est licitum. For reason is the life of the Law, nay the common Law it selfe is nothing else but reason, which is to be understood of an artificall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every mans naturall reason, for, Nemo nascitur artifex. This legall reason, est summa ratio. And therefore if all the reason that is dispersed into so many severall heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme, as the old rule may be justly verified of it, Neminem oportet esse sapientiozem legibus: No man (out of his owne private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason*”. *Ídem*, p. 701.

ley. Por tanto, la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los intérpretes no pueden ser sino aquellos que designe el soberano (sólo al cual deben los súbditos obediencia). De otro modo la sagacidad de un intérprete puede hacer que la ley tenga un sentido contrario al del soberano; entonces el intérprete se convierte en legislador.

Todas las leyes necesitan interpretación. Todas las leyes escritas y no escritas tienen necesidad de interpretación. La ley no escrita de naturaleza, aunque sea fácil de reconocer para aquellos que, sin parcialidad ni pasión, hacen uso de su razón natural, y, por tanto, priva de toda excusa a quienes la violan, si se tiene en cuenta que son pocos, acaso ninguno, quienes en tales ocasiones no están cegados por su egoísmo o por otra pasión, la ley de naturaleza se convierte en la más oscura de todas las leyes, y es, por consiguiente, la más necesitada de intérpretes capaces. Las leyes escritas, cuando son breves, fácilmente son mal interpretadas, por los diversos significados de una o dos palabras: si son largas, resultan más oscuras por las significaciones diversas de varias palabras; en este sentido, ninguna ley escrita promulgada en pocas o muchas palabras puede ser bien comprendida sin una perfecta inteligencia de las causas finales para las cuales se hizo la ley; y el conocimiento de estas causas finales reside en el legislador. Por tanto, para él no puede haber en la ley ningún nudo insoluble, ya sea porque puede hallar las extremidades del mismo, y desatarlo, o porque puede elegir un fin cualquiera (como hizo Alejandro con su espada, en el caso del nudo gordiano) por medio del poder legislativo; cosa que ningún otro intérprete puede hacer.

La interpretación auténtica de la ley no es la de los escritores. La interpretación de las leyes de naturaleza no depende, en un Estado, de los libros de filosofía moral. La autoridad de los escritores, sin la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por muy veraces que sean.

Aunque Hobbes no sea experto en los detalles del *common law* es evidente su conocimiento de la obra de Coke, inclusive utiliza su texto en forma expresa en el *Leviathan*, para sustentar sus opiniones en una perspectiva de filosofía política que trasciende a ese sistema jurídico. Él define claramente que la interpretación de la ley es judicial y que el Juez está facultado por la ley soberana para oír y fallar las controversias aplicando la ley al caso debatido. Pero lo más significativo es que él entiende que en ese proceso interpretativo el Juez debe valorar a favor de cuál interés debe inclinarse la razón natural y la equidad, lo que implica que su sentencia es “la interpretación de la ley de naturaleza, interpretación auténtica no porque es su sentencia privada, sino porque la da

por autorización del soberano”.¹⁷ Y no comparte la idea de la obligatoria aplicación del precedente judicial (*stare decisis*) ya que “no hay juez subordinado ni soberano que no pueda errar en un juicio de equidad, si posteriormente, en otro caso análogo, encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria, está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él: ni (por la misma razón) se convierte en ley para otros jueces, aunque haya hecho promesa de seguirla”.

4. SE INTERPRETAN REGLAS, LOS PRINCIPIOS SE APLICAN Y LOS VALORES SEÑALAN EL CAMINO HERMENÉUTICO

En este apretado ejercicio especulativo, cabe alegar la diferencia entre la operación lógica de juzgar “conforme a la ley” o hacerlo conforme a los parámetros de Justicia; esto último con un mayor grado de subjetividad. Como se resaltó en la parte introductoria, el peligro siempre existirá, aunque se parta por igual de la indeterminación, ambigüedad o vacíos del sistema normativo. En mi opinión, en estos casos, la máxima *in claris non fit interpretatio* tampoco aplica, porque hasta los cultores de la literalidad afirman que solo es admisible cuando la claridad de la norma no implica dudas sobre su objetivación. En este sentido, Goldschmidt trae un comentario particularmente interesante para diferenciar interpretación y aplicación de las normas:

La interpretación de la norma consiste en una comparación entre su sentido actual conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el momento de su creación. La aplicación de la norma se hace, en cambio, siempre con respecto a un caso dado. La interpretación se hace prácticamente para preparar futuras aplicaciones de la norma. Pero lógicamente la interpretación es independiente de la aplicación. Al revés, la aplicación supone lógicamente siempre la interpretación de la norma, ya que la primera supone que se estima que la clase de casos a la cual pertenece el caso dado, debe encuadrarse en la norma rectamente interpretada.¹⁸

¹⁷ Thomas Hobbes, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil*, N° 8 del Capítulo XXVI de las Leyes Civiles. Versión y traducción de Freeditorial Publishing House, según consulta del 9 de agosto de 2020 en file:///C:/Users/User/Downloads/Leviat%C3%A1n.Pdf

¹⁸ Werner Goldschmidt, *Introducción Filosófica al Derecho*, pág. 254.

Y se refiere a la voluntad del legislador como si está existiera, en la realidad, en estos tiempos. Porque mi experiencia me lleva a concluir que esta, aunque parezca manifiesta en una exposición de motivos del texto legislativo, no se corresponde, tampoco es útil, con la finalidad del proceso exegético. Para reflejar con mayor contundencia mi comentario, me permito señalar la costumbre de contratar “expertos” para redactar las “justificaciones del legislador”; inclusive, me consta que, en el caso de la Constitución de 1999 venezolana, la redacción de la Exposición de Motivos fue muy posterior a la validación de la Asamblea Nacional Constituyente. Hablando de retrocesos hermenéuticos, vale la pena el análisis del criterio establecido por la expoliadora Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela con respecto a la interpretación de la norma jurídica, para verificar el menjurje característico en la casi totalidad de sus sentencias, dirigido a una incoherente apelación a autoridades doctrinarias que no llevan a conclusión alguna; y asimila toda interpretación, independientemente de la fuente, para llegar a un destino que justifica la literalidad o el ajuste acomodaticio de la norma con base al “sistema legal del derecho positivo”, todo a conveniencia:

“...la hermenéutica jurídica y para el caso concreto, el análisis de la constitucionalidad de la norma transcrita, es una actividad que debe desarrollarse en su totalidad, lo cual comporta que la interpretación normativa debe realizarse enmarcada en el sistema global del derecho positivo, para así esclarecer el significado y alcance de las disposiciones legales, cuyo conocimiento es necesario para determinar cuál ha sido la voluntad del legislador.

Ello implica, “(...) tener en cuenta el fin del derecho, pues lo que es para un fin por el fin ha de deducirse (...)”, así, el principio general de interpretación de la ley consagrado en el artículo 4 del Código Civil -conforme al cual, a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador-, resulta aplicable no sólo en un contexto lógico sino teleológico o finalista, con lo cual los elementos normativos deben ser armonizados como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unos de otros, sino que los mismos han de ser tomados en cuenta al momento de hacer la correcta valoración del contenido del texto legal -Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

Conforme a lo expuesto, la Sala ha señalado que “(...) la interpretación jurídica debe buscar el elemento sustantivo que se halla en cada una de las reglas del ordenamiento jurídico, constituido por los principios del derecho que determinan lo que GARCÍA DE ENTERRÍA (Revolución Francesa y

Administración Contemporánea. Madrid: Editorial Cívitas, 4º edición. 1994. P. 29), denomina como ‘fuentes significativas’ del ordenamiento, esto es, lo que el iuspublicismo con Kelsen, por un lado, y Santi Romano por otro, teorizaron como una Constitución <en sentido material> distinguible de la <Ley constitucional> en sentido formal, como un condensado de reglas superiores de la organización del Estado, que expresan la unidad del ordenamiento jurídico. Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en *lex superior*, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial (...)” - Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.152/07-.

De ello resulta pues, que la Sala al analizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental de acuerdo al principio de supremacía constitucional, debe tener presente que toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la norma fundamental, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.

(...Omissis...)

A los fines de abordar la denuncia planteada, la Sala reitera que “(...) tanto las tendencias hermenéuticas en el campo del Derecho Público cuanto las que se manifiestan en el ámbito del Derecho Privado, caminan en la misma dirección en los últimos tiempos: hacia la revalorización de la función del intérprete, la incorporación de elementos y de métodos de interpretación más amplios, y la consideración unitaria del ordenamiento jurídico, entre otros (...)” -Vid. BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA, Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1997, p. 38-. Así, para conservar la antes citada integridad del ordenamiento jurídico, “(...) que debe estar en armonía con el texto constitucional, debe buscarse aquella lectura de la norma que se adecue a los principios fundamentales plasmados por el Constituyente en la Carta Magna, en otras palabras ‘[e]l intérprete debe emplear significados que no vuelvan la disposición absurda o sin sentido o que la dejen totalmente sin efecto’ (WOLFE CHRISTOPHER, La Transformación de la Interpretación Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 66); y, sólo si esta adecuación a la norma fundamental no es posible, se podría proceder a declarar la nulidad de las normas (...)” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.971/01”.¹⁹

¹⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1444 del 14 de agosto de 2008, expediente 04-0370.

Espeluznante ejemplo de un intérprete que no entiende la entidad de sus propias decisiones y que tampoco asimila que su estatuto fue creado para que sus decisiones sean citadas y no al contrario. Y conste que quizás esta *lectio brevis* de la Sala, en la que se asimila la interpretación de las distintas normas sin discriminación alguna y se confunde hermenéutica con control de constitucionalidad, sea la más elevada de sus producciones. Esto es lo que pasa cuando las sentencias no las elabora un magistrado de verdad sino, en el mejor de los casos, un asistente. Pero sigamos adelante y asumamos que la máxima *in claris non fit interpretatio* sea un aforismo que permite fijar un punto de partida para la interpretación de la Ley, tal como lo sugiere el artículo 4 del Código Civil Venezolano²⁰ o el artículo 3 del Código Civil Español,²¹ al reglarse la aplicación de las normas jurídicas de manera que el primer paso implicará una interpretación literal de acuerdo al sentido propio de las palabras. Aun así, la reiterada aclaratoria que he realizado tiene validez jurisprudencial:

Para resolver cualquier caso concreto es obligatorio interpretar la normativa aplicable al mismo, pues resulta casi insoslayable que para aplicar cualquier precepto legal a un caso práctico, se precisa una tarea encaminada a indagar el sentido y alcance del precepto, porque incluso cuando se invoca el principio *in claris non fit interpretatio* es porque previamente la interpretación del caso ha conducido al convencimiento de que es clara, sencilla y sin ambigüedades; así pues, aplicación del derecho e interpretación del mismo pueden considerarse dos actividades íntimamente entrelazadas y conexas, inseparables por tanto...”²²

²⁰ Artículo 4.- *A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.* Código Civil de Venezuela publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

²¹ Artículo 3.- *1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.* Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 en la «Gaceta de Madrid» N° 206 de 25 de julio de 1889, Referencia: BOE-A-1889-4763, con una última actualización publicada el 4 de agosto de 2018, bajo consulta de fecha 23 de marzo de 2018 en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&tn=1&p=20180804>.

²² Tribunal Supremo de España, sentencia del 12 de junio de 1972 (RA 3171)

No asumamos que la interpretación jurídica de normas contractuales, la ley o la Constitución es uniforme, como lo hace la Sala Constitucional de Venezuela con esa verborrea intelectualoide que nos recuerda a *Cujacius* y su frase *Verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*. Eludamos la tentación de reducir el pensamiento jurídico a glosas doctrinarias y a “citas citables” que permiten asumir cualquier decisión alejada de los horizontes de imparcialidad, honestidad y verdad, comportamiento explícito o implícito en las decisiones del “más alto Tribunal de Justicia” de un país fallido en todos los ámbitos; pero, en especial, en el de la administración de Justicia. ¿Puede el axioma de claridad considerarse un principio básico para la interpretación de los contratos?

En este punto de la narrativa, la respuesta debería ser obvia. La primera acotación sería que los contratos deben honrarse tal como fueron pactados y, si la letra del acuerdo no admite dudas, podría afirmarse que lo cierto no admite conjeturas, *in certis non est coniecturae locus*. Pero detrás de esta precisión con aires de absoluto, se encuentra el retroceso que invoqué al explicar brevemente la evolución histórica en la interpretación del derecho.²³ Los brocados utilizados como reglas interpretativas pueden convertirse en enemigos de la hermenéutica.

La segunda acotación se refiere a la temática de si el aforismo es aplicable al orden jurídico como un todo sistémico o se limita al criterio de interpretación legal que contienen normas sustantivas como las que ya han sido citadas; y en especial, al desarrollarse la actividad judicial como obligación de decidir tal como lo dispone, por ejemplo, el propio Código Civil español en su artículo inaugural.²⁴ Esto es así por cuanto no solo la necesidad

²³ Esto implicaría una máxima atomización del criterio interpretativo en materia contractual que contradice la misma complejidad del proceso, tal como lo expone Bermúdez: “La interpretación del contrato forma parte de la interpretación que acompaña las distintas tareas que se dirigen a la aplicación del derecho: (a) se identifica el problema concreto a resolver; (b) se indagan y se eligen los hechos jurídicamente relevantes; (c) se determina si ellos pueden demostrarse de acuerdo con el sistema de pruebas de cada ordenamiento; (d) se califica jurídicamente el contrato para conocer su régimen; (e) se desarrollan argumentos que se encadenan y entretienen, destinados a construir las premisas que se utilizarán para subsumir los hechos bajo las normas, y para aplicar otras fuentes del derecho relevantes para el caso, lo que incluye ponderar principios y valores; (f) se determinan las consecuencias jurídicas que solucionan el problema y se decide cómo se implementará esa solución. Adicionalmente, en ciertos casos (g) se resuelven colisiones normativas o contradicciones entre las cláusulas del contrato, y (h) se integran o completan lagunas o vacíos normativos”. *Idem*.

²⁴ El Código Civil español en el artículo 1.7 establece textualmente que “Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

de interpretar surge de la ambigüedad de la ley sino también por la necesidad de soluciones a conflictos no previstos por el legislador.

Con el mayor placer haré uso de las herramientas que confiere la filosofía del derecho para tratar de descifrar la incógnita que refleja la pregunta sobre la vigencia del axioma de claridad. Y utilizaré aquí una añeja controversia que considero de utilidad. Me permito abrir el hilo citando a Hart (1907-1992) como autor reconocido que se atrevió a caracterizar al derecho como complejo o conjunto articulado de reglas y que estas serían primarias y secundarias; las primeras imponen deberes y las otras confieren potestades públicas o privadas. La interpretación jurídica se presenta como una actividad autónoma y compleja que se ubica entre el momento de creación por el legislador y de aplicación de la norma por el juez, lo que implica una zona de penumbra, en sus propios términos:

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente, como hemos visto en el Capítulo VI, que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción “mecánica”, a partir de reglas con significado predeterminado, por el otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principio morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso, la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria o mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten calificar de “legislativa” a la actividad judicial.²⁵

²⁵ H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*, pp. 252-253. En su afán de cubrir un flanco débil, muy típico en las tendencias positivistas, él explica que la falta de certeza, en esa zona marginal, es un precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en la explicación de cuestiones de hecho. Esta justificación es la que lo lleva a utilizar la expresión sobre la irreducible “textura abierta” en la actividad del Juez, lo que obliga entonces a que este realice un esfuerzo intelectual superior en los casos difíciles (*hard cases*).

Al adentrarnos en su conceptualización de la regla de reconocimiento podemos encontrar baches importantes como el de los *hard cases*, situación en la que Hart tendrá que admitir la discrecionalidad judicial, en virtud de esa textura abierta a la que él mismo hace referencia, tal como se puede constatar en su trabajo *Positivism and the separation of law and moral*.²⁶ En efecto, la falta de certeza ante la insuficiencia de las reglas primarias es la que activa la regla de conocimiento secundario identificada como “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*). Y si existen estos casos difíciles, también se pueden encontrar los casos fáciles o claros por un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos de la regla y, en consecuencia, en estos no procedería la interpretación. Pero en los *hard cases* el juez se convertiría en legislador en cada caso concreto, aunque en *The Concept of Law* disimule tal incoherencia con su noción sobre las “virtudes de la actividad judicial”.

Entrará entonces el jurista norteamericano Ronald Dworkin (1931-2013) a refutar la conceptualización del derecho como sistema de reglas, especialmente por su permeabilidad a la discrecionalidad judicial ante los casos en los que no existe una norma aplicable; o, al contrario, se pueden encontrar pluralidad de ellas para resolver un determinado supuesto de hecho. En otra perspectiva, en la consideración del derecho como sistema de principios, el juez podría valerse de los mismos para resolver la controversia. De manera que existiendo reglas y principios aplicables, se evitarían esas facultativas apreciaciones y el derecho se bastaría a sí mismo.²⁷ Y Dworkin ataca la discrecionalidad judicial, manifiesta en Hart, con

²⁶ Qué no decir de su apreciación de un “contenido mínimo del derecho natural”, la cual contesté en un artículo publicado, en el año 2009, en la Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando de la Universidad del Zulia: “Inclusive, en forma reduccionista, se plantea el esquema contrario que pretende fijar un «contenido mínimo de derecho natural» que debe tener necesariamente todo derecho positivo. H.L.A. Hart, defensor de esta posición, lo precisa en las formas mínimas de protección de las personas, de la propiedad y de las promesas que son igualmente componentes del derecho nacional, como flexibilización a la tesis positivista según la cual el derecho puede tener cualquier contenido. Cfr. Hart (1958:89). Pero en su afán por encubrir la falla de origen del positivismo, establece un criterio que siempre dejará afuera el meollo del conflicto: ¿Quién fija el mínimo de ese contenido? ¿Con base a qué fundamento?”.

²⁷ Definí ésta marcada inclinación positivista como el mito de la uniformidad, en un artículo que titulé como *Ratio Iuris: Entre lo ideal y el mito*, en función de entender que el orden jurídico se manifiesta en forma uniforme como sistema cerrado que puede ser validado por las propias reglas que lo conforman. Podría asumirse que las construcciones positivistas son sumamente celosas en preservar este aspecto; pero precisamente, al ellos profundizar en la racionalidad del derecho como construcción del pensamiento, se produce una tremenda contradicción ya que la historia del derecho y su *problematicus* en la modernidad

Tulio Alberto Álvarez

dos argumentos contundentes: Las normas se fundamentan en principios jurídicos y que el juez, al crear normas, estaría dando efectos retroactivos a su criterio discrecional. De manera que el Juez no creará normas retroactivas, si su actividad se limita a aplicar los principios; y, en derecho, siempre existirá una respuesta correcta en consecuencia.²⁸

Lo que más me interesa acentuar del debate Hart-Dworkin, a los efectos de este trabajo, es la función diferenciada entre reglas y principios en la interpretación del derecho. Pero la presentación tiene una falla de origen al desplazar el tema de los valores; especialmente, en el contexto de la interpretación constitucional. Me apoyaré en este plano, en otro importante protagonista de los debates filosóficos sobre el derecho, en el Siglo XX. Me refiero a Lon Fuller (1902-78). Él dará la mayor importancia a los operadores de justicia en la materialización de los objetivos ya que considera al derecho como actividad humana dotada de propósito consciente.

La crítica al positivismo surge de suyo ya que, como quedó evidenciado en la breve referencia que he hecho de Hart y Dworkin, no logran explicar convincentemente el modo cómo se estructuraban importantes cuestiones y dudas que surgen de sus propias posiciones. Inclusive, un elemento muy evidente, algunas de sus fallas podían basarse en la intención de dar una respuesta jurídica concisa, muchas veces forzada, a problemáticas que se manifestaban como cuestiones de hecho sociológicas. En este punto, siempre he considerado que el positivismo se aleja de la filosofía del derecho al privilegiar el

demuestran lo contrario. La praxis sugiere que el derecho, como mecanismo de solución de conflictos, no da soluciones uniformes y la tendencia es una especie de “disconformidad inherente” que, al depender de la interpretación, puede multiplicar el sentido de una norma. Este mito refleja una concepción que rechaza cualquier elemento que no sea propiamente jurídico, como si el orden jurídico se integrara en forma exclusiva y excluyente de normas jurídicas; o, en términos del mismo Kelsen, descartar “todo juicio de valor ético o político”.

²⁸ Para mí, está perenne respuesta correcta bajo un sometimiento del Juez a la ley, porque él no crea reglas sino dispone de principios preexistentes, constituye un ejemplo perfecto del tercer mito positivista, tal como lo razoné en el mencionado artículo sobre la *Ratio iuris*, al asumir que el derecho se basta a sí mismo y que para su interpretación son suficientes los criterios de literalidad, conexión lógica, asimilación analógica y coherencia sistemática del orden positivo para definir su aplicación. Volviendo al ejemplo citado del derecho romano, a la par de confirmar las disposiciones existentes de *ius civile*, la decisión pretoria podía dirigirse a llenar los vacíos de la legislación, lo que implicaba la corrección de ese derecho. Pero el hecho mismo de que la norma positiva debe ser objeto de interpretación revela que el sistema no es autónomo ya que ese estudio interpretativo nunca será un simple análisis explicativo de la regla de derecho. Es por ello que resalto que, más que problema conceptual, la esencia del derecho se encuentra en su aplicación y que, en esta, la adecuación de la norma abstracta y general al caso concreto vivifica lo jurídico.

conocimiento del derecho fenomenológicamente considerado, con cierto desprecio por el deber ser del mismo y el esfuerzo de abstracción en la búsqueda de los caminos de Justicia, el de un mejor derecho.²⁹

Fuller, en cambio, muestra especial predilección por los procesos sociales creadores del derecho y que, al tiempo, determinan su aplicación. Un ejemplo del esfuerzo exagerado de conceptualización estará en la regla de reconocimiento desarrollada por Hart en *The Concept of Law*; un intento por resolver problemas de naturaleza sociológica con premisas eminentemente jurídicas. Tal actitud crítica lo lleva a considerar al derecho como una actividad determinada por lo social, pero marcada moralmente por el objetivo de garantizar las relaciones sociales bajo un cierto orden normativo. Las reglas tienen como objetivo la concretización de valores preminentes en el orden jurídico; una regla es, al mismo tiempo, un hecho y un criterio para la validación de los hechos.

Pero el punto clave está en entender la utilización del término moral en Fuller. En su obra *The morality of Law* se refiere a una moralidad que torna al derecho posible y que lo encamina mediante unas reglas inherentes y moralmente obligatorias que trascienden al legislador. Es una moralidad de aspiración, no de deber, en la cual las leyes deben ser suficientemente generales, públicamente elaboradas, prospectivas, comprensibles, no contradictorias, razonablemente constantes, posibles en cuanto a su desempeño y administradas por autoridades de acuerdo con su contenido; además, debe existir congruencia entre acción oficial y regla declarada. Las implicaciones de estos elementos serán los ocho requisitos internos del sistema jurídico:

- a. Debe haber reglas que originen reflexiones por parte de los participantes en el proceso sobre lo que debe ser hecho.

²⁹ Así como se produjo el debate Hart-Dworkin, en el año 1958 comenzó una diatriba Hart-Fuller que tuvo un primer escenario en la famosa revista jurídica Harvard Law Review. En su número 71 correspondiente a ese año, Hart publicó *Positivism and the Separation of Law and Morals* (71 Harvard Law Review, págs. 593 y ss.); y Fuller contestó en el mismo espacio con su artículo *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart* (71 Harvard Law Review, págs. 630 y ss.). La polémica se prolongaría y potenciaría con las obras centrales de ambos autores: *The Concept of Law* y *The Morality of Law* con primeras ediciones en 1961 y 1964, respectivamente. Se contraponen la visión positivista que ya señalé supra, sobre el contenido del derecho como conjunto sistémico de reglas y la especial dimensión de la calificada regla de reconocimiento, por una parte; y la visión de una moralidad interna del Derecho con definición de los ocho requisitos internos del sistema jurídico que permiten su definición como derecho, por la otra.

- b. No deben ser operacionalmente retroactivas.
- c. Deben ser del conocimiento público para que las personas puedan ajustar su comportamiento a las determinaciones vigentes.
- d. Deben permitir a los que se van aplicar comprender lo que deben o no deben hacer.
- e. No se deben contradecir.
- f. Debe ser posible cumplir las reglas.
- g. Deben tener cierta permanencia.
- h. Deben ser aplicadas con coherencia y corrección.

Así como el contraste entre Hart y Dworkin me permitió reflejar la necesidad de diferenciar entre reglas y principios en un esquema interpretativo, esta diafonía Hart-Fuller me resulta providencial para determinar el peso de los valores en la hermenéutica, especialmente la constitucional. Y me serviré del incomodo caso venezolano, como dramático modelo y patrón definidor. En efecto, si analizamos ambas propuestas, en la práctica podríamos encontrar coincidencias indeseadas por sus autores.

Comencemos por el más evidente, Hart. Para él, el derecho son reglas sistémicas y no moral; no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad o entre el Derecho que es y el que debe ser. Su validez y aplicabilidad depende de su conformación como orden normativo del Estado. En la práctica, Dworkin está en línea con esta posición a pesar de todas sus objeciones; por cierto, bien sustentadas. Ahora bien, con Fuller cabe la pregunta, esa moralidad interna a la que se refiere, ¿constituye una cierta ética social basada en los valores?; o, por el contrario, ¿está referida a consideraciones eminentemente jurídicas que reflejan las cualidades de un determinado sistema normativo? Las consecuencias de las respuestas serán diametralmente opuestas, si nos enfocamos en las particularidades de un determinado sistema jurídico, real y actual.

Imaginemos que el test de moralidad interna de Fuller se aplica al ordenamiento jurídico venezolano, marcado por la derogación material de la Constitución por vías de hecho, un desconocimiento de la representación nacional conformadora del Poder Legislativo y, precisamente, por actos de usurpación encabezados por una tiranía judicial que utiliza la interpretación judicial para crear un orden injusto. Estaríamos definiendo a un

Estado forajido y fallido, sin la más mínima posibilidad de Justicia o respeto por los derechos ciudadanos. ¿Cuál sería la consecuencia en las fallas o incumplimiento de los ocho parámetros del test de Fuller?

Simplemente, no tendríamos una legalidad perfecta, pero el derecho de ese Estado, con tales taras, sería válido. Él mismo califica esos elementos como principios de legalidad, porque no es una moral del deber sino una moral de aspiración. Es decir, la conceptualización de los valores está en función de la moralidad externa del sistema, sin que en la obra de estos maestros del derecho haya quedado evidenciada la necesidad de validación del orden jurídico y bajo que parámetros se verificaría. Lo que plantearía, en realidad, el problema de la efectividad del orden jurídico ya que esos valores están consagrados expresamente en los textos constitucionales. ¿Cómo ignorarlos en cualquier exégesis, interpretación o actividad hermenéutica?³⁰

5. PARÁMETROS FUNDAMENTALES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Las reglas son aprobadas para ser interpretadas y aplicadas, sin limitantes subjetivas; los principios constituyen el sustrato del derecho vigente en cada país y se activan para fijar el sentido jurídico de las reglas; y los valores consagrados y aceptados por el orden jurídico son componentes estructurantes del mismo, determinantes en el proceso interpretativo. Una interpretación integral de la Constitución parte de la entidad política del

³⁰ En mi trabajo *La Ley Natural como patrón del orden justo* señalo que esos valores pueden ser acogidos por el orden positivo de un Estado y generalmente lo son, al margen de la efectividad de los mismos. Solo para ejemplificar, en la Constitución de 1999, la mayoría de los valores y principios que ordenan al Estado venezolano se encuentran concentrados en el preámbulo y el Título I de la Constitución denominado «Principios Fundamentales». Consagración que teóricamente los define en su temporalidad y en su proyección histórica como elemento legitimador del sistema constitucional en su funcionamiento. En esta dirección, el orden positivo contenido en la Constitución debe guardar sintonía con estos valores y principios que, aun cuando también están positivados, valen por sí mismos. Existe una determinación entre los valores morales objetivos que constituyen un orden de lo social, el reconocimiento de los valores y principios en forma positivada que trae la Constitución y el sometimiento del conjunto global normativo como manifestación concreta de esa dogmática. Por eso se puede encontrar al derecho natural como base axiológica del derecho constitucional y vínculo el estudio del sistema constitucional al análisis del derecho natural desde una nueva perspectiva.

Tulio Alberto Álvarez

instrumento y de la aceptación indubitable de que los factores sociales, culturales, económicos e inclusive religiosos, determinan no solo el contenido de la Constitución sino el espectro valorativo que ordena su interpretación. De manera que, para ejecutar un proceso intelectual dirigido a determinar el alcance del texto fundamental, como fue indicado previamente, no se debe partir de la Constitución como simple instrumento jurídico, lo cual es de por sí relevante, sino como documento que tiene características atípicas.

En consecuencia, el peso de la interpretación literal es sustantivamente menor en la interpretación constitucional. El error básico en esta área sería partir de una actividad limitativa sobre la base de los criterios tradicionales de interpretación de la ley. Y aquí prevalece la definición del contenido ya que la interpretación constitucional debe considerar la diferenciación entre valores, principios y reglas, en los que privan los dos primeros. De manera que se hace más fiable la ponderación de la primacía de lo humano y la progresividad de derechos fundamentales. Además, los presuntos vacíos constitucionales hablan por sí y responden a la posibilidad de objetivar la voluntad política coyuntural en la solución de los conflictos.

Entonces el problema será otro. Se trata de determinar cuáles son los principios que marcan la aceptabilidad de esa razón práctica en el marco de los intereses en conflicto. Más que la definición de lo correcto sobre la base de parámetros de justicia se trataría de la elección de los parámetros de evaluación, pero muy especialmente de la fijación de los límites a esa actividad creadora. En materia constitucional, la interpretación tradicional del derecho se encuentra superada por una interpretación modernista de lo que es una categoría sustantiva de normas que se denominan así en virtud de un proceso de racionalización, fundado en los valores más consolidados en occidente; y aquí me refiero al ideal democrático y la conceptualización de la primacía del ser humano sobre el aparato estatal.

Hay que reconocer que ante la subjetividad de lo meta jurídico y los criterios antedichos, necesariamente deben establecerse unos parámetros limitativos a una interpretación extensiva de la Constitución. Quizás un aporte de este trabajo sería enfocar

cuáles serían algunos de esos parámetros y cuáles los obstáculos para ejecutar una interpretación integral de la Constitución.

- A. Para comenzar, la interpretación constitucional se funda en los valores axiológicos que ordenan y sustentan el texto constitucional:
 - i. Supremacía Constitucional.
 - ii. Diferenciación entre principios y reglas.
 - iii. Primacía de lo humano y progresividad de derechos fundamentales.
 - iv. Orden jurídico positivo validado.
 - v. Efectividad operativa.

- B. La Constitución se presenta como texto total y sistémico que debe ser analizado en contexto global y no particularizado, o aisladamente, para eludir contradicciones. Esto envuelve el preámbulo, los anexos, las disposiciones transitorias y la exposición de motivos cuando es aprobada por el mismo cuerpo constituyente.

- C. La interpretación debe comprender la secuencia histórico-constitucional que explica el sentido de su aplicación en el tiempo.

- D. Expreso reconocimiento de lagunas y antinomias que obligan a una interpretación constructivista de valores implícitos.

- E. Imposibilidad de interpretación retroactiva salvo que este expresamente habilitada en el texto constitucional o derive en progresividad de derechos fundamentales.

- F. Los presuntos vacíos constitucionales hablan *per se* y responden a la posibilidad de objetivar la voluntad política coyuntural en la solución de los conflictos.

- G. Toda ambigüedad puede ser esclarecida sobre la base de la aplicación de los valores implícitos y los principios básicos del constitucionalismo democrático.

Tulio Alberto Álvarez

- H. Los cambios jurisprudenciales que afecten la interpretación constitucional son excepcionales y deben ser debidamente motivados por el intérprete.
- I. Las eventuales restricciones a la dogmática deben ser interpretadas en forma restringida.
- J. Las normas habilitadas para desarrollar los derechos fundamentales no pueden establecer limitantes o condicionamientos adicionales a los pautados expresamente en el texto constitucional.

CONCLUSIONES

Sobre el tema central del axioma de claridad, por los innumerables argumentos y precisiones históricas presentadas, tengo que afirmar que no constituye parámetro de interpretación constitucional; inclusive, desde la perspectiva legislativa y de interpretación de los contratos, no puede servir de obstáculo o justificación para impedir el desarrollo de la actividad hermenéutica. Asimismo, en cuanto a la consideración general de los brocardos, aforismo y axiomas, considero que conforman un componente de una interpretación Lógico-Literal, pero en forma muy limitada.

La interpretación siempre procede, independientemente de las fuentes o criterios lingüísticos. Fijar parámetros que reflejen o, peor aún, pretendan imponer uniformidad de criterios constituye una desviación de los fines de la actividad hermenéutica. Los criterios son variados y no taxativos, podría hablarse de interpretación Teleológica-Fundamental, Histórica-Contextual, Política-Contextual o Valorativa Finalista, y solo serían propuestos.

Si me asumiera kantiano, lo cual podría ser considerada una pretenciosa pose filosófica, tendría que advertir la alta peligrosidad que derivaría de la consideración y estima del poder interpretativo del Juez al tiempo de contestar la pregunta, *quid ius*. Al agregar tal componente subjetivo, privilegiando su aplicación como fórmula de razón práctica en detrimento de la razón pura que lo debe sustentar, perdería paulatinamente la conceptualización universal de lo que ha sido y es el derecho.

Ahora bien, si nuestro propósito estuviera en orden a determinar el contenido particular de un determinado orden jurídico en el pasado (*quid fuit*) o en la actualidad (*quid sid*), tendríamos un resultado fragmentario, inacabado, en caso de no considerar las fórmulas de aplicación de ese derecho mediante las prácticas interpretativas del mismo. Fallaría la respuesta a una pregunta de naturaleza distinta, el *quid iuris*. Por lo menos así aprecio la diferenciación que plantean las preguntas y las valoro metodológicamente como aportes del pensamiento kantiano al derecho, concebido como fin de la Justicia que fundamenta un Estado de razón.

Tulio Alberto Álvarez

Pero si nos tomáramos los derechos fundamentales en serio, el análisis a ejecutar no debería considerar que la liberalidad interpretativa en la aplicación del derecho puede tener como consecuencia directa el efecto contrario; es decir, lejos de constituirse en un muro de contención o conjunto de mecanismos de resguardo de esos derechos fundamentales frente al poder del Estado y sus órganos, derivar en instrumento opresivo de visiones autoritarias y totalitarias. En pocas palabras, convertirse en lo que hoy por hoy es la manipulación de la interpretación judicial en Venezuela. Un esquema de sistemática violación de los derechos humanos más elementales.

Quizás llegó el momento de entender que los valores deben privar y que no son simples consideraciones meta jurídicas. Rescatar el criterio de Justicia que debe marcar lo jurídico. Nada nuevo, vieja data: “Este es el primer precepto de la ley: Se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal. Todos los demás preceptos de la ley natural se fundan en éste, de suerte que todas las cosas que deban hacerse o evitarse, en tanto tendrán carácter de preceptos de ley natural en cuanto la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos”.³¹

³¹ Santo Tomás de Aquino, *Summa theologiae, Ia-IIae, q. 94, a. 2: Hoc est primum praeceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum. Et super hoc fundantur omnia alia praecepta legis naturae, ut scilicet omnia illa facienda vel vitanda pertineant ad praecepta legis naturae, quae ratio practica naturaliter apprehendit esse bona humana.*

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Tulio, *Comentarios a las Institutas de Justiniano*. Tomo II [Contratos]. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012.
- Comentarios a las Institutas de Justiniano*. Tomo I [Parte General]. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.
- Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª edición aumentada y corregida. Cuatro tomos. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2013-14. Edición original 1998.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1986.
- AUDI, Robert (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy* (2ª edición). Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Coke, Edward, *Selected Writings And Speeches* (Tres Volúmenes). Indianápolis (Indiana): Steve Sheppard Liberty Fund, Inc., 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José, *Direito Romano Moderno* (9ª edición). Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DELEUZE, G., *Lógica del sentido*. Barcelona: Editorial Anagrama, 1989.
- D'ORS, Xavier, *Antología de Textos Jurídicos Romanos*. Madrid: Ediciones Akal, 2001.
- DE SEVILLA, I., *Etimologías*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en España, Europa e Iberoamérica* (6ª edición). Madrid, 2002.
- FERRARIS, M., *Historia de la hermenéutica*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2005.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*. New York, 1996.
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1996.
- GADAMER, H.-G. *Verdad y método*. Salamanca: Editorial Sígueme, 2002.
- *Los problemas epistemológicos de las ciencias humanas*. En: *El problema de la conciencia histórica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.
- GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1929.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho* (5ª. Edición) Buenos Aires, 1976.

Tulio Alberto Álvarez

HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho* (3a Edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

Legal and Moral Obligation, en A.I. Melden (Ed.), *Essays in Moral Philosophy*. Seattle, U.S.A., 1958.

HEIDEGGER, M., *Hermenéutica: Ontología de la Facticidad*. Madrid: Alianza, 1999.

HOBBS, Thomas, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

HUVELIN, F., *Cours Elementaire de Droit Romain*. Paris, 1927.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

ISER, W., *Rutas de la interpretación*. México (DF): F.C.E., 2005.

KUNKEL, W., *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

RICOEUR, Paul, *Del texto a la Acción*. Buenos Aires: F. C. E., 2005.

SCHULZ, Fritz, *History of Roman Legal Science* (2ª Edición). Oxford, 1953.

VILLEY, Michel, *Le Droit Romain*. 10ª Edición Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

VON IHERING, R., *La posesión*. Versión española de Adolfo Posada (2ª edición). Madrid, 1926.

El Espíritu del Derecho Romano. Madrid: Marcial Pons, 1997.

WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Cuadernos Civitas, 2001.

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990 (paperback: Oxford 1996).

ARTÍCULOS EN REVISTAS ARBITRADAS, CONFERENCIAS O PUBLICACIONES SIMILARES

ÁLVAREZ, Tulio, *La Ley Natural como patrón del orden justo*. Publicado en el Volumen N° 16, N° 3 del año 2009 de “FRONESIS”: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando de la Universidad del Zulia. <https://www.academia.edu/13957242>.

- *La Humanización del Derecho, una Misión de la Filosofía ante los Retos del Siglo XXI*. Conferencia en el marco del XVIII Congreso Interamericano de Filosofía. Bogotá – Colombia (15 al 18 de octubre de 2019). <https://www.academia.edu/40311298>

Tulio Alberto Álvarez

- *Ratio Iuris: Entre lo Ideal y el Mito*. Publicado en la revista Derecho y Democracia, editada por la Universidad Metropolitana, Cuadernos Unimetanos 36, octubre 2014. https://www.academia.edu/14138951/Ratio_Iuris_Entre_lo_Ideal_y_el_Mito

BERMÚDEZ, José Rafael, *Interpretación de contratos y metodología jurídica*. En Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Tomo I. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004.

DUXBURY, Neil, *Judicial disapproval as a constitutional technique*. International journal of constitutional law. (2017) 15 (3): 649-670

ENDICOTT, Timothy, *The Reason of the Law*. American Journal of Jurisprudence, (2003) 48(1): 83-106 doi:10.1093/ajj/48.1.83

FINNIS, John, *Law and What I Truly Should Decide*. American Journal of Jurisprudence, (2003) 48(1): 107-129 doi:10.1093/ajj/48.1.107

FULLER, Lon L., *Human Interaction and the Law*. American Journal of Jurisprudence, (1969) 14(1): 1-36

GARDNER, John, *Nearly Natural Law*. American Journal of Jurisprudence, (2007) 52(1): 1-23 doi:10.1093/ajj/52.1.1

- *Legal Positivism: 5½ Myths*. American Journal of Jurisprudence, (2001) 46(1): 199-227

KALINOWSKI, Georges, *Norms and Logic*. American Journal of Jurisprudence, (1973) 18(1): 165-197

KELSEN, Hans, y Paulson, Stanley L., *The Concept of the Legal Order*. American Journal of Jurisprudence, (1982) 27(1): 64-84

KRAMER, Matthew H., *When Is There Not One Right Answer?* American Journal of Jurisprudence, (2008) 53(1): 49-68 doi:10.1093/ajj/53.1.49

NOZICK, Robert, *Moral Complications and Moral Structures*. American Journal of Jurisprudence, (1968) 13(1): 1-50

RAZ, Joseph, *About Morality and the Nature of Law*. American Journal of Jurisprudence, (2003) 48(1): 1-15 doi:10.1093/ajj/48.1.1

- *Kelsen's theory of the Basic Norm*. American Journal of Jurisprudence, (1974) 19(1): 94-111

RHONHEIMER, Martin, *The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls's "Political Liberalism" Revisited*. American Journal of Jurisprudence, (2005) 50(1): 1-70 doi:10.1093/ajj/50.1.1

RICOEUR, Paul, *Interpretación y argumentación*. En A. V. La argumentación jurídica. Medellín: Editora Jurídica de Colombia, 2007.

Tulio Alberto Álvarez

SOLUM, Lawrence B., *Natural Justice*. American Journal of Jurisprudence, (2006) 51(1): 65-105 doi:10.1093/ajj/51.1.65

SAVIGNY, F. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Consulta del 15 de octubre de 2010. <http://lexetius.blogspot.com/2008/05/savigny-un-fragmento-de-de-lavocacin.html>

VAN DER BURG, Wibren, *Essentially Ambiguous Concepts and the Fuller-Hart-Dworkin Debate*. (2007) Tilburg, Holanda. Consulta en la web de fecha 9 de agosto de 2009: University Legal Studies Working Paper No. 003/2007. Disponible: <http://ssrn.com/abstract=1009179>.

DOCUMENTOS

Acuerdo de 10 de mayo de 2016 de la Asamblea Nacional “*exhortando al cumplimiento de la constitución, y sobre la responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral para la preservación de la paz y ante el cambio democrático en Venezuela*”, en <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/>

“*En Defensa de la Constitución*” pronunciamiento de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela de fecha 31 de marzo de 2017, en <https://revistasic.gumilla.org/2017/en-defensa-de-la-constitucion/>

RELACIÓN DE LA NORMATIVA CONSULTADA

Código Civil de Venezuela publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 en la «Gaceta de Madrid» N° 206 de 25 de julio de 1889, Referencia: BOE-A-1889-4763, con una última actualización publicada el 4 de agosto de 2018, bajo consulta de fecha 23 de marzo de 2018 en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&tn=1&p=20180804>.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

Sentencia del 12 de junio de 1972 (RA 3171)

VENEZUELA

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

[s.S.C. N° 2152-07] Sentencia N° 2152 de fecha 14 de noviembre DE 2007, con ponencia de Francisco Antonio Carrasquero López, caso: Recurso de Nulidad incoado por Antonio José Ledezma Díaz. En el expediente N° 03-1934.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2152-141107-03-1934.htm>

[s.S.C. N° 1444-08] Sentencia N° 1444 de fecha 14 de agosto de 2008, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño, caso: Recurso de Nulidad incoado por Cámara Venezolana de Almacenes Generales y Depósito CAVEDAL contra la Ley de Silos, Almacenes y Depósitos Agrícolas. En el expediente N° 04-0370.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1444-140808-04-0370.htm>

EL CONTROL PARLAMENTARIO EN LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE VENEZUELA

Ramón Guillermo Avelado

Abogado. Doctor en Ciencia Política. Presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro. Profesor Titular de la Universidad Metropolitana y Profesor en la Maestría de Derecho Constitucional y el Doctorado en Derecho de la UCAB. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

Resumen

Constitucionalmente, el Poder Público venezolano es uno distribuido en lo territorial y dividido en lo funcional. Al órgano legislativo nacional incumbe la legislación y el control del gobierno y la administración. La aprobación por ley de los tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo es una de las disposiciones para asegurar ese control. En la década de los noventa del siglo XX, en un clima de apertura estimulado por la globalización, la mayoría de los países del mundo apreció la necesidad de reglas para ordenar esas nuevas y crecientes realidades económicas internacionales y sus consecuencias. Esas regulaciones no podían ser unilaterales o nacionales, requerían acuerdos internacionales. Entre otros instrumentos de Derecho Internacional, Venezuela, tradicionalmente receptora de inversiones extranjeras y con vocación para invertir en otros países, suscribió tratados de promoción y protección de inversiones. Este trabajo analiza el control parlamentario de esos tratados de inversiones, en su contexto constitucional y político.

Palabras claves: Constitución, Congreso, Control, Tratados, Inversión Extranjera

PARLIAMENTARY CONTROL IN VENEZUELA'S INVESTMENT PROMOTION AND PROTECTION TREATIES

Abstract

Constitutionally, Venezuelan government is one distributed on territorial basis and divided in its functions. To the national legislature concerns both legislation and the control of government and administration. The approval by law of foreign treaties negotiated and signed by the Executive branch, is one of the provisions in order to ensure that control. In the decade of 1990, as globalization promoted opening, most countries valued the need for rules to order this new and growing international economic realities and its consequences. Those regulations could not be national nor unilateral. They required international agreements. Among other instruments of International Law, such a traditional receiver of foreign investments as Venezuela, also with a vocation to invest abroad, signed several treaties to promote and protect investments. This paper analyzes parliamentary control of these investments treaties, within their constitutional and political framework.

Keywords: Constitution, Congress, Checks and balances, Treaties, Foreign Investment.

Ramón Guillermo Avelo

A la memoria del fraterno Pedro Nikken,

y del maestro Luis Herrera Marcano,

de quien mi curiosidad por el Derecho Internacional Público será siempre deudora.

INTRODUCCIÓN

Los tratados de promoción y protección de inversiones suscritos por la República de Venezuela, expresaron una política del Estado venezolano dirigida a adaptarse y aprovechar las cambiantes exigencias de una economía internacional signada por la globalización, la competencia entre los países por atraer inversiones extranjeras que aportaran recursos y conocimiento a sus estrategias de desarrollo, así como la necesidad de ofrecer garantías a esas inversiones y obtenerlas para las inversiones nacionales en el exterior, sean éstas estatales o privadas.

Los consensos para una política de Estado suelen ser largos y muchas veces pueden generar conflictos a resolverse. Esto se hace más patente cuando se trata de dar respuestas a desafíos nuevos que contradicen conceptos o prácticas arraigados y establecidos, o cuando su debate es transversalmente atravesado por la ideología, con sus juicios y sus prejuicios.

Los dispositivos asumidos por la República para viabilizar esos procesos, tanto en salvaguarda de derechos e intereses legítimos, como para evitar imposiciones de un poder abusivo, son los propios del Estado Democrático de Derecho que limita el poder, lo distribuye y controla su ejercicio. No para paralizarlo, sino para canalizarlo en orden al interés del bien común, lo cual logra de manera imperfecta siempre, pero abierta a la corrección.

En las páginas subsiguientes revisaremos las bases del derecho de los tratados, las normas constitucionales venezolanas sobre la materia y en particular aquellas que establecen el control parlamentario sobre los acuerdos internacionales, la política pública

venezolana sobre promoción y protección de inversiones, los TBIs¹ que comprometen a la República y las conclusiones que tal revisión nos permite extraer.

DE LOS TRATADOS, NOCIONES FUNDAMENTALES

A los acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional destinados a producir determinados fines jurídicos, puede llamárselos indistintamente tratados, convenios, pactos, acuerdos, estatutos, protocolos, actos, declaraciones, arreglos, *modus vivendi*, así los define Charles Rousseau² y, en un sentido más amplio, a “todo acuerdo concluido entre miembros de la comunidad internacional”³, sean éstos entre estados, entre organismos internacionales o entre estados y organismos internacionales.

Los tratados se caracterizan por su unidad y porque su conclusión comprende las fases de negociación, firma y ratificación. Entre los tipos de tratados nos interesa distinguirlos con base en dos criterios. Uno formal, según el número de actores participantes, pueden ser bilaterales, como el Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito el 14 de mayo de 1996, y colectivos o multilaterales, como el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Convenio OMGI-MIGA) suscrito por Venezuela el 26 de agosto de 1992, para usar ejemplos relevantes a la materia que nos ocupa en el presente ensayo .

El otro criterio es material, referido al contenido del acuerdo. Así, puede haber tratados-contrato, en el cual dos actores realizan un arreglo cuya intención es producir, a través de prestaciones recíprocas, efectos entre ambos, y tratados normativos que formulan una nueva regla de derecho. Ejemplo de los primeros serían los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TBIs) a los cuales nos referiremos y de los segundos la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945. En esa histórica ocasión rubricó por

¹ También se utiliza para referirse a éstos la denominación Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones (APPI), así se encontrará en la literatura.

² Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público* (Barcelona: Ariel, 1966).

³ Rousseau: Obra citada

Venezuela quien era el canciller entonces, el diplomático e historiador Caracciolo Parra Pérez.

Corresponde al derecho interno determinar el *treaty making power* o los órganos competentes para concluir tratados. Los negocian los gobiernos a través de sus ministerios de relaciones exteriores, con la debida asistencia de expertos, no sólo en materias diplomática y jurídica, sino en la específica a la cual se refieren. Esa competencia es del órgano ejecutivo que es de por sí un conjunto complejo.

Responsable como gerente y garante del bien común, al Estado incumbe mirar por los intereses de toda la sociedad. Su tarea no es representar a un sector sino velar por la armonía que surge del equilibrio entre los intereses de todos y cada uno, pero no haría bien menospreciando a alguno. Por eso le conviene escuchar a los que puedan ser afectados, involucrarlos en el proceso para que sus representantes en las negociaciones tomen en cuenta esa realidad plural.

Una vez firmado, el tratado entra en la fase siguiente, la cual debe concluir en su ratificación. Volviendo a Rousseau, ésta consiste en "...la aprobación dada al tratado por los órganos internos competentes para obligar internacionalmente al Estado"⁴, en la cual se pone de manifiesto la complejidad como acto político y jurídico que al tratado caracteriza, en cuyo contexto es comprensible la participación del Poder Legislativo, así como la naturaleza de ésta.

Precisamente por este factor, el de la complejidad política y jurídica del tratado, la ratificación es cuestión de forma, cierto, "pero una forma esencial", como habría dicho Lord Stonewell citado en Sorensen⁵, a partir de la cual el instrumento acordado adquiere fuerza jurídica. El consentimiento para quedar obligado lo expresan los Estados de conformidad con las reglas de su derecho interno. La relación entre un Estado y sus órganos con capacidad para comprometerlo y un plenipotenciario para negociar no es equiparable a

⁴ Rousseau: Obra citada

⁵ Max Sorensen, Editor., *Manual de Derecho Internacional Público*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1998).

la de mandante y mandatario en derecho privado. Los fines que aquel persigue y los intereses que éste representa son de otra naturaleza.

Ente las consideraciones de orden práctico que el ya citado Rousseau estima como “realmente decisivas” está, además de la importancia de las materias y el deseo de evitar controversias sobre la apreciación de la extralimitación:

La influencia ejercida por el auge del régimen parlamentario, con la consiguiente necesidad de salvaguardar la libertad de decisión de las Cámaras que tienen que autorizar la ratificación de los tratados por el jefe del Estado, cuya libertad no sería completa si se admitiera que la firma del plenipotenciario obliga, por si sola y definitivamente, al Estado.⁶

No ha habido unanimidad en cuanto al poder de ratificación. A lo largo de la historia encontraremos modelos constitucionales diferentes, aunque la tendencia va decantándose hacia uno de ellos. En unos la competencia es de la rama Ejecutiva del Poder Público Nacional, en otros de la Legislativa y en un tercer grupo, de ambos y ésta es la que tiende a predominar.

La competencia ejecutiva exclusiva va quedando como un recuerdo del régimen de monarquía absoluta, como la Francia del Segundo Imperio o Japón, hasta la Carta constitucional de 1946. Recurrieron a él modelos totalitarios del siglo XX, como el fascismo mussoliniano y el nazismo y en regímenes autoritarios afines como el de Polonia bajo la constitución de 1935 en la fase más dictatorial del liderazgo de Pilsudski y el régimen francés de Vichy hasta 1944.

La competencia legislativa exclusiva, rara pues se trata de materia específica de gobierno, se comprende porque salvo Turquía en la constitución republicana de 1924, democrática, seglar, unitaria y constitucional liderada por Kemal Atatürk que lo atribuía a la Gran Asamblea Nacional y Suiza, a partir de 1931 correspondiente a la Asamblea Federal⁷, fue regla en la Unión Soviética, en cuya peculiaridad constitucional el Presidium del Soviet Supremo era así mismo jefatura del Estado y su modelo fue emulado en varias de

⁶ Charles Rosseau. *Obra citada*

⁷ Parlamento bicameral formado por el Consejo Nacional (Cámara baja ante la cual es responsable el gobierno) y el Consejo de los Estados (Cámara alta).

Ramón Guillermo Aveledo

las denominadas democracias populares del Centro y Este de Europa, como Yugoslavia, Bulgaria, Rumania y Hungría. Pero en ese sistema, recordemos, había partido de Estado y el verdadero poder residía en la dirección política partidaria. Es conocido y acaso olvidado por el ocaso de esa noción del poder⁸, aquel dicho de que la voluntad de la clase obrera la expresa el Partido Comunista, la del partido el Comité Central, la de éste el Buró Político y la del Buró el Secretario General, por lo tanto, la voluntad del Secretario General es la voluntad de la clase obrera.

Por "... la significación del partido comunista en el Estado soviético y su carácter de partido único hemos considerado pertinente incluir sus estatutos como apéndice a la Constitución.", explica García-Pelayo al presentar el libro con los textos de las cartas fundamentales de Alemania Occidental, Checoslovaquia, Francia, Italia, Suiza y Unión Soviética.⁹

En la mayoría de los Estados esta competencia es compartida por el Ejecutivo y el Parlamento, tanto en los de gobierno parlamentario como en los presidencialistas. Esto no quiere decir que sea idéntica en todos los ordenamientos de los estados que prescriben. Ya en Bonfils y Fauchille¹⁰ así se evidencia:

La ratificación es la aceptación formal del tratado por el jefe de Estado representado por un plenipotenciario, aceptación que según la ley constitucional, el soberano da solo o con el asentimiento de las Cámaras.

La primera edición de la obra es de 1898 y la que leemos de 1914, en plena Tercera República, con un Presidente jefe de Estado y un Primer Ministro responsable ante el Parlamento.

La Constitución francesa de 1958 en su artículo 52 atribuye al Presidente de la República negociar y ratificar los tratados y en el artículo siguiente dicta que los tratados de

⁸ Aunque en algunos lugares ese sol languideciente se resiste a ponerse.

⁹ Manuel García-Pelayo, Pedro Bravo Gala y Juan Carlos Rey. (Selección, traducción e índices) *Constituciones Europeas*. Instituto de Estudios Políticos. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1960.

¹⁰ Henry Bonfils et Paul Fauchille. *Manuel de Droit International Public (Droit des Gens)* 7eme edition. (Paris: Librairie Arthur Rosseau. 1914). (traducción nuestra)

Ramón Guillermo Aveledo

paz, los de comercio, los relativos a la organización internacional, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que supongan modificaciones legislativas, los relativos al estado de las personas y los que signifiquen modificaciones territoriales, “No podrán ser ratificados ni aprobados sino en virtud de una ley...”¹¹. Esta disposición constitucional se interpreta como una autorización al Presidente de la República para ejercer una competencia constitucional suya, la cual constituye un acto de gobierno no susceptible de recurso contencioso administrativo. Y si bien la enumeración no incluye la participación del órgano deliberante en tratados relativos a temas que son de importancia como por ejemplo alianza o asistencia mutua, entre otros, “Sin embargo, por razones de orden político fáciles de comprender, hay una permanente tendencia a ampliar la intervención del Parlamento...”¹²

En la vigente Constitución española, el consentimiento del Estado para obligarse en tratados requiere de la autorización de las Cortes Generales, esto es las dos Cámaras, cuando se trate de acuerdos de carácter político, militar, que afecten la integridad territorial o los derechos y deberes fundamentales, que impliquen obligaciones para la Hacienda Pública o que impliquen o exijan modificaciones legislativas.¹³

En la previsión de la Constitución de los Estados Unidos, se distingue entre los tratados para los cuales es exigido el consejo y consentimiento del Senado y los acuerdos ejecutivos o *executive agreements*, en los cuales la Casa Blanca puede proceder por su cuenta.

Existe la posibilidad de la aprobación condicionada cuyo ejemplo principal es el de esa nación, donde la ratificación de tratados exige un acuerdo del Senado con requerimiento de mayoría de dos tercios de los senadores presentes. En este modelo constitucional, el asentimiento senatorial puede condicionarse, como ocurrió con el Tratado de Amistad y Cooperación con España de 1976, en plena transición del franquismo a la democracia, proceso que los senadores querían impulsar, por lo cual el Comité de Relaciones Exteriores

¹¹ *Constitución de 4 de octubre de 1958 (Texto resultante, en último lugar, de la ley constitucional del 23 de julio de 2008)* <https://www.senat.fr>

¹² Rousseau.: *Obra citada*

¹³ Artículo 94 de la *Constitución Española 1978*. Congreso de los Diputados. Madrid, 2003.

Ramón Guillermo Aveledo

emitió una declaración anexa a la resolución de ratificación, en la cual expresa que el cuerpo “desea y tiene la intención de que este tratado sirva para apoyar y promover el progreso español hacia las instituciones libres”.

Esta modalidad implica riesgos sobre los cuales advierte el autor estadounidense Glennon¹⁴, “...una nación con más de una mano gubernamental en la conducción de la política exterior puede incurrir en costos de credibilidad.” Ciertamente es que tal lujo puede permitírsele solamente a una potencia con ese peso, no obstante los principios de igualdad soberana y jurídica de los Estados como miembros de la comunidad internacional. Se ponderan criterios de distribución y limitación de poder propios de la democracia, a los cuales hay que adicionar el factor de *realpolitik* de la significación internacional de un Estado, sin embargo, el mismo tratadista no deja de llamar la atención acerca de un asunto cuya importancia no es menor:

De esta forma, el valor interno de la toma plural de decisiones del gobierno compete con el valor internacional de las expectativas recíprocas.¹⁵

En los tratados multilaterales hay un procedimiento distinto al de los bilaterales. Su proceso negociador también es diferente, dada su naturaleza y la ratificación se hace, en vez del complicado intercambio de ratificaciones entre todos los estados signatarios, mediante el depósito de los respectivos instrumentos de ratificación en el Ministerio de Relaciones Exteriores de un país escogido al efecto o en un organismo internacional, como la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas.

Para las adhesiones por parte de estados que no son signatarios originales del tratado, hay distintas modalidades. En todo caso, la capacidad para obligar internacionalmente al Estado sigue siendo materia de su derecho interno. El registro de los tratados ante la ONU es lo que permite invocarlos ante un órgano de esa organización.

En cuanto a las reservas, estas son propias de los tratados normativos y los plurilaterales, se originan en un derecho relacionado con la soberanía estatal. En los

¹⁴ Michael J. Glennon, *Diplomacia Constitucional* (México: Fondo de Cultura Económica, 1996).

¹⁵ Glennon.: *Obra citada*

bilaterales, las reservas no tendrán efecto hasta que no sean expresamente aceptadas por el otro contratante.

En la estructura de un tratado encontraremos un preámbulo con enumeración de las partes contratantes y exposición de su contenido y de la motivación que llevó a los estados a suscribirlo, su parte dispositiva y, de estimarse necesario, sus anexos.

La regla acogida por la Convención de Viena ¹⁶ es la de *Pacta sunt servanda* “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Al ratificarse y publicarse un tratado por parte de un Estado, sus disposiciones obligan a todos sus órganos. La promulgación, cumplido el trámite previsto, lo hace norma jurídica interna. No sólo obliga al poder Ejecutivo que lo ha negociado, suscrito y ha intercambiado los instrumentos de ratificación con gobiernos de otros estados, sino al Legislativo y al Judicial, al cual le incumben funciones de aplicación e interpretación.

En cuanto al poder legislativo, cuya participación hemos revisado y a ella volveremos en el caso venezolano, habría que anotar el comentario del maestro Rousseau relativo a la aprobación de asignación de recursos necesarios, cuyas circunstancias relacionadas observaremos más adelante, en lo relativo a nuestro país,

Desgraciadamente, las asambleas legislativas no siempre han tenido una conciencia clara de cuáles son sus obligaciones sobre este punto y a veces no han dudado en negar los créditos necesarios para la ejecución de un tratado¹⁷

Una vez adquiridos cumplidos los requisitos constitucionales, el debate político nacional no debería afectar los compromisos internacionales de un Estado. No como ocasión para hacer oposición tampoco por una errada interpretación de fidelidad partidista al gobierno que no se detenga a analizar la capacidad del país para cumplir el compromiso asumido. La participación parlamentaria en el tratado debería servir, además, para que este tipo de incongruencias se evitaran, en beneficio de la credibilidad del Estado

¹⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969. U.N.Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S.331, entered into force January 27, 1980.

¹⁷ Rousseau.: *Obra citada*

En cuanto a la interpretación, la misma Convención de Viena ya citada, establece las reglas correspondientes, comenzando por una general que insistiremos en recordar más adelante:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.¹⁸

Como medios de interpretación complementarios valora el mismo instrumento a “los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración”. Recurrir a los trabajos preparatorios, incluido el debate parlamentario, se justifica¹⁹ porque “no puede permitirse que un tratado fracase por ausencia absoluta de algún significado”.

El debate legislativo como medio de interpretación de algún texto legal interno se excluye en ciertos sistemas nacionales, pero el mismo autor no lo hace en cuanto a los tratados, en aplicación del axioma antes referido. El control parlamentario debe considerarse parte de los trabajos preparatorios, no solo porque completa la manifestación de voluntad del Estado, sino porque para lograrla, el órgano Ejecutivo debe presentar al Legislativo la exposición de motivos que sirve para solicitar su aprobación y así como en su examen puede ser requerido de explicar la intención que persigue y presentar los argumentos que lo justifican, al aprobarlo la instancia parlamentaria puede aportar razones que condujeron a esa decisión estatal.

Los tratados se extinguen por abrogación o por denuncia. Abrogación es la voluntad común de las partes, bien porque lo hayan previsto en sus propias cláusulas o porque resuelven disolverlo por mutuo consentimiento. La denuncia es la voluntad unilateral de una de las partes de dejar el tratado, lo cual requiere unas formalidades relativas al modo y a los plazos.

Determinados acontecimientos como la guerra o el cambio radical e imprevisible de las circunstancias, pueden llevar a la extinción del tratado o a su revisión.

¹⁸ Convención de Viena: Parte III. Sección Tercera. Artículos 31 al 33.

¹⁹ Ver Sorensen.: *Obra citada*

LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO VENEZOLANO

En materia de tratados, en la formación de la voluntad del Estado venezolano intervienen dos órganos del Poder Público Nacional, el Ejecutivo y el Legislativo.

Lo primero que ha de quedar sentado es que tanto en la constitución de 1961, vigente cuando la mayoría de los acuerdos internacionales a los cuales nos referiremos se suscribieron, aprobaron y entraron en vigor, como en la actual de 1999²⁰ en cuya vigencia entraron en vigor seis más, la competencia en materia internacional corresponde al Poder Nacional, lo cual no es afectado por la definición federal. Ciertamente que esto parece una obviedad, pero en 1989, el gobernador de Bolívar²¹ suscribió un acuerdo con su colega del estado brasileño de Roraima, extralimitación de funciones que hubo de atenderse desde la Comisión de Política Exterior de la Cámara de Diputados. El asunto fue solventado sin dificultades con la intervención de los ministros de Relaciones Interiores Alejandro Izaguirre y Relaciones Exteriores Enrique Tejera París quienes atendieron prontamente el requerimiento parlamentario y pusieron las cosas en su lugar. El punto no era ocioso, aquel año se elegirían por primera vez en forma directa mandatarios regionales y dejar que pacíficamente se constituyera un precedente cuando, como era predecible, habría electos de distintas filiaciones políticas, podría constituirse en una invitación a un desorden inconveniente a los intereses de la República, incluidos los del importante proceso descentralizador que se iniciaba.

El Poder Público en Venezuela es el propio de una democracia constitucional, en consecuencia es por definición institucional, limitado y distribuido. Bien sabemos que el peso de la historia puede empujar a veces hacia otras direcciones y a merced del personalismo interpretar los mandatos como de un poder concentrado e ilimitado. También conocemos las lamentables consecuencias que esa inclinación ha tenido para nuestro

²⁰ En la constitución de 1961, artículo 136 “Es de la competencia del Poder Nacional: 1. La actuación internacional de la República” y en la de 1999, artículo 156 “Es de la competencia del Poder Público Nacional: 1. La política y la actuación internacional de la República. En Allan R. Brewer –Carías, *Las Constituciones de Venezuela*. Tomo II. Tercera edición ampliada y actualizada. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008).

²¹ Entonces aún por designación presidencial.

devenir como sociedad, sin olvidar que lo del poder total es no solo antidemocrático sino supersticioso por irreal.

En los tratados, la que compromete a la República es la voluntad del Estado, el cual es el actor de Derecho Internacional, no solo la del gobierno en su acepción de Poder Ejecutivo que es la que usamos nosotros a diferencia de la anglosajona de *government*²² que es más amplia, más cerca a la de Poder Público. Y en este caso, la aclaratoria tampoco es ociosa, no solo porque es pública y notoria la confusión entre gobierno y Estado cada vez más acentuada en el discurso gubernamental a partir de 1999 y peor aún, hasta identificar peligrosamente la nacionalidad y el patriotismo con la conducta o el interés gubernamentales²³. Dicha confusión no sólo es interesada. Tiene raíces en la cuestión que Ossorio trata pues, en el Derecho Político como se le llama en España "...la palabra *gobierno* ni siquiera tiene, dentro de dicha disciplina, un mismo significado ni igual alcance en todos los países ni en todos los regímenes".²⁴

Por Estado se entiende, en la materia aquí comentada, la estructura organizada del poder político y no su noción nacional la cual incluye, además del poder, sus otros dos elementos constitutivos de territorio y población.

La manifestación de voluntad venezolana en un tratado es un acto jurídico complejo que se perfecciona con la participación de dos ramas del Poder Público Nacional. El Gobierno conduce las relaciones internacionales y como tal negocia y firma. El Parlamento imparte, o no, su aprobación que es un acto de control constitucionalmente necesario para que el Ejecutivo pueda proceder oportunamente a la ratificación.

²² El uso de *government* en inglés se refiere en primer término al sistema político (<https://britannica.com>), hacia allá se inclina *The New Webster's Dictionary*. En el Reino Unido sería (ver Lexico respaldado por el Diccionario de Oxford) "*The group of people with the authority to govern a country; a particular ministry in office*" y también "*The system by which a state or community is governed*". En EEUU es la totalidad del Estado, y son ramas del Gobierno de los Estados Unidos la Ejecutiva, la Legislativa y la Judicial. Ver Patrick, John J.; Pious, Richard M. and Ritchie, Donald A.: *The Oxford Guide to the United States Government*. Oxford University Press, 2001 abarca las tres ramas del Poder Público a nivel federal.

²³ Ver los juicios por "traición a la patria" contra opositores.

²⁴ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 39ª Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De las Cuevas. (Buenos Aires: Heliasta. 2008).

Ramón Guillermo Avelo

La participación parlamentaria en el proceso que conduce a la formación de la voluntad del Estado venezolano hasta su manifestación definitiva en la ratificación es la de un acto de control. Así fue con el Congreso de la República en la Carta de 1961 y lo es con la Asamblea Nacional en la Constitución de 1999. Andueza lo explica de este modo: si bien en un sistema de separación rígida de poderes el Congreso debería limitarse a legislar,

El constituyente se ha visto obligado, por razones de conveniencia, a confiarle ciertas funciones que, desde el punto de vista material, entrarían dentro de la función ejecutiva, tales como la autorización o aprobación de ciertos actos, (contratos y tratados)...²⁵

¿A qué “razones de conveniencia” se refiere el constitucionalista? Es obvio que no son meros motivos coyunturales, de cálculo más o menos pequeño o inmediatista para lograr una aprobación que, por lo demás, fue unánime, sino de conveniencia en el primer y mejor sentido del uso del término en nuestro idioma²⁶. Se trata de razones que aconsejaban la conveniencia de esta disposición que en diversas formas, aparece en nuestras constituciones desde 1811, como veremos en seguida. Razones de Estado, entre las cuales es preciso incluir la conveniencia democrática de equilibrio y control del poder, consustancial a la gobernanza en ese sistema.

Como acto de control conceptúa Leáñez Sievert a la aprobación parlamentaria de los tratados, sin perjuicio de su preocupación por la necesidad de precisar la naturaleza y límites del control parlamentario del gobierno y la administración, para lo cual revisa doctrina francesa, italiana y española y sin negar los esfuerzos de esclarecimiento de la función de control parlamentario, concluir que “sus indeterminaciones e imprecisiones quedan solo relativamente aclaradas”²⁷

²⁵ José Guillermo Andueza, *El Congreso. Estudio Jurídico* (Caracas: Congreso de la República, 1973).

²⁶ La primera acepción de conveniencia es “correlación y conformidad entre dos cosas distintas”, la tercera “ajuste, concierto y convenio”. Si bien la segunda es “utilidad y provecho”, donde se entiende estimulada por el interés, tampoco tiene de suyo la connotación negativa que podría atribuírsele coloquialmente. En Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª Edición. Madrid, 1992

²⁷ Carlos Leáñez Sievert, *Control Parlamentario*. Discurso y Trabajo de Incorporación (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 1999).

Por su parte Avellaneda²⁸, se remonta a la historia de esa disposición constitucional, la cual se inicia en los albores mismos de la República en la Carta de 1811, la cual hace depender del “previo aviso, consejo y consentimiento del Senado” con el voto de las dos terceras partes de los presentes que el Ejecutivo pueda “concluir tratados y negociaciones con las otras Potencias o Estados extraños a esta Confederación.” y realiza pormenorizada revisión de la evolución de este acto de control en nuestra constitucionalidad. Allí consta que el consentimiento parlamentario requiere manifestarse mediante ley aprobatoria a partir de la constitución de 1901.

En la constitución de 1931, será decisión discrecional del Ejecutivo la oportunidad de la promulgación de la ley aprobatoria. La Carta de 1936 y la de 1945, reformas introducidas respectivamente durante las presidencias de López Contreras y Medina Angarita, no hacen referencia a la promulgación sino a su publicación, la cual condicionan al canje de instrumentos de ratificación. Hasta esta última, ninguna de nuestras constituciones hizo excepciones al requisito de aprobación parlamentaria de todos los tratados. Es en la de 1947 que se exime de esa aprobación a aquellos en los que “se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de la ejecución de actos ordinarios en las relaciones internacionales o del ejercicio de facultades que la ley atribuya expresamente al Poder Ejecutivo.”²⁹ Allí está el antecedente del artículo 128 de la de 1961 y del artículo 154 de la Constitución de 1999³⁰.

Recordemos la distinción entre esos dos mecanismos de control que son la autorización y la aprobación. Aquella es previa, como en el caso de los créditos adicionales

²⁸ Eloisa Avellaneda, *El Control Parlamentario sobre el Gobierno y la Administración Pública* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público. 1999).

²⁹ Artículo 105 concordado con el artículo 162, ordinal 1º de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947

³⁰ En el caso de esta última y a diferencia de su predecesora, el Art.154 no prevé la autorización provisional para la ejecución de urgencia de tratados ni el Art.196 faculta a la Comisión Delegada para emitirla. También es cierto que el receso de la Asamblea es constitucionalmente muy reducido, del 15 de agosto al 15 de septiembre y del 15 de diciembre al 5 de enero. Esta disposición no puede interpretarse lógicamente en beneficio de la discrecionalidad ejecutiva, sino del control constitucional que es garantía del equilibrio y cooperación entre los órganos del poder público.

al presupuesto o, como se hacía según una tradición constitucional inaugurada en 1819, en el del ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas desde el grado de Coronel y Capitán de Navío. La aprobación es posterior, como ocurre en los casos de los tratados y de los contratos de interés nacional. Una y otra son actuaciones de control, indispensables para la validez del acto gubernativo.

Toro Jiménez lo resume al decir que en la formación del consentimiento internacional del Estado tienen competencia tanto el órgano Ejecutivo como el Legislativo. El Presidente de la República contribuye a formarlo “...para la creación, modificación y extinción de derechos y obligaciones internacionales y es competente para dirigir las relaciones externas de la República”, mientras que al órgano parlamentario incumben funciones explícitas como la legislación aprobatoria de los tratados e implícitas en cuanto parte del Poder Nacional.³¹

El ya citado Andueza, como nos recuerda la misma obra de Avellaneda, reflexiona en otro escrito suyo acerca de las implicaciones de que la ley aprobatoria se produzca antes de la ratificación que sería la completación del acto, mediante la cual queda perfeccionado. La aprobación es una condición de validez, no de eficacia. “Todo ello permite pensar – dice– que más que una aprobación el contenido de esa ley es una autorización al Presidente de la República para que proceda a ratificar el Tratado.”³²

El texto del artículo correspondiente en la constitución de 1961, vigente durante la negociación, suscripción, trámite parlamentario de aprobación y ratificación de los tratados que nos ocupan, reza:

Artículo 128.- Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios de las

³¹ Fermín Toro Jiménez. *Manual de Derecho Internacional Público. Volumen 2* (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982).

³² José Guillermo Andueza. *Las Potestades Normativas del Presidente de la República en Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1979).

relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuye expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.

En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso, en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación.

El artículo citado contiene previsiones para dos supuestos diferentes. Una es la aprobación, posterior por definición, mediante ley especial para los tratados y convenios, con las salvedades que allí se establecen taxativamente. La otra es la autorización, previa, para la ejecución provisional de acuerdos internacionales con dos requisitos, (a) Que hubiera urgencia de aplicarlo, por eso su provisionalidad y (b) el Congreso no estuviera en sesiones, por eso incumbe a su Comisión Delegada.

Lo que está obviamente fuera de discusión es la condición indispensable de la participación parlamentaria, sea definitiva por ley aprobatoria o provisional por autorización de su ejecución, sin la cual la República no queda obligada. Las excepciones constitucionales a esta premisa general tendrán, por tanto, interpretación restrictiva, lo cual se evidencia adicionalmente en el deber por parte del Gobierno de dar cuenta de todos los acuerdos que celebre con otros Estados, “con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación.” Dicha información debe ser expedita, por lo cual se establece el deber de dar cuenta al Congreso de esos actos “en sus próximas sesiones” que son las inmediatas al receso.

El que el constituyente haya atribuido a la aprobación de los tratados la condición de ley, implica que ésta posee los requisitos formales de toda legislación. Al efecto, conviene recordar que según el Reglamento Interior y de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la República en la Constitución de 1961³³,

Todo proyecto de ley debe presentarse acompañado de una Exposición de Motivos, la cual deberá contener por lo menos:

³³ Artículo 102

- 1.- Los criterios generales que se siguieron para la elaboración del proyecto.
- 2.- Los objetivos que se espera alcanzar con el proyecto.
- 3.- Los problemas que se pretenden resolver.
4. La explicación, alcance y contenido de las normas propuestas.
- 5.- La incidencia presupuestaria que produciría la aprobación de la ley, con el objeto de determinar las previsiones que deban tomarse.

El Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional³⁴, en su artículo 103 va más allá, al exigir “El impacto y la incidencia presupuestaria y económica, o en todo caso, el informe de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional”. Si bien esta última, como cuerpo especializado de alta calificación desapareció cuando se la fundió en una dependencia de competencias muy anchas, en perjuicio de su profundidad.

Me detengo en el punto para subrayar que la desatención a la cuestión de la asignación presupuestaria necesaria nunca se debe a imprevisión sino, de presentarse, sería a por ligereza en su estudio, cuando no desatención durante su trámite.

Y ¿Cuáles son los criterios con los cuales el legislador debe evaluar un tratado a la hora de considerar y votar su ley aprobatoria?

El primero, obviamente, es la conveniencia nacional del compromiso. En la misma línea, su significación para la legítima aspiración de bienestar de los venezolanos así como el desarrollo y realización de sus derechos. ¿Cómo contribuye a esos derechos? ¿Los protege o los menoscaba? Obviamente, hay que revisar su consistencia con los intereses nacionales perdurables del país, así como su relación con su política exterior, la cual siempre ha de procurarse sea nacional y no estrictamente partidista, así como las políticas sectoriales respectivas, como por ejemplo las que guían las estrategias económica,

³⁴ *Reglamento Interior y de Debates*. Reformado en 2010 (Caracas: Talleres Gráficos de la Asamblea Nacional, 2010).

energética, medio ambiental y de desarrollo sostenible. El impacto económico y fiscal que el mismo pueda tener.

No siempre el control parlamentario se ha ejercido con la diligencia debida. Son los defectos históricos de nuestra imperfecta institucionalidad que nos reclaman corrección para construir un edificio republicano más sólido, habitable y duradero. En eso como en otros aspectos, sin que alcanzara niveles ideales, se distingue favorablemente la etapa de vigencia de la Carta de 1961.

La función de control relativa a los tratados internacionales de la República no puede considerarse precisamente una excepción. He sido crítico del cumplimiento defectuoso del control parlamentario en detrimento de su efectividad, incluso explícitamente en la discusión de leyes aprobatorias de tratados y acuerdos internacionales y en la autorización para designar jefes de misión diplomática, pero tanto la experiencia personal como el estudio de la materia me llevaron en 2004 a matizar ese reparo, pues advierto que

Aquí, generalizar nos llevaría a conclusiones inexactas. El estudio y debate de tratados puede ser campo para la polémica, el reclamo, o para el contraste entre visiones distintas de lo que conviene al país. Un ejemplo de ello podría ser el trámite legislativo de los tratados para prevenir la doble tributación y contra la evasión fiscal, y los de promoción y protección de inversiones, negociados y suscritos desde comienzos de los años 90.³⁵

El comentario de Medina³⁶ relativo a un fenómeno agravado ostensiblemente después del año 2000, la tendencia de los parlamentarios del partido gobernante a la “...aprobación sin mayor estudio y análisis...” de los tratados, difícilmente podría afirmarse como inexistente en períodos anteriores, ni siquiera en la activa y estable democracia 1958-1999, el período con debate político más abierto y separación de poderes menos imperfecta que conocemos. Sin embargo, encontraremos en este trabajo ejemplos de lo contrario.

³⁵ Ramón Guillermo Avelo. *Parlamento y Democracia* (Caracas: Fundación para la Cultura Urbana. 2005).

³⁶ Ramón José Medina, “Acuerdos, convenios, tratados y pactos internacionales en Venezuela.” en *El Control Parlamentario de la Política Exterior*, coordinado por Edmundo González Urrutia (Caracas: Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro-ABEdiciones UCAB-KAS, 2018).

Ramón Guillermo Avelo

Los Diarios de Debates de Senado y Cámara de Diputados pueden servirnos de guía, pero son suficientes sólo en una minoría de los casos. Normalmente, en temas como los tratados³⁷, es más útil revisar los trabajos (informes, discusiones, interpelaciones, información solicitada, consultas) de las comisiones de política exterior e incluso los de sus respectivas subcomisiones de tratados, legislación y asuntos jurídicos. Menos visible, pero muy importante, es el que ocurre fuera de los reflectores, en las conversaciones y acuerdos del liderazgo parlamentario para resolver diferencias, allanar obstáculos, organizar la agenda y lograr finalmente las decisiones.

UNA POLÍTICA PÚBLICA VENEZOLANA

La República de Venezuela (República Bolivariana de Venezuela a partir de la promulgación de la vigente Constitución de 1999) ha sido un país receptor de inversiones y con vocación de inversor. De ambas afirmaciones hay evidencia en políticas públicas sostenidas por el Estado. Desde luego, las inversiones venezolanas en otros países, sean éstas públicas o privadas, dependerán en medida determinante de las condiciones económicas del país y las posibilidades que ofrezcan. Como las que puedan llegar al país estarán condicionadas por los análisis de riesgos y de la relación costo-beneficio en los centros de decisión extranjeros.

Venezuela ha sido un país abierto a las inversiones extranjeras. Al respecto han sido constantes tanto las declaraciones políticas como las iniciativas gubernamentales orientadas a propiciar el interés del inversionista extranjero en las oportunidades que da el país. Esto por parte de Presidentes de distinto signo ideológico y posición política, sean social demócratas, demócratas cristianos e incluso tuvo continuidad bajo el difunto Presidente Hugo Chávez durante los primeros años de su administración. En los años noventa del siglo pasado, la etapa que nos ocupa, Venezuela sintonizó con las tendencias globalizadoras y aperturistas de la economía mundial y como tal suscribió un número de tratados de promoción y protección de inversiones (TBIs) en sucesivos gobiernos de distinto signo. La

³⁷ E incluso en la designación de jefes de misión diplomática que en el esquema bicameral correspondía al Senado o durante el receso a la Comisión Delegada.

política a favor de la inversión directa sobre el endeudamiento se basaba en la premisa de que es preferible tener socios que acreedores.

En la globalización había nuevos riesgos y también nuevas oportunidades. Encontrar en ese contexto respuestas a la endémica inestabilidad económica de las naciones de la región latinoamericana y otros países en vías de desarrollo estuvo en la mira de liderazgos, por eso emprendieron programas de ajuste estructural, privatizaciones, desregulación, liberalización del comercio, búsqueda de inversiones extranjeras, con éxito variable dependiendo de su coherencia, consistencia y de la capacidad de cada uno para dirigir en medio de desafíos estructurales o emergentes.

Un paso importante en esa dirección y a su vez un síntoma significativo en el cambio de actitud ante la inversión extranjera, en el sentido de la apertura, fue la Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones de 1990 mediante la cual se modificaron las normas comunitarias sobre inversión extranjera, como consta en el Acta de La Paz del IV Consejo Presidencial Andino celebrado el 29 y 30 de noviembre en la capital boliviana y suscrita por los presidentes Jaime Paz Zamora de Bolivia, César Gaviria Trujillo de Colombia, Rodrigo Borja de Ecuador, Alberto Fujimori de Perú y Carlos Andrés Pérez de Venezuela³⁸. En ella se superaba la orientación prevaleciente durante años cuya expresión más representativa fue la Decisión 24, de diciembre de 1970 sobre el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

La mención de esta decisión no sólo ilustra acerca de la política asumida por nuestro país al inicio de esa década, sino el contexto de una región que se abría a las inversiones y, por lo tanto, representaba un entorno competitivo por las mismas. No era Venezuela sola la

³⁸ En esa cumbre presidencial, se nota el predominio de la tendencia socialdemócrata en los gobernantes democráticamente electos de la subregión. Con excepción del peruano Fujimori pragmático, autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, a los restantes se les puede catalogar así. Los presidentes Borja de Ecuador y Pérez de Venezuela lo eran abiertamente; Gaviria es un Liberal colombiano y en ese partido histórico prevalece esa inclinación, afiliado a la Internacional Socialista desde 1999, aunque el proceso de acercamiento se inició en 1982 bajo el liderazgo de López Michelsen; el boliviano Paz Zamora, originalmente uno de los marxistas independientes que fundó en 1971 el MIR junto a disidentes del MNR y la Democracia Cristiana, ya había derivado a la socialdemocracia como su partido.

que se movía en esa dirección, así que sus decisiones debían tomar en cuenta esas exigencias.

Superar el enfoque restrictivo hacia las inversiones extranjeras predominante en décadas precedentes de modo de atraerlas convincentemente, exigía dejar atrás las limitaciones como las relativas a la remisión de ganancias al exterior, y todo lo que pudiera percibirse como discriminatorio. Trato igual y garantías de estabilidad.

En ese clima global y cada vez más nacional, en 1990 se funda el Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI) por iniciativa del sector privado. Su personalidad jurídica es la de una asociación civil sin fines de lucro. La apoyan empresas venezolanas y empresas extranjeras que operan en Venezuela. Su objetivo es la promoción de inversiones en nuestro país. Su acento en el estudio de los tratados de promoción y protección de inversiones, sus vinculaciones internacionales y su participación en la red *Connectamericas* nos indican su adhesión a la misma visión integral de las relaciones económicas internacionales en contexto de apertura con garantías jurídicas de equidad.

Aquí es oportuno anotar que al pasar revista a los acuerdos de promoción y protección de inversiones, su interpretación de la solución de controversias entre un inversionista y la parte contratante receptora de la inversión es que “En términos generales, los mecanismos de solución de diferencias a los cuales pueden acudir los inversionistas son muy similares, lo que se evidencia porque todos, de una u otra forma, se remiten al Centro Internacional para el Arreglo de Disputas Relativas a Inversión (CIADI). No obstante, existen entre ellos algunas diferencias.”³⁹

Y tras analizar las opciones en los tratados con países como Chile, Argentina, Ecuador y Portugal y las posibilidades de apelación a otros mecanismos arbitrales como arbitrajes *Ad-hoc* con reglas de UNCITRAL, el mecanismo complementario del CIADI u otros centros de arbitraje como los de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de

³⁹ Tomado de [www.conapri.org/análisis/acuerdos-de-promocion-y-proteccion de inversiones/](http://www.conapri.org/análisis/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-de-inversiones/)(consultado circa noviembre 2019)

Comercio Internacional o la Cámara de Arbitraje de Londres, en enumeración que no es taxativa, se refiere en concreto al caso venezolano.

Respecto a Venezuela, cabe destacar que denunció el Convenio de Washington o el Convenio del CIADI el 24 de enero de 2012, concretando su salida el 25 de julio de 2012, lo que implica que un Inversionista Extranjero amparado en un Acuerdo de Inversión podrá dirigirse (sic) al CIADI pero sólo mediante el mecanismo complementario del CIADI, quien es el encargado de dirimir las controversias cuando el Estado receptor de la inversión no forma parte de ese Centro.⁴⁰

En cuanto a la inversión venezolana como política pública asumida, cabe destacar la creación por ley del Fondo de Inversiones de Venezuela, el 11 de junio de 1974, como ente autónomo con personalidad jurídica propia para invertir los excedentes fiscales producto del incremento significativo del ingreso petrolero empujado hacia arriba por el aumento de los precios en las exportaciones de crudo y derivados, tanto para diversificar la economía nacional como para invertir en el extranjero. En la ley dictada al efecto se le atribuye la “Realización de colocaciones e inversiones rentables” en el exterior. Desde 1990, se pone a cargo del FIV la política de privatizaciones, la cual forma parte de la dirección estratégica de reforma económica.

La referencia a estas leyes la hago para dejar claro que si bien el objetivo principal de aquella política venezolana era atraer inversión directa extranjera, tenía también el Estado venezolano que velar por los intereses de eventuales inversionistas suyos, sean de propiedad pública o privada, en el extranjero.

Como es lógico en nuestro país, el petróleo tuvo un papel de avanzada. En la década de los años ochenta del siglo XX, Venezuela adoptó también una decisión estratégica importante relativa a la Internacionalización de la Industria Petrolera y Petroquímica, la cual había sido nacionalizada en 1976. En el mes de Abril de 1983, PDVSA acordó con la empresa alemana Veba Oël adquirir la Ruhr Oël GmbH, propietaria de cuatro refinerías: Gelsenkirchen, Schwedt, Neustadt y Karlsruhe, la primera de las mencionadas está ubicada

⁴⁰ Tomado de [www.conapri.org/análisis/acuerdos-de-promocion-y-proteccion de inversiones/](http://www.conapri.org/análisis/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-de-inversiones/)(consultado circa noviembre 2019)

Ramón Guillermo Aveledo

en el estado federado de Renania del Norte-Westfalia⁴¹, el cual aloja 57 de las 160 mayores empresas alemanas. La participación venezolana en esa importante operación se mantuvo vigente hasta 2010 cuando Venezuela vendió las acciones de PDVSA a la empresa rusa Rosneft. De la sociedad con Veba Oël en adelante, sucesivos gobiernos de distinto signo partidista continuaron la ruta de la internacionalización y nuestro país invirtió en ese negocio en varios países. En 1986 PDVSA adquirió el 50% de la empresa CITGO en los Estados Unidos, principalmente comercializadora de combustibles y lubricantes y luego compró la totalidad del capital, con una vasta red de estaciones de servicio y dos refinerías. Ese mismo año adquirió en Suecia Nynas Petroleum, con refinerías en tres países europeos⁴² y entre 1987 y 1988 Champlin Petroleum en los Estados Unidos, donde luego adquiriría también una refinería en Chicago. En Barbados y Aruba (Reino de los Países Bajos) adquirió la inversión venezolana instalaciones industriales similares. Esto en gobiernos sucesivos de distintos partidos, en concreción de una política, como otras, que luego de debates reunieron consensos y fueron mantenidas en el tiempo.⁴³

Mientras esto lo hacía una empresa de propiedad estatal, empresarios venezolanos ampliaban sus operaciones hacia otros países. Por lo tanto, así como Venezuela ha sido un país interesado en atraer inversiones en busca de capital y *know how*, su interés en el tema de las inversiones y el tratamiento legal a las mismas lo ha visto también desde la perspectiva del inversionista. Tan es así que, cuando se presentó al Congreso el Convenio CIADI el Ejecutivo estimó conveniente poner de relieve que este instrumento podría eventualmente ser de utilidad a los inversores venezolanos en otros países.

Se buscaba, ciertamente atraer inversiones extranjeras por las beneficiosas consecuencias económicas, sociales, fiscales y de progreso tecnológico que podían acarrear y que deben ser siempre la principal solicitud del Estado. Uno de los elementos de juicio favorables a la hora de considerar una inversión en Venezuela sería contar con “...un

⁴¹ Capital Düsseldorf, para 2019 aportaba el 22% del PIB alemán

⁴² Suecia, Alemania y el Reino Unido

⁴³ Más tarde, en los años noventa, otra dimensión de esa política de internacionalización, puertas adentro, fue la de la Apertura Petrolera, gracias a la cual la corporación petrolera estatal venezolana realizó asociaciones estratégicas con empresas de otros países, en el interés de atraer inversiones a nuestro país.

Ramón Guillermo Avelo

instrumento idóneo para resolver eventuales diferencias...”, lo cual podría servir, en caso de ser necesario, para la inversión venezolana en países extranjeros, como se promovía desde las empresas estatales y también desde el sector privado nacional en una situación general, si bien no exenta de importantes problemas por resolver, incomparable con la vivida posteriormente, al punto que resulta difícil reconocer que el país actual y aquel sean el mismo.⁴⁴ Procurar el equilibrio de intereses que existen y hay que reconocer es tarea de la política.

En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros estados (CIADI-ICSID)⁴⁵, suscrito por Venezuela en agosto de 1993, fechada 15 de abril de 1994, el gobierno nacional esclarece aspectos importantes porque sabe que son valiosos para el interés de los parlamentarios. El gobierno presidido por Ramón J. Velásquez suscribió el Convenio y el encabezado por Rafael Caldera lo remitió al Congreso electo en diciembre de 1993. Aunque la Comisión Delegada podía impartir una aprobación para ratificar, sujeta a la decisión posterior del Congreso, prefirió el Ejecutivo, prudente y respetuosamente, aguardar y que fuera otra administración la que lo presentara y otro Congreso el que decidiera sobre él.

Al efecto, es de hacer notar que cuando se firma en Washington el citado convenio, ya han sido suscritos los tratados con Holanda y Chile, el primero de los cuales a su vez, para la fecha, ha sido aprobado por el Congreso, órgano que había negado recientemente, su aquiescencia al instrumento de similar intención negociado y suscrito con Italia en 1990. Adicionalmente, entre la presentación del Convenio y su aprobación, se aprobaron los TBIs con Argentina, Ecuador, Suiza, Portugal y Barbados.

Entre los argumentos provistos por el Ejecutivo, cabe destacar que el Convenio “...establece las normas básicas relativas al consentimiento de las partes” y se insiste, más adelante en que “El recurso tanto a la conciliación como al arbitraje es enteramente

⁴⁴ CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS. Exposición de Motivos. Caracas, 15 de abril de 1994.

⁴⁵ *Ibidem*

voluntario”, de seguro en atención a que antes, como consta en los debates en la Cámara de Diputados, se evidenció sensibilidad en los representantes populares a la posibilidad del denominado “arbitraje forzoso”.

Pero el corazón de la argumentación se dirige, como es lógico, al punto fundamental que es el interés de Venezuela de “unirse a la mayoría de los países del mundo que han ratificado el Convenio hasta el presente”. Ante todo, por “...el estímulo que este acto puede significar a la inversión extranjera en nuestro país...”, pero también, porque

Es del caso destacar que ese mismo instrumento puede eventualmente servir a los inversores venezolanos, tanto estatales como particulares, para resolver diferencias que puedan surgir respecto a las considerables inversiones venezolanas en diversos países.⁴⁶

Se explica la conveniencia de disponer de un medio de solución de controversias capaz de sustituir para el inversionista extranjero el recurso de la protección diplomática del estado del cual es nacional, con lo cual se evita la “indeseable transformación de una diferencia entre un Estado y un inversor en una diferencia entre Estados”, así como la circunstancia de que ya la República había celebrado varios tratados de inversiones y ratificado el pactado con Holanda.

En la Exposición de Motivos se incluye una referencia a una exigencia del reglamento Interior y de Debates vinculada al sentido común, relativo a los recursos fiscales requeridos para cumplir este compromiso internacional. Venezuela “asume la obligación de contribuir proporcionalmente al presupuesto de funcionamiento del CIADI...”, el cual es “relativamente modesto”. Es un cuidado que no siempre se ha tenido al explicar al Poder Legislativo el sentido, alcance e implicaciones de los compromisos internacionales de la República y que éste raramente ha exigido.

Los TBIs no constituyeron una expresión aislada, desconectada de una estrategia nacional. Estos tratados son expresión fundamental de una política definida y sostenida consistentemente por la República a lo largo de varios gobiernos y con amplio respaldo en el Congreso. Una política de apertura económica, con la intención expresa de transmitir a

⁴⁶ *Ibidem*

Ramón Guillermo Aveledo

los Estados con los cuales se negociaron y suscribieron tratados y a sus empresas o nacionales que podían sentir seguridad de la adhesión de Venezuela a sus compromisos. Dicha seguridad sólo puede ser generada por la confianza desarrollada a través de la consistencia en los acuerdos suscritos por el Ejecutivo, independientemente del Presidente o el partido en el gobierno, y convertidos en Ley de la República al ser aprobados por el Congreso.

La legítima aspiración venezolana, como la de de cualquier nación, de alcanzar crecientes niveles de prosperidad que beneficien a una proporción cada vez mayor de sus habitantes, exige una evaluación realista del entorno internacional, de modo de aprovechar al máximo sus ventajas comparativas y procurar fortalecerlas con ventajas competitivas surgidas de estrategias en sintonía con esas demandas. En la economía cada vez más globalizada que a finales del siglo pasado aceleraba su avance, con las nuevas tecnologías, la circulación de la información y la movilidad de los capitales, para los países deseosos de captar inversión directa era preciso mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica que en términos prácticos se traduce en uniformar y simplificar las regulaciones. Esto ocurrió señaladamente en América Latina, nuestro contexto regional, así como en otras partes del planeta. Un movimiento mundial espontáneo tuvo impulsores institucionales, ciertamente, y también ideológicos, del tipo del Foro de Davós, pero por fuerza de la realidad se convirtió en una poderosa corriente que retaba la capacidad de adaptación y de previsión de los liderazgos políticos y económicos. La liberalización de las políticas económicas era la consecuencia lógica de la visión generalizada acerca del modo más adecuado para hacer frente a los nuevos desafíos nacionales. En la globalización podía haber oportunidades que fueran fuentes de respuesta a la inestabilidad económica endémica. En consecuencia, los programas de ajuste estructural emprendidos en Venezuela y en otros países en vías de desarrollo incluyeron privatizaciones, desregulación y liberalización del comercio, así como la presencia, que se aspiraba significativa, de inversiones extranjeras.

En cuanto al último factor nombrado, era evidentemente necesario un marco jurídico que transmitiera confianza. A ese fin se recurrió a los tratados para ofrecer las

Ramón Guillermo Aveledo

garantías necesarias y una de ellas, característicamente, sería la de establecer expresamente los modos para la solución de controversias. La reciprocidad de esas garantías es constante en el interés de la República así como de los Estados con los cuales acordó, como puede verse en cada tratado bilateral suscrito por el Ejecutivo y luego aprobado por el Congreso, para así completar la manifestación de voluntad del Estado Venezolano.

Con lógicas diferencias según el actor y sus circunstancias más o menos acentuadas, la política pública expresada en esas líneas de acción tuvo sentido y carácter nacional.

En Venezuela, si bien no exenta de polémicas propias de la democracia y con variables grados de aceptación e incluso de entusiasmo, la reforma económica tuvo carácter de política nacional, en el sentido de que no era solamente sostenida por un gobierno. En las elecciones de 1988, los dos principales candidatos presidenciales, Carlos Andrés Pérez quien resultó electo y su más inmediato seguidor en los resultados Eduardo Fernández, adscribían a esa visión y reunieron entre ambos el 93.29% del voto, lo cual se reflejó, naturalmente, en el respaldo obtenido por los candidatos de sus partidos al Congreso y, por lo tanto, en la proporción de Senadores y Diputados de ambas bancadas. En Venezuela, el sistema electoral para la época era el proporcional personalizado, inspirado en el modelo de la República Federal Alemana. Los tratados de promoción y protección de inversiones así como aquellos contra la evasión fiscal y la doble tributación, expresiones ambas de esa visión reformista, abundaron.

El consenso político en respaldo de la política expresada en los tratados, tanto de promoción y protección de inversiones como de doble tributación se fue ampliando. Cuando se suscribió el TBI con Italia⁴⁷, en junio de 1990, el primero en su tipo en Venezuela y similar al negociado y acordado por ese Estado europeo con Uruguay y Argentina⁴⁸, la Exposición de Motivos presentada al Congreso por el Ejecutivo anunciaba y

⁴⁷ En el marco del Convenio Marco de Cooperación Económica, Industrial, Científico-Tecnológica, Técnica y Cultural entre las Repúblicas de Venezuela e Italia firmado en Roma el 4 de junio de 1990.

⁴⁸ Suscritos respectivamente en 1990 durante la Presidencia de Julio María Sanguinetti y en 1992 durante la de Carlos Saúl Menem, aún vigentes no obstante la variada alternancia política e una y otra democracia del Cono Sur (Colorados, Nacionales y Frenteamplistas en Uruguay; Peronistas de varios matices, un radical y uno de Juntos por el Cambio en Argentina). En particular la cláusula de arbitraje es igual, los inversionistas podían luego de dos pasos: consultas amistosas, someter la controversia a los tribunales del país y si

Ramón Guillermo Avelo

explicaba los razonamientos que sustentaban esa nueva política, puerta que sería abierta a nivel subregional con la mencionada decisión de La Paz en noviembre y resaltaba la inclusión del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, aún cuando Venezuela todavía no era parte del Convenido Consultivo del Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI-MIGA) ni del Convenio CIADI, lo cual ocurriría en 1993 y 1994 respectivamente. Aprobado el tratado en el Senado, en la Cámara de Diputados⁴⁹, concretamente el tema del arbitraje generó controversias y al final no pasó la prueba del examen parlamentario, lo cual se explica parcialmente al tratarse de una figura novedosa, parte de un nuevo derecho internacional de las inversiones extranjeras. Sin embargo, a partir del TBI con los Países Bajos, suscrito en octubre de 1991 y cuyo trámite parlamentario culminó en aprobación en 1993, nunca más hubo oposición parlamentaria en treinta y un (31) tratados aprobados.

VENEZUELA EN LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Es de destacar la estabilidad de esta orientación política, con lo cual cabe comprender que se generaba confianza en los países extranjeros y en sus inversionistas. Con modalidades que podían mostrar diferencias en razón de cada una de las negociaciones con contrapartes distintas, en dichos tratados se establecen cláusulas de arbitraje⁵⁰, lo cual se refleja en los informes parlamentarios respectivos. Cuatro gobiernos consecutivos de tendencias distintas, negociaron, suscribieron y remitieron al Poder Legislativo para su aprobación tratados de promoción y protección de inversiones. Las administraciones de los Presidentes Carlos Andrés Pérez (1989-1993), Ramón J. Velásquez (1993-1994), Rafael Caldera (1994-1999), y Hugo Chávez (a partir de 1999). Durante el gobierno del primero

transcurridos dieciocho meses no había decisión, acudir al arbitraje. Sean italianos en nuestros países o nacionales de éstos en Italia.

⁴⁹ El Poder Legislativo venezolano fue bicameral desde 1811 hasta 1999, pero en el modelo bicameral entonces vigente, la integración del Senado y la Cámara eran distintas, no sólo por el número de sus integrantes. Para el Senado cada estado elegía dos miembros, lo cual favorecía a las dos fuerzas más votadas, sobre todo cuando su respaldo era nacional y las minorías entraban por cociente nacional. En 1993 el votante rompió con el bipartidismo político y se diversificó más la Cámara Alta; a Diputados, siempre más numerosa, siguieron accediendo partidos que no lo lograban en aquella, así que su naturaleza fue siempre más plural.

⁵⁰ La excepción es Brasil, por la política del país sudamericano. El TBI suscrito con ese país en 1995 no ha sido ratificado por la parte brasileña, por lo cual no ha entrado en vigencia.

Ramón Guillermo Avelo

de los Presidentes mencionados, Carlos Andrés Pérez: Países Bajos y Chile, además del Convenio OMGI-MIGA. En la presidencia de Ramón J. Velásquez, además del CIADI, Argentina, Ecuador y Suiza. Durante el gobierno del Presidente Rafael Caldera, los tratados del G-3 que asociaba a Venezuela con México y Colombia, Portugal, Barbados, Dinamarca, Reino Unido, Lituania, República Checa, Brasil, España, Perú, Alemania, Canadá, Paraguay, Suecia, Cuba, Costa Rica, Uruguay, Unión Belgo-Luxemburguesa. Suscrito en marzo de 1998, todavía en vigencia la Constitución de 1961, este último sin embargo fue aprobado por la Asamblea Nacional ya en vigencia la nueva Constitución y su Ley Aprobatoria fue publicada en Gaceta Oficial el 4 de enero de 2002.

Igualmente, conviene tener presente que el respaldo parlamentario de los gobiernos de Pérez y Caldera fue minoritario, más acentuada esta característica en el segundo mencionado. El Presidente Velásquez fue elegido por el Congreso para completar el quinquenio, pero era independiente y los partidos que lo apoyaron decidieron no formar parte de su gobierno. La aprobación de los tratados mencionados ilustra la amplia base nacional de la política pública que reflejaban.

Incluso con el Presidente Hugo Chávez y ya en la vigencia de la nueva Constitución, entre 2001 y 2008, los tratados con Bolivia, Italia, Francia, Irán, Belarús, Rusia y Vietnam recibieron sendas leyes aprobatorias por parte de la Asamblea Nacional con clara mayoría de sus partidarios. La situación irregular que afecta a la Asamblea Nacional ha impedido, lamentablemente, acceder a los diarios de debate para constatar si hubo votos salvados o en contra, de modo de poder dejar aquí constancia de los mismos.

En uso de la habilitación que le fue acordada por la mayoría del Congreso, el Presidente Hugo Chávez decretó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones⁵¹ cuyo contenido, en vez de constituirse en una interrupción de la política de Estado vigente hasta entonces, tuvo más bien el signo de la continuidad. Si bien por ser posterior a los TBIs que comentaremos más en detalle, no los rige, y sin perjuicio de las vicisitudes padecidas por dicha norma, sirve para ilustrar el punto de que el sesgo anti-arbitraje por parte de las

⁵¹ Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999.

autoridades ejecutivas nacionales a partir de las denuncias del Convenio CIADI y el tratado con Holanda viene a alterar una política nacional estable y con amplio respaldo.

Tejera Pérez⁵² se detiene en el análisis de esa legislación y sus peripecias político-judiciales. “Mediante la promulgación de una ley de inversiones, se quería evitar –estima el autor- que en lo sucesivo se llevaran a cabo negociaciones de TBIs de manera descoordinada”.

La “descoordinación” con base normativa es un supuesto difícil de sostener. El marco jurídico de la coordinación es constitucional. Las negociaciones las conduce el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ejecutivo tiene instancias para coordinar la participación de diferentes despachos interesados, como los relacionados con la economía, así como las recomendables consultas con los sectores de la sociedad afectados o legítimamente interesados. Tanto en la Constitución actual en el numeral 4 del artículo 236, como en la precedente en el ordinal 5° del 190, la dirección de las relaciones exteriores de la República y la celebración y ratificación de tratados, convenios o acuerdos internacionales corresponde al Presidente de la República, de quien son órganos todos los ministerios.

Como no es raro, en ciertas visiones se prescinde del otro Estado como factor activo en una negociación, dato elemental que explica la diversidad que puede apreciarse en algunas cláusulas, no obstante la similitud que en la estructura básica de los acuerdos como en muchas de las cláusulas se presenta. En todos los casos el Estado venezolano tuvo presente la atención a las variadas demandas de la realidad, en ocasiones tensionadas entre sí, tanto en su rama ejecutiva a la que toca negociar, suscribir y ratificar, como en la legislativa que en su papel contralor revisa, discute y sanciona la correspondiente ley aprobatoria que es la modalidad para impartir su parecer desde 1901.

A juzgar por su relación de los hechos, en la preparación de esa legislación tuvo incidencia especial la posibilidad de un TBI entre Venezuela y los Estados Unidos de

⁵² Victorino J. Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012).

Ramón Guillermo Aveledo

América. Sin duda, para el autor citado ya desde los documentos que sirvieron de preparación del proyecto, como para cualquier lector de su exposición de motivos y sus disposiciones, una de las premisas “era garantizar a los inversionistas extranjeros el acceso irrestricto al arbitraje CIADI u otro tipo similar de arbitraje”. Relata Tejera Pérez que en agosto de 1999, al discutir sobre la base de un primer proyecto, en Gabinete Económico prevaleció el criterio a favor de la iniciativa y su articulado sostenido por sus promotores, el embajador ante la ONU con sede en Ginebra Werner Corrales y el experto externo contratado Gonzalo Capriles. Habría habido “cierta oposición” del Ministro de Industria y Comercio Gustavo Márquez Marín y el Viceministro de Energía Alvaro Silva Calderón, consistente éste con los criterios que como diputado había mantenido ante diversos TBIs sometidos al Congreso.

La Ley, decretada por Chávez en uso de la habilitación otorgada por el Congreso, se publica en Gaceta Oficial en octubre de 1999, es decir cuando todavía era vigente la Carta de 1961.

La norma definió su objeto como “proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible...” El Artículo 22 de dicha norma legal ha sido objeto de diversas interpretaciones e incluso de polémicas, pero es un hecho que en él se preserva el mecanismo de “arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo”, cuando se trate de países con los cuales Venezuela tenga un TBI. Éste generó interés y estudio en la comunidad jurídica.

Unos sostienen que contenía una oferta unilateral para resolver las controversias a través del arbitraje de la institución CIADI. Lo hace Hernández-Bretón⁵³, una de las voces más autorizadas en la materia en nuestro país, con base en argumentos de derecho venezolano y a la misma conclusión llega el también académico Brewer Carías⁵⁴, con fundamento en elementos de juicio del Derecho Internacional. Mientras otros como un

⁵³ Eugenio Hernández-Bretón, “Protección de Inversiones en Venezuela.” en *Inversiones Extranjeras. De Cita, Derecho del comercio internacional y actualidades*. (Buenos Aires: Zavalía. 2005).

⁵⁴ Allan Randolph Brewer Carías, “Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: Contratos Públicos y Jurisdicción.” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Eventos 18, 2005).

Ramón Guillermo Aveledo

proponente de Recurso de Interpretación de la significación y alcance de la disposición presentado a la Sala Constitucional del TSJ en febrero de 2007, García-Bolívar⁵⁵ con otros argumentos de derecho patrio y Tejera Pérez, opinan en contrario. En el citado libro de este último, encontramos las referencias a los criterios de Hernández-Bretón y Brewer Carías que se mencionan, así como la información acerca de las sentencias al respecto.

Por considerarse incompetente con relación al recurso que le fuera introducido en febrero la Sala Constitucional declinó en abril de 2007 el conocimiento en la Sala Político-Administrativa y a su vez, ésta rechazó interpretar el artículo 22. Sin embargo, cuando la Procuraduría General de la República, actuando en nombre de ésta, solicitó la interpretación del 258 constitucional relativo a la justicia de paz y otros medios alternativos de resolución de conflictos, oblicuamente dirigido al artículo legal varias veces mencionado, mediante sentencia N° 1.541 de octubre de 2008, la Sala Constitucional declaró que éste no contiene una oferta abierta de arbitraje CIADI.

En todo caso, esa posición se refiere a la cuestión de la oferta unilateral en el marco de esa Ley y nunca a los tratados suscritos y ratificados por Venezuela.

El arbitraje es opción en otros supuestos, como los previstos en los artículos 21 y 23 de la misma norma. Independientemente de la suerte político-administrativa de la Ley que se comenta, en su marco, las señales provenientes de la voluntad política del Estado venezolano fueron ratificadorias de la continuidad en la aceptación del arbitraje para resolver las controversias y ningún Estado o inversionista tenía margen razonable para interpretaciones en sentido contrario. Las primeras señales en sentido que pusiera en duda esa voluntad política consistente del Estado venezolano vendrían después.

Esa continuidad se interrumpe, como hemos anotado antes, con la denuncia en 2012 por parte del gobierno de Venezuela, del Convenio CIADI, con los tratados suscritos después de 2007 a raíz de la denuncia boliviana de ese instrumento y con las consecuencias de sucesivos reveses sufridos por la representación de la República en procesos de arbitraje,

⁵⁵ Omar García-Bolívar, "El Arbitraje en el marco de la Ley de promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones" *Revista de Derecho* N°26. (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008).

en razón de decisiones escasamente reflexivas de sus autoridades con relación a sus posibles consecuencias, para las cuales o bien tuvieron asesoría legal defectuosa o desatendieron las recomendaciones de los juristas. Los consejeros complacientes resultan menos incómodos, pero también pueden provocar consecuencias indeseables.

EL ARBITRAJE, DEL DEBATE AL CONSENSO

Uno de los rasgos comunes en los tratados de promoción y protección de inversiones suscritos por Venezuela antes de 2007, con la excepción del suscrito con la República Federativa de Brasil es la cláusula de arbitraje⁵⁶, aunque ésta no siempre fuera idéntica.

A propósito, resulta oportuno explicar que Brasil no es miembro del CIADI ni ha ratificado ninguno de los TBIs que ha suscrito, una diferencia con la tendencia predominante en América del Sur. La magnitud de su economía y el consiguiente peso como nación industrial y gran mercado parecen eximirlo de esa necesidad. Sin embargo, hay analistas que lo atribuyen más bien a controversias internas acerca de su constitucionalidad.

Whitsitt y Vis-Dunbar⁵⁷ sostienen que los inversionistas brasileños, crecientemente internacionalizados, presionan para que su país cambie la política que ha mantenido. En entrevistas a expertos se lee tanto que “Brasil no ha sido negativamente impactado por no ratificar TBIs ni el Convenio CIADI”⁵⁸ como que tendrá que hacerlo como lo hizo China, para evitar consecuencias negativas como tratamiento regulatorio desigual a sus inversionistas en el exterior⁵⁹. Una tercera visión es que no lo afecta al atraer inversiones, pero sí lo perjudica al dejar desprotegidos a los inversionistas brasileños en el exterior. Al suscribir TBIs enviaría una señal internacional positiva que le sería favorable⁶⁰

⁵⁶ Los tratados con Belarús (2007), Rusia (2008) y Vietnam (2008) no contemplan la opción de arbitraje CIADI.

⁵⁷ Elizabeth Whitsitt and Damon Vis-Dunbar, “Investment Arbitration in Brazil: Yes or No?,” *Investment Treaty News*. (November 30, 2008). www.iisd.org (Consultado *circa* 23/10/19)

⁵⁸ Nathalie Bernasconi Osterwalder del Centro Internacional del Derecho Ambiental.

⁵⁹ Todd Weiler, consultor internacional en materia jurídica y económica.

⁶⁰ Pedro Alberto Costa Braga De Oliveira, abogado, *Enel Brasil Participações*

Volviendo a Venezuela, al referirse a la materia, Tejera Pérez en su trabajo ya fundamental⁶¹, recuerda que

Con el nuevo Congreso instalado a partir de 1994, se aprobaron numerosos instrumentos internacionales en materia de arbitraje, incluyendo el Convenio CIADI y la Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en la ciudad de Nueva York en 1958. Entendemos que en esto dedicó grandes esfuerzos la Comisión de Política Exterior de la Cámara del Senado del entonces Congreso de la República presidida por la Senadora Haydée Castillo de López⁶², quien hizo meritorios esfuerzos para lograr la aprobación de estos instrumentos. Así mismo, bajo los auspicios de esa comisión, se preparó y dictó nuestra actual Ley de Arbitraje Comercial así como la Ley de Derecho Internacional Privado.

Y no se trata de que en ese Parlamento hubiera una mayoría política pro-gubernamental, ni que en las elecciones inmediatamente anteriores se hubiera producido un giro en la orientación de la conducción ejecutiva o legislativa a favor de esta orientación. Los partidos que respaldaron la candidatura presidencial de Caldera, cuya ubicación estaba a la izquierda de los gobiernos del período anterior⁶³, eligieron once⁶⁴ senadores y cincuenta y tres diputados, frente a treinta y nueve senadores y ciento cincuenta diputados⁶⁵ de la oposición.⁶⁶

Los tratados de promoción y protección de inversiones tuvieron un notable auge en esos años. En Venezuela, en la región latinoamericana y en el mundo. La globalización les dio una fuerza impulsora innegable, al hacerlos necesarios. En buena medida, puede decirse que se estaban abriendo espacios nuevos para el Derecho, en todas partes constituyeron un

⁶¹ Tejera Pérez, Victorino.J.: *Obra citada*

⁶² Con Haydeé Castillo de López pude tener una intensa relación de trabajo. Con ella fui Subdirector de la Fracción Parlamentaria socialcristiana y luego, como Director, me correspondió proponerla para presidir Política Exterior de Senado.

⁶³ A juzgar por sus posiciones con relación a la intervención del Estado en la economía, apertura económica y globalización, privatizaciones, centralismo y descentralización.

⁶⁴ Senadores: seis de Convergencia y cinco del Movimiento al Socialismo (MAS); Diputados: MAS 24, Convergencia 15, y uno cada uno MEP, URD, MIN y PCV

⁶⁵ Senadores: Dieciséis AD, catorce COPEI y nueve Causa R; Diputados: AD 55, COPEI 53, LCR 40 y uno cada uno Nueva Generación Democrática y ORA.

⁶⁶ Fuente Consejo Nacional Electoral, en Aveledo (*obra citada*)

nuevo desafío, aguas arriba para juristas, diplomáticos y legisladores y aguas abajo para inversionistas y empresarios en general.

Lo afirmado puede apreciarse incluso en la doctrina. Con anterioridad a los años noventas del siglo pasado, la bibliografía sobre el tema no era abundante. Antes del libro de Hirsch en 1993⁶⁷, destacan los dos ensayos del principal redactor del Convenio CIADI y su primer secretario general Aron Broches⁶⁸ dos décadas antes, uno en 1972 y otro en 1973, así como sus otros trabajos en un total de veinticinco publicados por el Banco y registrados en el *Fordham International Law Journal*⁶⁹ buena parte de éstos dedicada al CIADI, al arbitraje comercial y las disputas por inversiones y fueron escritos hasta 1992, cinco años antes de su deceso en 1997. El Convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones había sido abierto por el Banco Mundial para la firma de todos los países miembros en marzo de 1965, en vigencia desde 1966 cuando fue suscrito por los primeros veinte estados miembros. Para comienzos de los años setentas, ya sesenta estados habían suscrito la convención, treinta de ellos africanos, diez asiáticos; entre los europeos las antiguas potencias coloniales Reino Unido, Francia, Bélgica, Holanda y el estrecho aliado de las dos últimas Luxemburgo, además de Alemania, Italia, Grecia, Austria, Chipre y cinco escandinavos; de América, aparte de Estados Unidos, Jamaica, Trinidad & Tobago y Guyana. Para 1993, otros cuarenta lo habían hecho.

En concepto del colombiano Calderón Villegas⁷⁰,

Así las cosas el desarrollo de los procesos de inversión en un sistema económico anclado en los procesos de globalización se torna necesario si lo que se pretende es construir espacios comerciales y productivos suficientemente dilatados. A esta consideración, que destaca la importancia de la inversión, se anuda otra según la cual, como lo ha sostenido algún sector de la doctrina, la inversión extranjera tiene la aptitud de concretarse en la

⁶⁷ Moshe Hirsh, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. (Dordrecht- Boston- London, Martinus Nijhoff Publishers. 1993).

⁶⁸ Broches, Aron: *The Convention on the Settlement of Investments disputes between States and Nationals of Other States En Recueil des Cours*, Vol.136 (1972-II) (por la Academia de Derecho Internacional de La Haya y por A.W.Sithoff, Leyde, 1973).

⁶⁹ Ver artículo de Victor Essien en Volume 19, Issue 2, Article 27. 1995

⁷⁰ Juan Jacobo Calderón Villegas: Profesor titular de la Universidad del Rosario y coordinador de la Línea de investigación en Derecho Comercial de su Facultad de Jurisprudencia.

generación de beneficios, tales como: a) la acumulación de capital en el país anfitrión de la inversión, b) el desarrollo del mercado doméstico, c) la inserción de las empresas del Estado receptor de la inversión en los mercados internacionales, y d) la innovación y el desarrollo tecnológico.

Al asumir la globalización como una realidad en marcha y a la inversión extranjera como elemento importante en ella, aprecia el autor la exigencia de un sistema de reglas caracterizado por su claridad, consistencia y estabilidad, así como “...por contar con los mecanismos imparciales y eficientes para hacer exigibles sus contenidos”.⁷¹

En punto a esos desafíos nuevos, Hernández⁷² nos habla de que vamos pasando del derecho internacional público al derecho global, definido por Ortega Carcelén, a quien cita, como “el sistema de normas jurídicas internacionales que regula las políticas globales”, dado que se ha superado el orden de Westfalia, cuya muerte ha sido varias veces anunciada. La verdad es que desde el fin de la Primera Guerra Mundial se estableció un sistema de seguridad colectiva a la postre de corta duración y después de la Segunda otro, vigente de 1945 a 1991, cuando el derrumbe del socialismo real cambió el cuadro mundial, sin que podamos expresar las características estables de un orden nuevo. El principio de soberanía nacional, base del sistema westfaliano ya no es igual en un planeta “más complejo, heterogéneo y dinámico”.

El “matiz” que Hernández propone acertadamente “...a fin de admitir el efecto jurídico de normas y principios de derecho internacional en el derecho doméstico como resultado de la globalización”, toca al reconocimiento por parte del liderazgo nacional, no solo del estatal, particularmente del político y del económico, también el académico, de una realidad planetaria cambiante, pues ha cambiado y seguirá cambiando. En ningún caso debería restringirse a la interpretación del control parlamentario propio de nuestra tradición constitucional, pues eso equivaldría a establecer que el Ejecutivo monopoliza la

⁷¹ J.J. Calderón Villegas, *Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisdicción constitucional en su estructuración e interpretación*. (Bogotá: Estudios Socio-Jurídicos. Vol 7, N° 2. July-Dec 2005) en www.scielo.org.co (Consultado circa 13/05/20)

⁷² Hernández G. José Ignacio.: *El Control parlamentario sobre los Tratados y el Derecho Global en El Control Parlamentario de la Política Exterior* (González Urrutia, coordinador) *Obra citada*

comprensión internacional del interés nacional, de lo cual no hay suficiente evidencia teórica o empírica.⁷³

Resulta útil revisar la visión que acerca de los TBIs tiene el criterio de la profesora Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, cuyas opiniones sobre la materia arbitral comercial interna e internacional, así como en la legislación sobre Derecho Internacional Privado tuvieron audiencia y peso en los criterios predominantes en el Congreso venezolano cuando quien escribe era legislador.

Ubica la especialista en el principio de los años noventa del pasado siglo, los programas de reforma asumidos por países en vías de desarrollo favorecidos por la globalización, juicio que hemos sostenido en este ensayo. Para esos estados, la inversión extranjera es un ingrediente necesario en sus planes y para el inversionista, una oportunidad distinta y acaso mejor de mayores ganancias. Y allí un primer comentario de Maekelt, nutrido por Blackaby⁷⁴:

Este juego de intereses requiere un marco regulatoria sólido, que se ve materializado en una serie de tratados multilaterales y bilaterales. El objeto de estos tratados consiste en crear un ambiente propicio para la inversión extranjera, así, el inversionista podrá contar con normas que coadyuvarán al cálculo de riesgos jurídicos y políticos de la inversión que pretende realizar en la región.⁷⁵

Con relación al tratado multilateral que crea el CIADI, cuyo arbitraje es neutral, despolitizado, consensual, flexible, eficaz, exclusivo y autónomo, el carácter consensual requerido para acudir a este arbitraje envuelve la renuncia a la inmunidad de jurisdicción mientras la controversia le esté sometida. Su aceptación, en consecuencia, implica la separación de la Doctrina Calvo⁷⁶, históricamente prevaleciente en América Latina desde

⁷³ A la cuestión de fondo me he referido antes en *Política, globalización y nueva economía* en Ramón Guillermo Aveledo, *La libertad, temas de conciencia y práctica*. (Chacao, Fondo Editorial para la Libertad, 2009).

⁷⁴ Nigel Blackaby, “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”. *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, (Bogotá: junio-Diciembre, 2004).

⁷⁵ Maekelt, Tatiana B. de.: *Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación en Arbitraje Comercial...* Obra citada pp.327 y siguientes,

⁷⁶ Formulada por el jurista Carlos Calvo (Montevideo 1824-Paris 1906), a quien pese a su nacimiento se considera argentino, porque allí se educó y desarrolló su vida profesional y pública.

Ramón Guillermo Aveledo

comienzos del siglo XX, según la cual las reclamaciones de extranjeros debían hacerse exclusivamente ante los órganos y en particular los tribunales nacionales del Estado donde se encuentren.

Los tratados bilaterales surgen como respuesta adecuada al crecimiento de la demanda de inversión extranjera, a consecuencia de la necesidad de brindar mayores seguridades a los inversionistas. En estos advertiremos rasgos comunes y rasgos diferenciales.

En sus características estructurales notaremos el abanico de garantías ofrecidas al inversor, el sistema arbitral fundado en la autonomía de las partes, y los derechos derivados del acuerdo, en cuanto a normas de tratamiento justo, equitativo y de plena protección y seguridad; no arbitrario o discriminatorio; no menos favorable; y nacional y de nación más favorecida.

La lectura de Maekelt del trato justo y equitativo conecta con el espíritu de la Convención de Viena en cuanto a su regla general de interpretación que antes hemos mencionado, dado que consiste en el Estado receptor actuará siempre de buena fe, “en forma transparente y libre de ambigüedades”, cuya significación en las relaciones internacionales resulta fundamental.

Frecuentemente los TBIs contienen “cláusulas paragua” con disposiciones generales. Otros derechos consagrados son los de libre transferencia, a compensación por pérdidas y por expropiación indirecta.

Las cláusulas arbitrales normalmente incluyen:

- Un período de consultas;
- Un período de espera;
- Una elección de foro;

- Una elección de instituciones de arbitraje.⁷⁷

Si bien la escogencia del foro es derecho del inversor y éste será proclive a optar por el arbitraje, según el tratado de que se trate, esta decisión puede suponer requerimientos previos, sea el de recurso a tribunales nacionales o alguna estipulación que hubiere sido convenida sobre el consentimiento explícito.

El TBI entre Venezuela y Suecia, al contrario, prefiere dejar sentado de una vez en su Artículo 7 (4) que “Cada Parte Contratante mediante el presente otorga su consentimiento incondicional a someter la controversias referidas en el párrafo (1) del presente artículo a arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones del presente artículo”.

Aparte de la Ley Aprobatoria del Convenio CIADI, en mi ejercicio de diputado al Congreso de la República me tocó seguir muy de cerca e intervenir activamente en el trámite legislativo de veinte tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y el del G-3 con Colombia y México. Los apoyé convencido de que formaban parte de una política de claro interés nacional.

Como Vicepresidente de la Comisión de Política Exterior y luego como Subdirector de mi bancada participé en la discusión del tratado con el Reino de los Países Bajos en 1993, el primero aprobado, así como en el que no se pudo culminar favorablemente con Italia, aunque creo que merecía otra suerte. En 1999, mi último año en el Capitolio, presidí la sub-comisión de Tratados, Legislación y Asuntos Jurídicos de la Comisión y como tal atendí el acuerdo con Uruguay. En funciones de liderazgo de la fracción socialcristiana, primero como Subdirector y luego como Director, me incumbió responsabilidad política en los casos de TBIs con Chile, Argentina, Ecuador, Suiza, Portugal y Barbados y el Tratado de Libre Comercio o TLC-G-3⁷⁸, así como ya en la Presidencia de la Cámara, en otras

⁷⁷ Ver Maekelt, obra citada

⁷⁸ Suscrito en Cartagena por los presidentes Rafael Caldera, César Gaviria Trujillo y Carlos Salinas de Gortari, con el propósito de establecer una zona de libre comercio con Colombia y México, con programa de liberación arancelaria y política común sobre las inversiones. Fue denunciado por el gobierno venezolano en mayo de 2006, como ocurrió un mes antes con la Comunidad Andina. Datos curiosos, mientras el Presidente venezolano empezaba su segundo gobierno, los de Colombia y México terminaban el suyo. Gaviria, quien

Ramón Guillermo Avelo

tareas relacionadas con la formación de la agenda y los acuerdos necesarios, pude ver la culminación de la aprobación de instrumentos que había comenzado a conocer en mi posición precedente con Dinamarca, Reino Unido, Lituania, República Checa y España y hacer lo propio con proyectos que presentó el Ejecutivo en ese lapso con Perú, Alemania, Canadá, Paraguay, Suecia, Cuba y Costa Rica. Es una satisfacción, modesta pero significativa para mi persona, el que mi firma como Presidente de la Cámara de Diputados, aparezca en la publicación en Gaceta Oficial de estos doce TBIs. Íntimamente relacionados con el tema, los Convenios Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantías de inversiones (MGI-MIGA) en 1993 y CIADI en 1994 también fueron tramitados en el parlamento nacional durante mis mandatos como representante.

A comentar éstos en cuya discusión fui actor dedicaré las próximas reflexiones, con especial acento en sus cláusulas de arbitraje, dado que entre ellos se pueden distinguir varias modalidades, si bien todas dentro de las opciones esquematizadas por Maekelt. Como hemos visto, no son los únicos, pero en sus casos, el criterio jurídico que sostengo tiene el valor agregado del testimonio de quien pudo seguirlos muy de cerca y participar en su trámite parlamentario.

En el caso del acuerdo con Italia suscrito en 1990 en el marco de un convenio más amplio de cooperación, por el Ministro de Fomento Moisés Naim con motivo de la visita a ese país por parte del Presidente de la República Carlos Andrés Pérez y remitido al Congreso por el Canciller Figueredo el 4 de diciembre de 1991, el Senado concluyó su estudio en Comisión y en el pleno e impartió su aprobación sin disensos en abril de 1992⁷⁹. Proceso que tuvo relativa celeridad si se considera que en diciembre la discusión de Ley de Presupuesto concentra buena parte de la atención de los parlamentarios y que a su

había sido candidato Liberal tras el asesinato de Luis Carlos Galán de quien había sido jefe de campaña, en un mes y Salinas en cinco meses y medio, cuando entregaría la Presidencia a Ernesto Zedillo, quien asumió la candidatura del PRI tras el asesinato en marzo de Luis Donaldo Colossio, de cuya campaña había sido jefe.

⁷⁹ En 1992 el Senado de la República lo integraban 22 senadores de AD, partido de gobierno y uno de Nueva Generación Democrática que participó en el gobierno con un ministro, 20 del Socialcristiano COPEI y 3 del Movimiento al Socialismo.

Ramón Guillermo Avelo

conclusión hay un receso hasta el 2 de marzo⁸⁰. Entre los elementos de juicio expuestos por la comisión senatorial al proponer su aprobación al cuerpo estaba la existencia de "...una reciprocidad de inversión entre los dos países..." El 21 de abril, la Cámara de Diputados recibió el proyecto y lo remitió para su estudio a su Comisión de Política Exterior.

El que el Ejecutivo esperara de junio a diciembre de 1991, para presentar el correspondiente proyecto de Ley Aprobatoria tendría incidencia en el clima parlamentario para su discusión, pues éste como el de la nación entera se alteraría considerablemente en 1992, luego del fracasado intento de golpe de estado del 4 de febrero.

La solución de controversias inversionistas-Estado mediante arbitraje fue el tema que concentró la polémica, aunque también hubo alegaciones relativas a la supuesta "desventaja" del inversionista nacional ante el extranjero. La Subcomisión de Tratados, Legislación y Asuntos Jurídicos, presidida por el Diputado Alvaro Silva Calderón⁸¹ presentó un memorando con observaciones jurídicas al convenio con Italia, no obstante lo cual la Comisión que consideró esos planteamientos⁸² aprobó el Convenio de Marco de Cooperación y propuso al plenario hacer lo propio en mayo de 1992. En cuanto al de Promoción y Protección de Inversiones, según informe del 18 de marzo de 1993, recomendó rechazarlo.

El parlamentario mencionado insistió, tanto en el seno de la Comisión como en la Sesión de Cámara en marzo de 1993 cuando éste y el TBI con Italia fueron a plenaria; alegó la inconstitucionalidad por contravenir la norma de igualdad entre nacionales y extranjeros del artículo 45 CRV, según su apreciación de lo que estimaba trato discriminatorio a los venezolanos en cuanto al cálculo del pago de las indemnizaciones por expropiación, como en lo que consideraba "arbitraje forzoso". En Cámara plena, los argumentos de Silva Calderón contaron con el apoyo de los diputados Orlando Fernández

⁸⁰ Cuando se trataba, como era el caso, del segundo año del quinquenio en adelante, porque el primero era el 23 de enero, a partir de la Enmienda Constitucional N°2.

⁸¹ Silva Calderón abogado de trayectoria que había sido Consultor Jurídico del Ministerio de Minas e Hidrocarburos con Pérez Alfonzo (1959-1964) en el gobierno de Betancourt y será luego Ministro con Chávez hasta ocupar la Secretaría General de la OPEP, era el único Diputado de su partido, el MEP, en la Cámara. La práctica parlamentaria de esos años procuraba incluir a las minorías.

⁸² E incluso interpeló, además del MRREE, a ministros del área económica.

Ramón Guillermo Aveledo

(Independiente MAS), Reinaldo Cervini (Independiente-URD)⁸³ y Alí Rodríguez Araque (Causa R)⁸⁴ quienes cuestionaban la pérdida de la “inmunidad de jurisdicción”.

En adición a lo convulso de aquel año, en el seno la bancada del partido de gobierno (AD) había muchas dudas acerca del tratado, cuya aprobación no defendieron. En un cuadro tal, ésta se hacía muy difícil pues debía recaer en los diputados de oposición a la administración de un Presidente que sería suspendido en el ejercicio de sus funciones y solicitado su enjuiciamiento por la Corte Suprema en mayo, menos de dos meses después y cuya ausencia absoluta fue declarada por el Congreso en agosto, tras haber elegido en su reemplazo al Senador Ramón J. Velásquez en junio. La fracción de COPEI, muy abierta a las nuevas reglas que permitieran adaptar al país a los desafíos de la economía global, ya dividida por la contienda electoral en dos candidaturas presidenciales, difícilmente podía aportar todos sus votos⁸⁵. Vistos los inconvenientes de diversa naturaleza, resulta explicable que no pudiera aprobarse el instrumento.

A pesar de la simultaneidad de su estudio por el Congreso con el acuerdo con Italia, el TBI con el Reino de los Países Bajos, el trámite de cuya ley aprobatoria culminó en 1993, fue un parte aguas pues de allí en adelante la discusión de estos los acuerdos de promoción y protección de inversiones fue fluida y transcurrió sin mayores obstáculos. Ayudaron la redacción del texto del tratado, muy influido por las exigencias del equipo negociador venezolano, la receptividad a los requerimientos parlamentarios por parte del Ministro Ochoa Antich, quien asumió esa cartera desde junio de 1992⁸⁶ y paradójicamente,

⁸³ Hijo del empresario Angel Cervini y empresario él mismo, unos días después el ex-Presidente de Pro Venezuela nominado por fracciones minoritarias en la votación de junio como alternativa al Presidente elegido por la mayoría del Congreso.

⁸⁴ Diputado suplente en ese período, y principal en el 1994-99 cuando llegará a presidir la comisión de Energía y Minas; proviene del PRV-Ruptura y será disidente con el PPT para apoyar la candidatura de Hugo Chávez, con quien fue ministro de varias carteras y postulado por su gobierno, secretario general de la OPEP y de UNASUR.

⁸⁵ Si bien el candidato de COPEI Alvarez Paz era más afín, como su partido, a las políticas de apertura que el disidente Caldera, electo Presidente con apoyo de Convergencia, MAS, MEP, URD y el PCV, el gobierno de éste continuó con la política de sus antecesores en materia de inversiones y negoció, suscribió y propuso al Congreso dieciocho TBIs, todos los cuales fueron aprobados.

⁸⁶ Los cancilleres de Pérez en su segundo gobierno fueron Enrique Tejera París (1989), Reinaldo Figueredo (1989-1991), Armando Durán (1992), Humberto Calderón Berti brevemente en 1992 y Ochoa Antich desde 1992 y continuó en la Presidencia de Velásquez, hasta 1994, año en el cual Caldera lo designaría embajador en México.

Ramón Guillermo Aveledo

las discusiones exhaustivas con motivo del frustrado acuerdo con Italia, de las cuales derivó un provechoso aprendizaje para los diputados.

Fue el gobierno venezolano el que tomó la iniciativa de negociar con Holanda, país europeo que es nuestro vecino, gracias a que su reino llega hasta las islas de Curazao, Aruba, Bonaire y más a barlovento, Saba y San Eustaquio. El Tratado de límites marítimos entre los dos países data de 1978.

Como hemos dicho, la globalización y sus consecuencias, así como las características de los numerosos tratados de inversiones negociados, suscritos y remitidos al Congreso, trajo consigo un desafío a la diplomacia y los legisladores venezolanos. Similar razonamiento habría que considerar al referirnos a aquellos para evitar la doble tributación, al comienzo en transporte marítimo y aéreo y luego en impuesto sobre la renta y prevención de la evasión y el fraude fiscal.

Podían estimar los parlamentarios que las respectivas exposiciones de motivos resultaban insuficientes y requerir más elementos de juicio. A ese efecto, además de los intercambios formales e informales con funcionarios del Ejecutivo, representantes de sectores interesados y profesionales, a petición de la Comisión de Política Exterior, el Presidente de la Cámara de Diputados⁸⁷ solicitó al Ministro de Relaciones Exteriores, la opinión oficial “debidamente razonada” de ese despacho, acerca de cada uno de los proyectos de leyes aprobatorias de diez instrumentos.

Con la República Italiana tres: el Convenio Marco de Cooperación Económica, Industrial, Científico-Tecnológica, Técnica y Cultural, el Acuerdo sobre Protección y Promoción de Inversiones y el Convenio para Evitar la Doble Tributación en Materia de Impuesto sobre la Renta y prevenir la Elusión, la Evasión y el Fraude Fiscal.

Con el Reino de los Países Bajos dos: uno para Evitar la Doble Tributación en Transporte Marítimo y Aéreo y el otro, objeto de nuestro comentario, el Acuerdo para el Estímulo y Protección de Inversiones.

⁸⁷ Oficio N°1.041 del 27 de octubre de 1992, dirigido por el Presidente de la Cámara Luis Enrique Oberto G. al Ministro Fernando Ochoa Antich.

Convenios para Evitar la Doble Tributación en materia de Transporte Marítimo y Aéreo con Canadá, el Reino de Bélgica y la República de Chile.

Y finalmente, los convenios entre nuestro país y el Banco Centroamericano de Integración Económica y de Participación en el Fondo para el Desarrollo Económico-Social de Centroamérica (FONDESCA).

“Una vez recibida la opinión solicitada, la Comisión Permanente de Política Exterior informará a la Cámara sobre los proyectos en cuestión, a los fines del pronunciamiento del cuerpo al respecto.” concluye el Presidente Oberto su comunicación al Canciller Ochoa Antich.

En relación al TBI con Holanda, el Ministro respondió con una explicación en detalle que resolvió las dudas de la mayoría de los diputados. Quien escribe no pudo localizar ese escrito en los archivos de la Asamblea Nacional y ha tenido que confiar en su memoria, en testimonios de altos funcionarios del MRE y en la referencia al mismo en investigación antes citada.⁸⁸

Con relación al tratamiento a los extranjeros recuerda que la igualdad constitucional entre venezolanos y extranjeros “con las limitaciones y excepciones establecidas por esta constitución y las leyes”⁸⁹ se interpreta con relación a los nacionales de otros Estados en el contexto de los principios del Derecho Internacional, cuya infracción da derecho al respectivo Estado extranjero a proteger diplomáticamente a su nacional, lo cual es favorable al individuo extranjero en cualquier parte del mundo.

A propósito, recordemos que Rousseau distingue entre las limitaciones de la competencia personal por la territorial, siendo posible la “mediación de los cónsules” con el asentimiento del gobierno local “...a reserva de la jurisdicción y del empleo de la fuerza”; la concurrencia entre ambas, como en los matrimonios o la represión de delitos y las

⁸⁸ Tejera Pérez, Victorino: *obra citada*

⁸⁹ Artículo 45 CRV

limitaciones a la competencia territorial por la personal, como en el servicio militar que no puede imponerse al extranjero.⁹⁰

En cuanto a la naturaleza del arbitraje, estima Cancillería que éste no es de derecho interno sino de Derecho Internacional, pues viene a ser un caso especial del arbitraje entre Estados al cual viene a sustituir en cuanto a violaciones a lo convenido en el tratado de inversiones y por lo mismo perteneciente a ese ámbito. Su campo de aplicación que no incluye la anulación de actos del Poder Público ni la eventual suspensión de sus efectos, se limita a determinar si sus acciones comprometen la responsabilidad internacional del Estado y el monto de la indemnización que corresponde.

El Presidente de la Comisión Paciano Padrón y el diputado Andrés Eloy Blanco Iturbe (AD) miembro de la misma, alegaron las diferencias entre este acuerdo y el suscrito con Italia y defendieron su apego a la Constitución. Con la distinción puede estarse o no de acuerdo, pero no es obra del azar, sino producto del estudio por parte de los parlamentarios, en un contexto preciso que no son “condiciones de laboratorio”. Blanco Iturbe argumentó, que incluso eran mayores las inversiones venezolanas en Holanda que a la inversa.⁹¹ El diputado Silva Calderón insistió en alegatos del mismo tenor de los expresados en el tratado con Italia.

Aunque la discusión de esta ley aprobatoria recibió urgencia reglamentaria el 30 de marzo de 1993, se difirió su votación, lo cual rindió frutos de acercamiento de posiciones para el entendimiento político y de “enfriamiento” de la polémica, lo cual es recurso que siempre ayuda en cualquier Parlamento. Será el 12 de mayo que se apruebe con amplia mayoría y sin manifestaciones de disenso. A partir de la aprobación de este tratado queda en evidencia un nuevo consenso mayoritario con amplia base de respaldo para la orientación política nacional que estos tratados expresan y los diversos instrumentos que bajo su paraguas fueron suscritos.

⁹⁰ Rousseau, Charles: *obra citada*

⁹¹ En realidad, nada más en el sector petrolero la inversión venezolana ya era cuantiosa en ese país, así como en Estados Unidos, Alemania, Suecia. El sector privado nacional se orientó principalmente al mercado latinoamericano y del Caribe.

Ramón Guillermo Aveledo

En un clima general en el cual era mayoritario el respaldo a las políticas pro-inversión expresadas en los TBIs los temas que concentraron la atención de los parlamentarios fueron la compatibilidad con el Derecho venezolano, en particular su constitucionalidad, dada su novedad; la cuestión de los derechos del mutuo trato justo y equilibrado; y la defensa de los derechos de los venezolanos. Eso se nota tanto en las exposiciones de motivos presentadas por el Ejecutivo como en los informes de las respectivas comisiones de política exterior de Senado y Diputados, así como en las inquietudes planteadas por los congresistas en las comparecencias de funcionarios a las comisiones o en los debates, sea en ellas o en la plenaria del cuerpo.

Una constante es la inclusión de cláusulas arbitrales para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado donde se realiza la inversión, esto es en Venezuela para las inversiones extranjeras y en otros países para la inversión venezolana. Hay tratados que contemplan una “cláusula de elección de vías”, la cual implica que si bien la escogencia es potestad del inversor, su escogencia es definitiva y también puede pautar, como se aprecia en tratados, que si se decide acogerse a la jurisdicción de los tribunales del país, renuncia a la opción de arbitraje. Las diferencias visibles en esas cláusulas dependen de lo acordado con cada contraparte en las particularidades de cada negociación y distinguiremos entre ellas varios tipos.

En el TBI con el Reino de los Países Bajos, denunciado por Venezuela en marzo de 2008 y terminado en noviembre de ese año, no se exigía agotar el lapso para la negociación amistosa⁹² y es el único que sólo contempla en CIADI como institución para el arbitraje y dado que Venezuela no era aún miembro del mismo pero sí la nación europea, recurrir a su Mecanismo Complementario, disponible para casos como éste.

La cláusula equivalente en el tratado con Chile contempla la solución amigable y si ella no es posible, recurrir a los tribunales nacionales o al CIADI y veremos, por primera vez, una redacción presente en otros de estos instrumentos, aún con posterioridad a la adhesión venezolana al CIADI.

⁹² Como lapso para buscarla predomina el de seis meses.

AD ARTÍCULO 8

Mientras la República de Venezuela no se haya hecho parte de la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965, las diferencias que surjan serán sometidas a arbitraje en el Centro Internacional Para el Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones bajo las reglas que rigen el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de hechos por la Secretaría del Centro. En caso de que por cualquier motivo no estuviere disponible dicho mecanismo, se someterá la diferencia a un tribunal de arbitraje “ad hoc” establecido de conformidad con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Redacción similar encontraremos en los TBIs suscritos con Barbados, el Reino de España y la República Federal Alemana.

En el caso del tratado con Chile, para el momento de su entrada en vigencia, diciembre de 1995, ya Venezuela había ingresado al CIADI⁹³, pero la negociación y la suscripción ocurrieron con anterioridad a este hecho. Sin embargo, en los otros mencionados la situación no es exactamente la misma. Con Barbados la suscripción ocurre poco antes⁹⁴ así como su Ley Aprobatoria (julio 1994) apenas le antecede y su entrada en vigencia (octubre 1995) es posterior en cuatro meses a la vigencia en Venezuela del Convenio CIADI. Con España concluyeron las negociaciones y se firmó en noviembre de 1995, aprobada y poco antes de la entrada en vigencia de la incorporación al CIADI y con Alemania se suscribió en mayo de 1996, cuando ya Venezuela era miembro del Convenio CIADI.

Para solventar mediante la interpretación la aparente contradicción entre la condición convenida y acontecimientos debidos a la acción de los Estados antes de su entrada en vigencia, conviene considerar en primer lugar, el significado de las palabras empleadas, ello en atención a la regla general⁹⁵ de que un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que se atribuya a los términos usados en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁹³ Entró en vigencia el 1 de junio de 1995

⁹⁴ 15 de julio de 1994

⁹⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 antes citada

Ramón Guillermo Aveledo

Mientras es un adverbio de tiempo como por ejemplo lo son antes, ahora, pronto, tarde o nunca. En su uso tiene varias acepciones, en este caso la lógica se refiere a durante el tiempo que transcurre hasta que una condición se dé o un lapso previsto se cumple. Las partes contratantes con Venezuela, razonablemente esperan que ese Estado adhiera y se incorpore al Convenio CIADI y mientras, se toman previsiones para resolver las diferencias que puedan surgir. Éstas son para tener disponibles diversas opciones de foro arbitral, no para que ese mecanismo de resolución de controversias pueda utilizarse o no.

Por otra parte, “no se haya hecho” como se usa en el artículo citado, aquí “haya” es tercera persona del verbo “haber” en tiempo presente de subjuntivo, el cual se refiere a afirmaciones hipotéticas que pueden tener lugar en el presente o en el futuro y se utiliza con ese valor cuando es seguido por un participio, como “hecho”, para así formar el antepresente de subjuntivo, para referirse a una acción que finalizará en el futuro.

Estamos hablando del cumplimiento de una condición y no del mero transcurso del tiempo. “En caso de que no fuera posible” es condición tan amplia que nos indica que las controversias de un inversionista con el estado receptor siempre puede ser sometida al procedimiento arbitral.

Mal podría interpretarse que Venezuela, Chile, Barbados, España o Alemania, convinieran de esa forma con el propósito de tener una vía de escape al arbitraje. De allí que de las exposiciones de motivos de los proyectos de ley aprobatoria ni de los informes de las comisiones parlamentarias que los estudiaron y propusieron su aprobación a las respectivas cámaras, pueda desprenderse la menor duda acerca de la voluntad del Estado venezolano y de las partes contratantes suyas que negociaron y aceptaron tal redacción. Lo contrario, podría en cuestión la buena fe de su actuación.

La voluntad de las partes y en particular la venezolana es clarísima, irrestricta. Ningún tratado de inversiones suscrito por Venezuela excluye el arbitraje⁹⁶ y al contrario, el

⁹⁶ El TBI con Francia, suscrito en 2001 y en vigencia desde 2004, prevé solamente tribunales nacionales y arbitraje CIADI. Es el único que no incluye un tribunal arbitral *ad hoc* según el Reglamento CNUDMI. En este caso, la denuncia venezolana del Convenio CIADI, desmejoraría las condiciones para los inversionistas privados de uno y otro país.

Ramón Guillermo Avelo

país se aprestaba para recurrir a ese mecanismo tanto como fuera necesario, una expectativa previsible cuando el país se decidía por la apertura de su economía.

El basamento de estos tratados es, como se ha dicho y se reitera, una política nacional venezolana para hacer frente a los desafíos de la globalización en un entorno fuertemente competitivo como el latinoamericano que quiere atraer inversiones. En la Venezuela de los años noventa del siglo pasado, además, había inversiones de empresas estatales nacionales en otros países y capacidad en el empresariado nacional para invertir en otras partes.

En cuanto al objeto y fin de los tratados, en éstos y todos sus similares se expresa el interés por la cooperación económica en mutuo beneficio, la intención de promover las inversiones provenientes de un Estado en el otro y como parte de ello, asegurarles las más sólidas garantías jurídicas.

Por estas razones, en todos esos casos es válido el razonamiento de Tejera Pérez con motivo de comentar el TBI con la nación austral,

En este sentido, el artículo 8 del TBI Chile-Venezuela establece el arbitraje CIADI como el mecanismo de resolución de controversias inversionista-Estado. Así mismo, mientras Venezuela no se hubiere hecho parte del Convenio CIADI, tales controversias podían ser resueltas a través de arbitraje bajo el mecanismo complementario CIADI y, en caso de que no estuviere disponible dicho mecanismo, a través de arbitraje **ad hoc**, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Para nosotros, a pesar de que el Protocolo de este TBI se refiere al tiempo mientras Venezuela no se hiciera parte del Convenio CIADI, ahora que Venezuela denunció el Convenio CIADI, el Mecanismo Complementario CIADI vuelve a estar disponible. Tal conclusión la alcanzamos siguiendo el principio de interpretación de buena fe.⁹⁷

En el TBI con Argentina, luego de un lapso de seis meses para un arreglo amistoso, el inversor puede recurrir bien a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión o bien al arbitraje internacional, mediante el Convenio CIADI o su Mecanismo Complementario y de no estar disponible, según las reglas de la CNUDMI. La redacción de

⁹⁷ Tejera Pérez: *Obra citada*

Ramón Guillermo Aveledo

este acuerdo incluye supuesto similar al de los casos anteriormente citados, con la particularidad de que en éste la adhesión al CIADI era una condición pendiente para ambas partes y la misma era requerida "...cuando cada Parte del presente Acuerdo haya adherido a aquel..." así que en su parte final de la letra a del párrafo 3 del artículo 11, se lee:

Mientras esta condición no se cumpla, cada parte da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de conciliación.

Puede entenderse así que, al ingresar cada parte al Convenio CIADI, el consentimiento para someter disputas a arbitraje está expresado en el TBI.

Cuando entró en vigencia el tratado con Argentina ya para Venezuela el Convenio CIADI tenía un mes de haber entrado en vigencia, por su parte Argentina, si bien lo había suscrito desde 1991 depositaría su aprobación en octubre de 1994, poco menos de un año antes de la entrada en vigencia de su acuerdo bilateral con Venezuela. La posterior denuncia por parte de Venezuela del Convenio CIADI no desmejora los derechos de los inversionistas argentinos en Venezuela o venezolanos en Argentina, de conformidad con los principios antes mencionados.

En el tratado con Ecuador luego del plazo semestral para arreglo amistoso, el inversor puede recurrir a los tribunales del Estado donde invierte o al arbitraje internacional, ante el CIADI, su Mecanismo Complementario y, de no estar disponibles, a las reglas de la CNUDMI.

En materia de resolución de controversias entre inversores y Estados, el tratado con la Confederación Suiza prevé el habitual período de espera de seis meses y de no lograrse acuerdo, ir al arbitraje CIADI o como alternativa a éste, recurrir de mutuo acuerdo a un tribunal *ad hoc* constituido según reglas CNUDMI.

Con Portugal el acuerdo también incluye el período de enfriamiento para arreglo amistoso de seis meses, agotado el cual, la posibilidad de acudir ante los tribunales locales del estado donde se efectuó la inversión, o al arbitraje en el CIADI o con su Mecanismo

Ramón Guillermo Avelo

Complementario y en caso de no estar éstos disponibles, a un tribunal *ad hoc* regido por las normas de la CNUDMI, aquí mencionada por sus siglas en inglés UNCITRAL. En la aprobación definitiva de este tratado por parte de la Cámara de Diputados, consta el voto salvado del Diputado zuliano Nelson Carrasquero, entonces representante del Movimiento Electoral del Pueblo (MEP), quien siguió la línea de su antecesor en esa filiación, "...por cuanto estimamos que no hay evidencia de equilibrio y reciprocidad en la defensa de los intereses patrimoniales de cada una de las naciones y de los conciudadanos"⁹⁸.

En cuanto al Tratado de Libre Comercio entre Venezuela, México y Colombia (G-3), como dijimos se trató de un acuerdo más amplio y ambicioso, las controversias inversor-Estado deberían resolverse según el Convenio CIADI si tanto el Estado de origen del inversionista como el receptor de la inversión fueran miembros del mismo; si lo fuera una sola de las partes, se recurrirá al Mecanismo Complementario CIADI y si éste no estuviera disponible, a lo dispuesto en las reglas CNUDMI.

Al caso del tratado con Barbados ya nos referimos en uno de sus aspectos con anterioridad, pero acerca del alcance de su cláusula arbitral dirige al CIADI y su Mecanismo Complementario y en caso de no disponibilidad CNUDMI. No se contempla el uso de los tribunales nacionales y se establece una disposición similar a la del acuerdo con Suecia de consentimiento incondicional.

El tratado con Dinamarca regula la solución de diferencias entre inversionista y Estado con el frecuente período para el arreglo amistoso y en caso de no ser éste productivo, el derecho a ir ante los tribunales nacionales o a solicitar el arbitraje pautado en el Convenio CIADI; si una de las partes se separase de éste, se usaría el Mecanismo Complementario y si ambas partes lo hicieran, se acudiría al Reglamento de la CNUDMI.

En el acuerdo con el Reino Unido se convino un plazo de tres meses, la mitad del acordado con más contrapartes, para arreglo amistoso por reclamaciones de los inversores, de no lograrse éste se someterán ante el CIADI o su Mecanismo Complementario y de no

⁹⁸ Diario de Debates de la Cámara de Diputados. Tomo XXIV-Volumen V. Noviembre-Diciembre de 1994.

estar éstos disponibles, a solicitud del inversor, podrán las partes acordar especialmente un tribunal arbitral o según el Reglamento del CNUDMI.

Con Lituania se acordó una fórmula muy frecuente en estos tratados. El *cooling period* es de seis meses que ha de ser agotado. Las controversias inversionista-Estado se dirimen ante el CIADI. Si éste o su Mecanismo Complementario no están disponibles, en el CNUDMI.

El tratado con Brasil contempla lapso de negociación amistosa de seis meses y la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales o al CIADI o su Mecanismo Complementario y de no estar disponibles, al Reglamento de la CNUDMI. Este acuerdo, suscrito en 1995 y con Ley Aprobatoria desde 1997, no ha entrado en vigencia porque Brasil no lo ha ratificado.⁹⁹ Es de hacer notar que en Venezuela, no obstante el apoyo parlamentario minoritario de los sucesivos gobiernos, sólo una vez en veintisiete no se produjo la aprobación. Los cinco presentados a la Asamblea Nacional durante la presidencia de Chávez fueron aprobados por la mayoría parlamentaria del Polo Patriótico a partir de 2000. Curiosamente no se tienen noticias de la remisión al Parlamento del proyecto de ley aprobatoria del tratado suscrito con Italia en febrero de 2001 ¿un singular caso de *sfortuna*?

En el tratado con la República Checa el período de negociación amistosa es de seis meses como en la mayoría de los TBIs, vencidos los cuales “a menos que las partes acuerden otro procedimiento” se acudiría ante el CIADI o su Mecanismo Complementario. Si éstos no estuvieran disponibles, al arbitraje según el Reglamento de la CNUDMI, a menos que las partes convengan otro procedimiento.

⁹⁹ Más de una docena de TBIs suscritos por Brasil permanecen en esta situación. Que esto ocurra cuando el Ejecutivo negocia y suscribe los tratados pero después no los ratifica, debe tener relación con que según su Constitución el Presidente los celebra (Art.84, VIII) “sujetos a refrendo del Congreso” y al Congreso corresponde (Art.49, I) “Resolver definitivamente” sobre éstos “cuando acarrear cargas o compromisos gravosos al patrimonio nacional”. Es conocida la fragmentación en los parlamentos brasileños, la respuesta a política ha sido el “presidencialismo de coalición” el cual, sin embargo, no ha podido cambiar esa posición tradicional del Estado.

Ramón Guillermo Avelo

En adición a lo comentado con relación a los acuerdos con Chile, Barbados y Alemania relativo a la previsión del tiempo en que Venezuela no sea miembro del CIADI, anotamos que el TBI con España incluye el *waiting period* de seis meses y la posibilidad para el inversionista de buscar solución en los tribunales nacionales o mediante arbitraje en el CIADI o su Mecanismo Complementario y en caso de no estar éstos disponibles, la CNUDMI.

Con Perú se convino la fórmula más frecuente de seis meses para la procura de arreglo amistoso y en caso de no lograrse, el inversor tiene abiertas las opciones de los tribunales nacionales, el arbitraje CIADI o mediante su Mecanismo Complementario y de no estar disponibles éstos, la reglamentación CNUDMI.

Con relación al tratado con Alemania ya hemos escrito al referirnos a otros instrumentos, aspectos circunstanciales de cuya redacción, en este caso del Protocolo, no pueden interpretarse como vía para eludir el compromiso de garantizar el arbitraje a los inversionistas extranjeros en Venezuela o venezolanos en los países con los cuales nuestro país ha celebrado TBIs, alejándose así de su texto, de su contexto y de su objeto y fines. Se adopta el *cooling period* de seis meses y la opción de presentar reclamaciones por parte de los inversionistas en tribunales del país, quienes tienen derecho a recurrir al CIADI, a su Mecanismo Complementario y en su defecto, si éstos no estuvieran disponibles por cualquier motivo, al CNUDMI.

Con Canadá se acordó también el plazo para la negociación amistosa de seis meses, el derecho a recurrir al arbitraje internacional para resolver diferencias ante el CIADI o mediante su Mecanismo Complementario y en caso de no estar disponibles éstos, el Reglamento de la CNUDMI.

El tratado con Paraguay contiene la previsión de seis meses para procurar arreglo amistoso entre las partes (inversionista y Estado) y el derecho del inversionista a ir ante la administración de justicia del país correspondiente o el arbitraje internacional CIADI y de no estar disponible, CNUDMI.

Ramón Guillermo Aveledo

Con Suecia, de cuyo acuerdo ya destacamos el consentimiento incondicional al arbitraje, se convino recurrir directamente al arbitraje CIADI y en caso de no estar disponible al CNUDMI. Como en el tratado con Paraguay antes referido, no contempla expresamente el Mecanismo Complementario.

El tratado bilateral de inversiones con Cuba no establece lapso obligatorio de negociación. Las controversias entre inversionistas y Estados pueden dirimirse ante los tribunales nacionales o si el inversor lo prefiere, mediante arbitraje conforme al Reglamento CNUDMI. La nación antillana no es miembro del CIADI, tampoco del Banco Mundial como no lo son Corea del Norte y los principados de Andorra, Liechtenstein y Mónaco. Los tres micros Estados europeos son lo que se denomina paraísos fiscales cuyas economías se basan en el turismo y los servicios financieros y se han comprometido a mejorar la transparencia.

No obstante lo anterior, el Protocolo adicional a este TBI deja establecido que si ambos países se adhirieran al Convenio CIADI, esa sería la institución para dirimir las controversias, dejando abierta la posibilidad de que de no estar disponible éste se recurriera al Reglamento de la CNUDMI. Este tratado se suscribió en diciembre de 1996, su ley aprobatoria fue publicada en Gaceta Oficial de Venezuela un año más tarde y entró en vigencia el 15 de abril de 2004.

Con Costa Rica el tratado pauta que transcurridos los seis meses previstos para un arreglo amistoso, el inversionista tiene derecho a escoger, con carácter definitivo, dónde planteará su reclamo. Puede ser ante los tribunales nacionales correspondientes o pedir el arbitraje internacional según el Convenio CIADI o su Mecanismo Complementario y si las dos partes dejasen de ser adherentes de ese convenio, queda abierta la posibilidad del CNUDMI.

Sin necesidad de agotar negociación amistosa previa, el tratado con Uruguay en el supuesto de diferencias entre el inversor y uno de los Estados contratantes remite directamente a optar entre los tribunales del país o el arbitraje internacional CIADI o su

Mecanismo Complementario y al Reglamento CNUDMI, si aquellos no estuvieran disponibles.

Finalmente, el último TBI en cuyo control parlamentario tuve conocimiento directo fue el suscrito con la Unión Belgo-Luxemburguesa suscrito en marzo de 1998, pero ya no sancionada su Ley Aprobatoria en el Congreso de la República del cual formé parte, sino en la Asamblea Nacional instituida en la Constitución de 1999.

Entre marzo y agosto de 2000, por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente funcionó una Comisión Legislativa Nacional de veintiún miembros designados, no electos. Si bien ésta conoció e impartió aprobación a cinco tratados internacionales, ninguno de ellos de promoción y protección de inversiones. El tratado con la Unión Belgo-Luxemburguesa arriba referido, hubo de esperar hasta finales de 2001 para su aprobación por la Asamblea Nacional. Los tratados de inversiones con Francia, Irán, Bielorusia, Rusia y Vietnam se suscribieron entre 2001 y 2008.

En la explicación ofrecida por el Ejecutivo y en los informes de las comisiones de Política Exterior del Senado y la Cámara de Diputados para recomendar su aprobación, constan las motivaciones del órgano proponente y el órgano titular del control político. De ellas, así como de las aprobaciones impartidas, se desprende la clara voluntad del Estado venezolano de tutelar derecho al foro arbitral, en sus diversas modalidades, como medio para resolver las controversias entre los particulares y los Estados. Éste tiene las ventajas de la neutralidad, la flexibilidad procesal y la autonomía de las partes para convenir sus condiciones.

En el estudio de los proyectos de Ley Aprobatoria por parte de los senadores y diputados se consultó frecuentemente a funcionarios del Ejecutivo y profesionales concedores, así como se contó con el apoyo de los equipos técnicos de las comisiones respectivas.

“El arbitraje entre el inversor y el Estado fue ideado como una forma más rápida, económica y eficiente de alcanzar los mismos fines que se persiguen con el arbitraje entre

Ramón Guillermo Avelo

Estados” explica el Ejecutivo al exponer los motivos del tratado con Dinamarca¹⁰⁰, Siempre se especifican los diversos mecanismos disponibles. En ocasiones la comisión de Diputados hace suyos “...los criterios de su homóloga del Senado...” por lo cual anexa el informe de ésta al propio. Igualmente se reitera el objetivo de favorecer el flujo de inversiones extranjeras mediante la concesión de garantías recíprocas a los correspondientes inversionistas” con base en una política de promoción de inversiones extranjeras “en contraposición con las viejas políticas que favorecían la contratación de créditos externos por encima de las posibilidades de inversión directa”¹⁰¹.

Por lo general, se destaca la consistencia con otros acuerdos sobre promoción y protección de inversiones transfronterizas suscritos por la República¹⁰² y que las disposiciones convenidas “constituyen una garantía para lograr un trato equitativo para los inversionistas, sus inversiones y para la solución de controversias que pudieran surgir entre las partes...”¹⁰³

El trato no inferior al concedido a sus propios nacionales y el tratamiento justo y equitativo a los inversionistas extranjeros, no inferior al mínimo exigido por el Derecho Internacional, es también cuestión recurrente en la consideración de los parlamentarios.¹⁰⁴

Encontramos, como en el caso de los TBIs con Alemania y el Canadá que una vez aprobadas sus respectivas leyes en primera discusión por el Senado, “Posteriormente se consideró oportuno solicitar el diferimiento para un reexamen de ambos acuerdos y la realización de nuevas consultas con el Poder Ejecutivo.”, cumplidas las cuales la comisión

¹⁰⁰ Diario de Debates de la Cámara d Diputados. Tomo XXVI-Volumen II. Abril-Junio 1996.

¹⁰¹ Informe de la Subcomisión de Tratados, Legislación y Asuntos Jurídicos sobre el tratado con Lituania aprobado por la Comisión de Política Exterior de Diputados. Diario de Debates de la Cámara d Diputados. Tomo XXVI-Volumen II. Abril-Junio 1996.

¹⁰² Informe de la Comisión de Política Exterior del Senado sobre tratado con Ecuador. Diario de Debates de la Cámara de Diputados. Tomo XXIV, Volumen III. Junio-Septiembre 1994

¹⁰³ Informe de la Comisión de Política Exterior del Senado sobre el tratado con Barbados. Diario de Debates de la Cámara de Diputados. Tomo XXIV-Volumen V. Noviembre-Diciembre de 1994

¹⁰⁴ Informe de la Subcomisión de Tratados, Legislación y Asuntos Jurídicos sobre el tratado con Uruguay aprobado por la Comisión de Política Exterior de Diputados. Diario de Debates de la Cámara de Diputados. Tomo XXIV-Volumen V. Noviembre-Diciembre 1994

Ramón Guillermo Avelo

pide al cuerpo la finalización de su trámite legislativo¹⁰⁵. De los tratados aquí referidos, el gobierno venezolano ha denunciado el Convenio CIADI desde el 25 de enero de 2012, el Tratado de Libre Comercio con México y Colombia (G-3) el 22 de mayo de 2006 y el TBI con el Reino de los Países Bajos el 30 de abril de 2008. Los demás siguen vigentes.

¹⁰⁵ Oficio N°179/97 con fecha 19.06.97 del Presidente de la Comisión de Política Exterior del Senado Pedro Pablo Aguilar al Presidente de esa corporación Cristóbal Fernández Daló

CONCLUSIONES

A esta altura podemos llegar a ciertas conclusiones.

Es claro que el objetivo de política pública de los TBIs es procurar condiciones de competitividad en el atractivo al inversionista. En el contexto venezolano de los años noventa habría que ver dos aspectos. Uno es que condiciones no sólo implican garantías de tratamiento equitativo, no discriminatorio y derechos a la libre transferencia de ganancias, compensación por pérdidas y a la compensación por expropiación indirecta, sino muy particularmente la opción de arbitraje, dada la situación de nuestra administración de justicia entonces y con más razón ahora que tanto se ha agravado. El otro es que así como había un legítimo interés en el Estado venezolano en atraer inversiones, también lo había en proteger a las inversiones e inversionistas de Venezuela en el territorio de otros Estados. La importancia de las inversiones, se pone de relieve en una política que al lado de reconocer la necesidad para nuestro desarrollo económico de flujos de capital y acceso a conocimientos de tecnología provenientes del exterior, prefiere hacerse de socios en vez de tener acreedores.

Por los debates en comisión y en sesión plenaria, podremos apreciar las motivaciones de los distintos parlamentarios. Están las nacidas en el nacionalismo, tanto el sentimiento nacionalista como las ideas que lo sustentan, en él podremos encontrar juicios, los cuales pueden considerarse acertados o no, y también prejuicios. También nociones contrastantes acerca del interés nacional. Los temas de la soberanía, la igualdad y el acceso a la justicia, la supremacía de la Constitución, se ventilaron, tanto en los argumentos del Ejecutivo como en los expuestos por los senadores y diputados.

No puedo decir que en muchos casos no estoy conforme con la calidad y la diligencia en el control ejercido por el Poder Legislativo sobre los tratados y acuerdos internacionales de la República, pero me consta que ese no fue el caso con los acuerdos de inversión, acaso por su novedad y por sus implicaciones constitucionales y legales.

Ramón Guillermo Avelo

En dato característico de la idiosincrasia de nuestro parlamento bicameral, en cuanto a los informes de comisión como base de la decisión final del Congreso, se nota que los correspondientes a la Comisión de Política Exterior del Senado, constitucionalmente la cámara de ingreso de los proyectos de ley aprobatoria, son más prolijos mientras que en plenaria sus debates lo son menos. En la Cámara de Diputados se evidencia el estudio en comisión con tendencia a aceptar el criterio prevaleciente en el Senado, pero con un debate en plenaria que puede ser más intenso.

A partir de la discusión y aprobación del TBI con Países Bajos, en el Congreso se solventaron las dudas y predominaron los consensos.

En los acuerdos de cláusulas arbitrales influyen en el mundo entero de necesidad de garantizar un foro independiente y confiable para el inversionista, pero en el caso venezolano a esto habría que agregar una desconfianza en el sistema judicial que ya estaba presente y que posteriormente se agravaría hasta niveles insospechados.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDUEZA, José Guillermo. *El Congreso. Estudio Jurídico*. Caracas: Congreso de la República. 1973.
- AVELEDO, Ramón Guillermo. *Parlamento y Democracia*. Caracas: Fundación para la Cultura Urbana, 2005.
- AVELEDO, Ramón Guillermo. *La libertad, temas de conciencia y práctica*. Chacao: Fondo Editorial para la Libertad, 2009.
- AVELLANEDA, Eloisa. *El Control Parlamentario sobre el Gobierno y la Administración Pública*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público. 1999.
- BONFILS, Henry et Fauchille, Paul. *Manuel de Droit International Public (Droit des Gens)* 7eme edition. Paris: Librairie Arthur Rosseau, 1914.
- BREWER CARÍAS Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*. Tomo II. Tercera edición ampliada y actualizada. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.
- BROCHES, Aron: *The Convention on the Settlement of Investments disputes between States and Nationals of Other States En Recueil des Cours*, Vol.136 (1972-II). Academia de Derecho Internacional de La Haya y por A.W.Sithoff, Leyde, 1973.
- CALDERÓN VILLEGAS, J.J. *Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisdicción constitucional en su estructuración e interpretación*. Bogotá: Estudios Socio-Jurídicos. Vol 7, N° 2. July-Dec 2005. www.scielo.org.co
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, Pedro Bravo Gala y Juan Carlos Rey. (Selección, traducción e índices) *Constituciones Europeas*. Caracas, Instituto de Estudios Políticos. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. 1960.
- GLENNON, Michael J. *Diplomacia Constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica. 1996.
- HIRSH, Moshe: *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Dordrecht- Boston- London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- LEÁÑEZ SIEVERT, Carlos. *Control Parlamentario*. Discurso y Trabajo de Incorporación. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

Ramón Guillermo Aveledo

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 39ª Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De las Cuevas. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel. 1966.

SORENSEN, Max, Editor. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica. 1998.

TEJERA PÉREZ, Victorino J. *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

TORO JIMÉNEZ, Fermín. *Manual de Derecho Internacional Público*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982.

VVAA: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Eventos 18, 2005.

VVAA: *El Control Parlamentario de la Política Exterior* coordinado por Edmundo González Urrutia, coordinador. Caracas: Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro-ABEdiciones UCAB-KAS, 2018.

VVAA: *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1979.

VVAA: *Inversiones Extranjeras*. DECITA 03.2005 *Derecho del comercio internacional y actualidades* (Adriana Dreyzin de Klor y D. Fernández Arroyo, Directores) Buenos Aires: Zavalía, 2005.

Artículos en revistas

BLACKABY, Nigel: “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina”. *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, Bogotá: junio-Diciembre, 2004.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. “El Arbitraje en el marco de la Ley de promoción y Protección de Inversiones: las posibles interpretaciones” *Revista de Derecho* N°26. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008.

WHITSITT, Elizabeth and Vis-Dunbar, Damon. “Investment Arbitration in Brazil: Yes or No?”. *Investment Treaty News*. (November 30, 2008) www.iisd.org.

Publicaciones y documentos oficiales

Gaceta Oficial de la República de Venezuela

Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos, la República de Chile, la República del Ecuador, La Confederación suiza, la República de Portugal, Barbados, el Reino de Dinamarca, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, el Reino de España, la República del Perú, la República Federal Alemana, Canadá, la República del Paraguay, el Reino de Suecia, la República de Cuba, la República de Costa Rica y la República Oriental del Uruguay.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969. U.N.Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S.331

Diario de Debates de la Cámara de Diputados. Congreso de la República de Venezuela (1994, 1995, 1996, 1997)

Reglamento Interior y de Debates de la Cámara de Diputados. Caracas: Congreso de la República, 1997.

Reglamento Interior y de Debates. Caracas: Talleres Gráficos de la Asamblea Nacional. 2010.

Constitución de la República de Venezuela. Caracas: Ediciones del Congreso de la República, 1992.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Edición definitiva según reimpresión Gaceta Oficial N° Extraordinario 5.453. 24 de marzo de 2000.

Constituição Republica Federativa do Brasil 1988. Brasilia: Senado Federal, 1994.

Constitución de la República Francesa de 1958. Edición de 2008 <https://www.senat.fr>

Constitución Española 1978. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.

Ministerio de Relaciones Exteriores: CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS. Exposición de Motivos. Caracas, 15 de abril de 1994.

FISCALIDAD DE LAS *COMPAÑÍAS FORÁNEAS CONTROLADAS* (CFC) EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA VENEZOLANA

Serviliano Abache Carvajal

Profesor, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Miembro del Consejo Directivo y Coordinador del Comité Editorial de la Revista de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Representante Titular por Venezuela al Directorio, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.

Resumen

En el presente trabajo se propone un análisis descriptivo y crítico sobre las reglas CFC establecidas en el régimen venezolano de transparencia fiscal internacional.

Palabras clave: Compañías foráneas controladas, reglas CFC, transparencia fiscal internacional, paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperantes, lista negra, principio de actividad económica sustancial, BEPS.

TAXATION OF CONTROLLED FOREIGN COMPANIES (CFC) IN THE VENEZUELAN INCOME TAX LAW

Abstract

In this paper a descriptive and critical analysis of the CFC rules regulated in the Venezuelan International Tax Transparency regime is proposed.

Keywords: Controlled foreign corporations, CFC rules, international tax transparency, tax haven, non-cooperative jurisdictions, black list, substantial economic activity principle, BEPS.

1. INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL (TFI) VENEZOLANO

Las reglas de compañías foráneas controladas (*CFC rules*), normas internas anti-paraísos¹ o regímenes de transparencia fiscal internacional (TFI)², incluidas en las recomendaciones de la OCDE en su conocido y fallido³ informe de 1998 sobre *Competencia Fiscal Perjudicial: Un nuevo problema mundial (Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue)*⁴, para luchar contra el uso abusivo de las sociedades de base (*base companies*)⁵, están diseñados —en esencia— para países exportadores de capital, por una parte y, por la otra, con altas alícuotas en la estructuración del impuesto sobre la renta, siendo este último el caso de Venezuela⁶.

¹ Cf. Jesús Sol Gil, «Los paraísos fiscales», *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un maestro. Liber Amicorum en homenaje a don Eusebio González García*, Directora Académica Lucy Cruz de Quiñones, tomo I (Bogotá: Universidad del Rosario - Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2010) 668.

² Nuestros comentarios en una aproximación anterior a este tema, pueden consultarse en: Serviliano Abache Carvajal, «In Pursuit of a Modern Tax System to Accommodate Foreign Investment. Case Study: Venezuela», Ed. Karen B. Brown, *Taxation and Development. A Comparative Study. Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law*, vol. 21 (Suiza: International Academy of Comparative Law - Springer International Publishing, 2017) 353-355.

³ Su fracaso se debió, como lo explica García Novoa, a que «el concepto de jurisdicción no cooperante se condicionó a la ausencia de compromisos concretos de intercambio de información a requerimiento. Bastaba pues que los Estados, presuntamente catalogados como no cooperantes se comprometieran formalmente al umbral mínimo de intercambio de información, bien mediante acuerdos específicos, bien mediante Convenios de Doble Imposición con cláusula de intercambio, para que se pudiera decir que cesaban en su condición de paraísos. De hecho, ello era suficiente para que abandonasen la lista de paraísos fiscales». César García Novoa, *El Derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, 2015) 195.

⁴ Al que le antecedieron (1987), los informes: (i) *Tax Havens: Measures to Prevent Abuse by Taxpayers*, y (ii) *Taxation and the Abuse of Bank Secrecy*; y le sucedieron: (i) el informe sobre *El Progreso realizado en la identificación y eliminación de las Prácticas Fiscales Perjudiciales* (2000), y (ii) el *Modelo de acuerdo de intercambio de información en materia fiscal* (2002). Cf. Juan Carlos Fermín Fernández, «Reflexiones sobre la idea de justicia en el sistema de tributación internacional, desde la perspectiva de los tratados para evitar la doble imposición y las inversiones en jurisdicciones de baja imposición», Coord. Ingrid García Pacheco, *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2016) 576-580.

⁵ Cf. César García Novoa, «Elusión fiscal y los medios para evitarla» (Relatoría General), en *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo I (Caracas: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008) 111.

⁶ Cf. Andrés Bazó Pisani, «Transparencia fiscal internacional», Coords. Jesús Sol Gil; Leonardo Palacios Márquez; Elvira Dupouy Mendoza; y Juan Carlos Fermín, *Manual Venezolano de Derecho Tributario* (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2013) 211.

Serviliano Abache Carvajal

Conforme con los artículos 98 a 108 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta (LISLR)⁷, la entidad extranjera ubicada en un *paraíso fiscal* o *jurisdicción de baja imposición*, controlada por un contribuyente venezolano, se considera *transparente* (*pass through entity*) a los efectos venezolanos, razón por la cual éste deberá reportar y tributar las *rentas pasivas* obtenidas de la *inversión* en el paraíso fiscal como si fuesen propias, sean esas rentas distribuidas o no al accionista venezolano, con la finalidad de evitar el diferimiento de impuestos (*tax deferral*), constituyendo estas reglas un supuesto de levantamiento del velo corporativo (*disregard of the separate legal personality*⁸ o *disregard of legal entity*)⁹ y, así, hacer frente a la *elusión fiscal*¹⁰ internacional¹¹.

Como puede apreciarse, entender a cabalidad este régimen exige precisar, de entrada, qué se entiende a los fines de la legislación venezolana por *paraíso fiscal* o *jurisdicción de bajo imposición*, razón por la cual, antes de revisar los particulares de la LISLR sobre las *reglas CFC* vigentes, abordaremos esta categoría.

2. CONCEPTO DE PARAÍOS FISCALES O JURISDICCIONES DE BAJA IMPOSICIÓN EN EL RÉGIMEN DE TFI VENEZOLANO

⁷ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.210 Extraordinario, 30 de diciembre de 2015.

⁸ Cf. Ben J. M. Terra y Peter J. Wattel, *European tax law*, Kluwer Law International (Países Bajos: Alphen aan den Rijn, 2008) 413.

⁹ Así también lo ha entendido Sanz Gadea: «En este sentido, las normas sobre transparencia fiscal internacional enlazan plenamente con la doctrina del “levantamiento del velo de la persona jurídica”, constituyendo, en buena medida, la concreción jurídico-positiva de la mencionada doctrina en un determinado ámbito del sistema tributario». Eduardo Sanz Gadea, *Transparencia fiscal internacional* (Madrid: Ediciones Estudios Financieros, 1996) 14.

¹⁰ Nuestras propuestas sobre la concepción del fenómeno de la *elusión fiscal*, en: Serviliano Abache Carvajal, «Elusión fiscal y figuras afines. Reflexiones para su conceptualización, sistematización y aplicación pragmática» en *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo I (Caracas: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008) 927-953.

¹¹ «En suma, podemos hablar de *elusión fiscal internacional* en los casos en que los contribuyentes y, en especial, las compañías o sociedades mercantiles, aprovechan la internacionalización económica para utilizar países con regímenes ventajosos para los no residentes, denominados, tradicionalmente, *paraísos fiscales*». César García Novoa, «Un nuevo paradigma de la lucha contra la elusión fiscal internacional. Paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperativas e intercambio de información», *Revista de Derecho Tributario*, N° 143 (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2014) 47.

Partiendo de que «no ha sido uniforme la definición de qué debe entenderse por paraísos fiscales»¹², puede afirmarse que existen tantos conceptos de paraísos fiscales como paraísos fiscales existen, dado que su precisión semántica o terminológica depende de los criterios que se empleen para beneficiar (o no) a quien los utilice¹³. No obstante lo anterior, y al margen de la dificultad de definir unívocamente qué es un paraíso fiscal, una jurisdicción de baja imposición, un régimen fiscal preferente, una jurisdicción *offshore*¹⁴, un refugio fiscal (*tax haven*)¹⁵ y, más recientemente, una jurisdicción no cooperativa, entre otras razones porque dicha condición está supeditada a cambios políticos y legislativos de las jurisdicciones donde se encuentran, máxime con el actualmente conocido estado de *paranoia mundial*¹⁶, es posible identificar ciertos rasgos comunes a las jurisdicciones donde

¹² Leonardo Palacios Márquez, «La política de Administración Tributaria en la globalización» en *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2014) 207.

¹³ Cf. Emilio J. Roche, «Transparencia fiscal internacional», Coord. Jesús Sol Gil, *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual* (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2003) 666.

¹⁴ Cf. Valmy J. Díaz Ibarra, «Las reglas de transparencia fiscal internacional en Venezuela. Consecuencias de la vinculación de contribuyentes venezolanos con sociedades en “paraísos fiscales”», Coords. Elvira Dupouy M., e Irene de Valera, *Temas de actualidad tributaria. Homenaje a Jaime Parra Pérez* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2009) 341.

¹⁵ Máxime si se tiene en cuenta el peculiar origen de la expresión *paraíso fiscal*, que llega a nuestro idioma del francés *paradis fiscaux*, el cual, como lo recuerda Sol Gil, tuvo lugar con ocasión a la confusión que se produjo en la traducción del idioma inglés al francés del término *tax haven*, cuyo significado es *refugio fiscal*. El error se produjo por la confusión de la palabra *haven* (refugio) con la palabra *heaven* (paraíso, cielo), que no fue subsanada y pasó de esta errónea manera del francés al español. Cf. Jesús Sol Gil, «Los paraísos...» *cit.*, 653.

¹⁶ Como dan cuenta de ello los conocidos casos de los *Panamá Papers*, los *Bahamas Papers* y, más recientemente, los *Paradise Papers*. Sobre los *Bahamas Papers*, al momento se conoce de una «filtración de documentos» de aproximadamente 175.000 compañías registradas en la —popularmente conocida como— Suiza de Occidente, escándalo en el cual, una vez más, se ven involucradas personas de perfil público. Cf. William Byrnes, «The Bahamas Papers? Leaked documents of 175,000 Bahamian companies registered between 1990 and 2016» (*International Financial Law Prof Blog*: 26 de octubre de 2016) acceso el 26 de febrero de 2018, <http://lawprofessors.typepad.com/intfinlaw/2016/10/the-bahamas-papers-leaked-documents-of-175000-bahamian-companies-registered-between-1990-and-2016.html>. Por su parte, los llamados *Paradise Papers* publicados por el *International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ), muestran cómo, nuevamente, figuras públicas se encuentran involucradas en esquemas supuestamente diseñados para obtener ventajas fiscales. Cf. Clara Young, «Paradise lost: The imminent fall of tax havens» (*OECD Observer*, No. 311 Q3: 2017) acceso el 26 de febrero de 2018, <http://m.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/5920/?sthash.Gcy2kwPA.mjjo>. Al respecto, debe tenerse presente, como lo afirma con contundencia Juan Pablo Godoy, que «crear estructuras *off shore* no es *per se* reprochable». Juan Pablo Godoy, «Entrevista» (Bogotá: *Diario La República*, 19 de abril de 2016) acceso el 26 de febrero de 2018, http://www.larepublica.co/%E2%80%9Ccrear-estructuras-offshore-no-es-se-reprochable%E2%80%9D-dijo-juan-pablo-godoy_3700411. Sobre los *Panamá Papers* y, específicamente,

éstas suelen ubicarse, tales como: (i) tarifas o alícuotas especiales, reducidas o nulas, (ii) secreto comercial y bancario, (iii) estabilidad política y económica, (iv) ausencia de controles de cambio, (v) infraestructuras desarrolladas, y (iv) autopromoción¹⁷.

Por su parte, la LISLR venezolana no define en el Capítulo II del Título VII sobre el «Régimen de Transparencia Fiscal Internacional», qué debe entenderse por *paraísos fiscales* o, como los denomina la ley, *jurisdicciones de baja imposición fiscal*. Allende tal circunstancia, en el Título X «De las Disposiciones Transitorias y Finales», el artículo 192 de la LISLR establece lo siguiente:

Artículo 192. Para efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se consideran jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas que sean calificadas como tales por la Administración Tributaria, mediante Providencia Administrativa.

Siguiendo lo establecido por esta norma y a propósito de la introducción de este régimen en la LISLR en su reforma de 1999¹⁸, la Administración Tributaria nacional ha dictado varias providencias (hoy derogadas)¹⁹, encontrándose vigente la «Providencia Administrativa por medio de la cual se califican jurisdicciones de baja imposición fiscal a los efectos del Impuesto Sobre la Renta», N° SNAT/2004/232²⁰, en la cual se mantiene el régimen —mixto y alternativo— de calificación de paraísos fiscales, con fundamento en los criterios siguientes: (i) sistema de *regímenes fiscales preferentes*²¹ o el *effective-tax-rate*

sobre los hallazgos del grupo de periodistas venezolanos que integraron el equipo de los países que participaron en la investigación de ese sonado caso, *vid.* AA.VV, *Panama Papers (El caso Venezuela)*, (Caracas: La Hoja del Norte, 2016). En esta misma línea, también debe tenerse en cuenta la primera y reciente «lista negra» publicada por la Unión Europea, en la que se incluyeron 17 países por no cumplir las normas que fueron acordadas sobre *buena gobernanza fiscal*. Cf. Editorial, «Fiscalidad Justa: la UE publica una lista de jurisdicciones que no colaboran a efectos fiscales» (España: *Fiscal-Impuestos*, 2017), acceso el 26 de febrero de 2018, <http://www.fiscal-impuestos.com/fiscalidad-justa-ue-publica-lista-jurisdicciones-no-colaboran-efectos-fiscales.html>.

¹⁷ Cf. Emilio J. Roche, *op. cit.*, 667-669.

¹⁸ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.390 Extraordinario, 22 de octubre de 1999.

¹⁹ Publicadas en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.168, 28 de marzo de 2001 y en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.610, 15 de enero de 2003.

²⁰ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.924, 26 de abril de 2004.

²¹ Artículo 1 de la Providencia: «Se califican como jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas donde la tributación que grave a la totalidad de la renta, la totalidad de patrimonio, o cualquier parte de los mismos, sea nula o hasta una alícuota igual o inferior al 20%, por ese concepto.// Para tales efectos será considerada la legislación del referido país o territorio aplicable a las personas naturales o a las personas jurídicas, según la

*approach*²² (tributación máxima del 20% de la renta o patrimonio), (ii) inclusión expresa en la *lista negra (blacklisted countries)*²³ o el *designated-jurisdiction approach*²⁴, y (iii) *ausencia* de un tratado para evitar la doble tributación que contenga una cláusula de intercambio de información²⁵.

Se observa, entonces, que hay dos formas en que se pueda calificar —a efectos venezolanos— como una jurisdicción de baja imposición, a saber: (i) tributación máxima del 20% de la renta o patrimonio²⁶, o (ii) estar expresamente incluido en la denominada lista negra. Y la relación de estas dos modalidades de calificación como jurisdicción de baja imposición con el tercer criterio comentado, consiste en que en ambos supuestos se exige, además, que (iii) no se haya celebrado un tratado para evitar la doble tributación con cláusula de intercambio de información con esa jurisdicción o, como podrá pensarse atendiendo la finalidad perseguida en el régimen de TFI, un acuerdo autónomo de intercambio de información²⁷.

naturaleza de la entidad creada o constituida de acuerdo al derecho extranjero ubicada en dicha dirección, con o mediante la cual haya sido realizada la operación».

²² Cf. Chris Finnerty, Paulus Merks, Mario Petriccione y Raffaele Russo, *Fundamentals of international tax planning* (Amsterdam: IBFD, 2007) 358.

²³ Artículo 2 de la Providencia, más adelante referido.

²⁴ Cf. Chris Finnerty, Paulus Merks, Mario Petriccione y Raffaele Russo, *op. cit.*, 358.

²⁵ Artículo 3 de la Providencia: «Los países o territorios con los cuales la República Bolivariana de Venezuela celebre convenio para evitar la doble tributación internacional que contenga cláusula de intercambio de información y se encuentren vigente según las normas jurídicas internas de Venezuela, no serán consideradas como jurisdicciones de baja imposición fiscal a los fines de la aplicación de la Ley de Impuesto Sobre la Renta. Lo anterior será aplicable aun en los casos en que dichos países o territorios encuadren en los supuestos previstos en los artículos 1 y 2 de esta Providencia».

²⁶ Para algunos ejemplos prácticos sobre el criterio de *régimen fiscal preferente* venezolano (alícuota igual o inferior al 20%), *vid.* Emilio J. Roche, *op. cit.*, 677-679; y Valmy J. Díaz Ibarra, *op. cit.*, 359-362.

²⁷ Éste ha sido, precisamente, el criterio que se ha consolidado en la actualidad a partir de las tendencias más recientes de la fiscalidad internacional y la reconducción del concepto de «paraíso fiscal» hacia el de *jurisdicción no cooperativa*, esto es, poniéndose el acento en el *intercambio de información* (y no en las alícuotas específicas o el *effective-tax-rate approach*), por el cual, indistintamente de ubicarse debajo del tope indicado la jurisdicción en cuestión o, incluso, estando formalmente incluida en la lista negra, si con ese Estado o territorio se tiene un tratado para evitar la doble tributación con cláusula de intercambio de información o un acuerdo autónomo de intercambio de información, no cabría tal calificación atendiendo a la *finalidad* perseguida en esta materia. Después de todo, lo prioritario es poder contar con la información fiscalmente relevante en tanto *condición necesaria* para la efectividad del sistema de renta mundial. Cf. Serviliano Abache Carvajal, «De “paraísos fiscales” a “jurisdicciones no cooperativas”», en *Ámbito Jurídico*, Año XVIII - N° 207, abril-junio (Caracas: Legislación Económica, 2017) 13. Como bien lo explica García

Lo que se quiere precisar es que si bien se presenta como *condición necesaria* que tenga lugar alguno de los dos supuestos indicados, los mismos requieren que —además— no se tenga un tratado para evitar la doble tributación con cláusula de intercambio de información o un acuerdo autónomo de intercambio de información con la jurisdicción de que se trate.

También es importante destacar, que el último criterio indicado conforme con el cual no se considerarán paraísos fiscales aquellas jurisdicciones con las que Venezuela tenga tratados para evitar la doble tributación con cláusula de intercambio de información o, como lo hemos referido, acuerdos autónomos de intercambio, aplica incluso para los casos en que dichos países o territorios encuadren en los criterios (i) y (ii) señalados, esto es, califiquen como un régimen fiscal preferente o estén expresamente incluidos en la lista negra²⁸, razón por la cual el tercer criterio señalado es caracterizable como una *cláusula de escape* a la activación del régimen de TFI, siempre y cuando se cumpla —efectivamente— con el intercambio de información indicado²⁹.

2.1. Países en la lista negra (*black listed countries*) a los fines del régimen de TFI venezolano

De conformidad con el artículo 2 de la indicada Providencia N° SNAT/2004/232, constituyen jurisdicciones de baja imposición por inclusión expresa en la *lista negra* (*blacklisted countries*), las siguientes: Anguila, Antigua y Barbuda, Archipiélago de Svalbard, Aruba, Ascensión, Belice, Bermudas, Brunei, Campione D'Italia,

Novoa: «la OCDE, paulatinamente ha ido prescindiendo de la categoría *paraíso fiscal*, a favor del *jurisdicción no cooperante* (*uncooperative tax havens*), al tiempo que insta a retirar el calificativo de paraíso fiscal a los Estados que decidan cooperar mediante la adopción de *commitments* o acuerdos de intercambio de información, de manera que dejarán de ser paraísos los países o territorios que se comprometan al intercambio de información» (cursivas del autor). César García Novoa, *El Derecho tributario actual... cit.*, 192.

²⁸ En igual sentido, *vid.* Valmy J. Díaz Ibarra, *op. cit.*, 359.

²⁹ En efecto, el artículo 4 de la Providencia establece, a efectos de imprimirle *materialidad* al intercambio de información, lo siguiente: «No obstante lo previsto en el artículo anterior, aquellos países o territorios que no proporcionen la información que le sea solicitada con base en la cláusula de intercambio de información del respectivo convenio, serán considerados jurisdicciones de baja imposición fiscal a los fines de la aplicación de la Ley de Impuesto Sobre la Renta».

Serviliano Abache Carvajal

Commonwealth de Dominica, Commonwealth de las Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Estado de Bahrain, Estado de Qatar, Estado Independiente de Samoa Occidental, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Granada, Groenlandia, Guam, Hong Kong, Islas Caimán, Islas de Christmas, Isla Norfolk, Isla de San Pedro y Miguelón, Isla del Hombre, Isla Qeshm, Isla Cook, Isla de Cocos o Kelling, Islas del Canal (Islas de Guernesey, Jersey, Aldemey, Great Sart, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou y Lihou), Islas Malvinas, Islas Pacífico, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Kiribati, Labuán, Macao, Malta, Montserrat, Niue, Palau, Pitcairn, Polinesia Francesa, Principado de Andorra, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reinado de Suazilandia, Reino Hachemita de Jordania, República Dominicana, República Gabonesa, República Libanesa, República de Albania, República de Angola, República de Cabo Verde, República de Chipre, República de Djibouti, República de Guayana, República de Honduras, República de las Islas Marshall, República de Liberia, República de Mauricio, República de Nauru, República de Panamá, República de Seychelles, República de Túnez, República de Vanuatu, República de Yemen, República Oriental de Uruguay, República Socialista Democrática de Sri Lanka, Samoa Americana, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Serenísima República de San Marino, Sultanato de Omán, Tokelau, Tristán de Cunha, Tuvalu, Zona Especial Canaria y Zona Libre Ostrava.

3. CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TFI VENEZOLANO

El artículo 98 de la LISLR establece que los contribuyentes venezolanos que posean *inversiones* efectuadas de manera directa, indirecta o a través de interpuesta persona, en sucursales, personas jurídicas, bienes muebles o inmuebles, acciones, cuentas bancarias o de inversión³⁰, y cualquier forma de participación en entes con o sin personalidad jurídica, fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión, así como en cualquier otra

³⁰ Artículo 101 de la LISLR: «Se consideran que son inversiones del contribuyente, las cuentas abiertas en instituciones financieras ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal que sean propiedad o beneficien a su cónyuge o la persona con la que viva en concubinato, sus ascendientes o descendientes en línea recta, su apoderado, o cuando estos últimos aparezcan como apoderados o autorizados para firmar u ordenar transferencias».

figura jurídica similar, creada o constituida de acuerdo con el Derecho extranjero, ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal (paraísos fiscales), en principio estarán sujetos a la aplicación de este régimen.

A estos fines, es *condición necesaria* que el contribuyente: (i) pueda *decidir* el momento de reparto o distribución de las utilidades o dividendos provenientes de las jurisdicciones de baja imposición fiscal, o que (ii) tenga el *control* de la administración de la inversión, ya sea en forma directa, indirecta o a través de interpuesta persona, cuestión que, salvo prueba en contrario, se presume³¹.

Al respecto, resaltan dos aspectos que, como lucirá evidente, redundan en una mayor severidad del régimen venezolano de TFI: (i) las reglas venezolanas no se limitan al *control accionario* que tenga el contribuyente sobre una compañía, sino que también abarca cualquier otra figura jurídica parecida, creada o constituida en el exterior (en una jurisdicción de baja imposición), así como cualquier modalidad de inversión, y (ii) las reglas de TFI venezolanas tampoco vinculan la participación societaria con un *porcentaje accionario específico* (mínimo) a partir del cual se active esta normativa³², a diferencia de la regulación de las reglas CFC en otras legislaciones³³.

Por su parte, el artículo 100 de la ley establece los supuestos en los cuales se entiende que una inversión está *ubicada* en un paraíso fiscal o jurisdicción de baja

³¹ En general, sobre las presunciones aplicables en el régimen de TFI venezolano, puede verse: Alberto Rosales Romero, «El uso de las presunciones en el sistema venezolano de transparencia fiscal internacional como herramienta para evitar la evasión fiscal», *Revista de Derecho Tributario*, N° 113, (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2007) 47-79; y Mary Clory Zambrano Dugarte, «Régimen de presunción de inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal», en Coord. Juan Esteban Korody Tagliaferro, *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2013) 477-506.

³² Cf. Juan Carlos Castillo Carvajal, «Temas especiales de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Relatoría tema II)», Coord. Juan Esteban Korody Tagliaferro, *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II (Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2013) 59-60.

³³ A guisa de ejemplo se encuentra el régimen de TFI de los Estados Unidos de América, el cual, en su reforma de 1962, estableció en el artículo 954 del *Internal Revenue Code* (IRC) que se entiende por *controlled foreign corporations* aquellas compañías en que los contribuyentes o las sociedades americanas posean una cifra superior al cincuenta por cien (50%) de las participaciones (acciones) sociales. Cf. Ottmar Buhler, *Principios de Derecho internacional tributario* (Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968) 154-155.

imposición, cuando: (i) las cuentas o inversiones de cualquier clase se encuentren en instituciones situadas en dicha jurisdicción, (ii) se cuente con un domicilio o apartado postal en esa jurisdicción, (iii) la persona tenga su sede de dirección o administración efectiva o principal o cuente con un establecimiento permanente en dicha jurisdicción, (iv) se constituya en dicha jurisdicción, (v) tenga presencia física en esa jurisdicción, o (vi) se celebre, regule o perfeccione cualquier tipo de negocio jurídico de conformidad con la legislación de tal jurisdicción.

Sistematizando los elementos que deben estar presentes —de forma *concurrente*— para que se *active* el régimen venezolano de TFI, se observa que resulta necesario: (i) tener una inversión; (ii) que genere rentas pasivas; (iii) ubicada en una jurisdicción de baja imposición; (iv) controlada; (v) por un contribuyente domiciliado en Venezuela o no domiciliado pero con establecimiento permanente en el país³⁴.

4. SUPUESTOS DE NO APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TFI VENEZOLANO: EL PRINCIPIO DE ACTIVIDAD ECONÓMICA SUSTANCIAL Y LA REALIZACIÓN DE INVERSIONES POR LA NACIÓN, LOS ESTADOS O LOS MUNICIPIOS

Las reglas de transparencia fiscal no se aplican, como lo indica el artículo 99 de la LISLR, si el cincuenta por cien (50%) de los activos que generan ingresos en el ente ubicado en una jurisdicción de baja imposición fiscal son *activos fijos en producción* y, además, si menos del veinte por cien (20%) de los ingresos que obtiene la entidad proviene de *rentas pasivas* (e. g.: dividendos, intereses, etcétera). En definitiva, siempre que la entidad lleve a cabo una actividad productiva (comercial o industrial), esto es, una *actividad económica sustancial* en la jurisdicción extranjera, no se aplicarán las reglas venezolanas de transparencia fiscal internacional³⁵.

³⁴ En términos similares lo explica Sanz Gadea en relación al régimen español de TFI. Cf. Eduardo Sanz Gadea, *op. cit.*, 12.

³⁵ Cf. Emilio J. Roche, *op. cit.*, 674-675.

Igualmente, este régimen no aplica en el supuesto de que las inversiones sean realizadas por la Nación, los Estados o los Municipios, directamente o a través de sus entes descentralizados o desconcentrados (v. g. Petróleos de Venezuela, S. A. [PDVSA] y sus filiales), *ex* parágrafo segundo del artículo 98 de la LISLR, lo cual ha sido criticado por constituir un trato discriminatorio, pudiendo —inclusive— llevar a la aplicación de la *cláusula de la nación más favorecida*³⁶.

5. DETERMINACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO NETO O PÉRDIDA FISCAL DE LAS INVERSIONES EN EL RÉGIMEN VENEZOLANO DE TFI

Como ya se precisó, el régimen venezolano de TFI consiste en entender que las entidades ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de baja imposición son transparentes, razón por la cual, el inversionista domiciliado en Venezuela o no domiciliado pero con establecimiento permanente en el país, además de *reportar las cantidades percibidas* de una inversión (que se presumen ingresos brutos o dividendos, salvo prueba en contrario, *ex* artículo 103 de la LISLR) atribuibles a la entidad, tiene el derecho de *imputar los costos y deducir los gastos* incurridos proporcionalmente a su participación directa o indirecta en dicha inversión —para lo cual se deberá llevar una contabilidad separada—, a fines de determinar el enriquecimiento neto o pérdida fiscal de la misma, a tenor del artículo 104 de la ley (independientemente de que la sociedad y sus socios tengan, como en efecto tienen, personalidades jurídicas distintas³⁷), aun en el caso de no haberse decretado y repartido dividendos³⁸ (efecto anti-diferimiento por transparencia), de conformidad con el artículo 103 *eiusdem*, cuyo resultado será gravado en el ejercicio en el que se cause, salvo que haya tributado con anterioridad en la jurisdicción extranjera³⁹.

³⁶ Cf. Leonardo Palacios Márquez, *op. cit.*, 213.

³⁷ Cf. Ramón Falcón y Tella y Elvira Pulido Guerra, *Derecho fiscal internacional* (Madrid: Marcial Pons, 2010) 243.

³⁸ Cf. Emilio J. Roche, *op. cit.*, 673.

³⁹ Al respecto, debe también tenerse en cuenta que el artículo 106 de la LISLR establece un *método de acreditación* del impuesto pagado por la inversión en la jurisdicción de bajo imposición fiscal, cuyo monto «se determinará en base a la relación porcentual que el impuesto pagado en aquellas jurisdicciones represente

Serviliano Abache Carvajal

Lo anterior deja ver, en los términos ya sugeridos, que los objetivos del régimen de TFI venezolano en efecto son: (i) mejorar la aplicación del sistema de renta mundial, dado que se gravan los enriquecimientos obtenidos por la entidad extranjera que no hayan tributado en el exterior o que lo hayan hecho con alícuotas inferiores al treinta y cuatro por cien (34%) de la ley venezolana; y (ii) evitar el diferimiento del pago de impuesto sobre la renta en Venezuela, desincentivando, por vía de consecuencia, la postergación del decreto y pago de dividendos del ente extranjero al contribuyente venezolano⁴⁰.

6. DEBERES FORMALES (CON TRASCENDENCIA MATERIAL) DEL RÉGIMEN DE TFI VENEZOLANO: LA DECLARACIÓN INFORMATIVA SOBRE LAS INVERSIONES EN JURISDICCIONES DE BAJA IMPOSICIÓN FISCAL Y SU NECESIDAD PARA LA IMPUTACIÓN DE COSTOS Y LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS, A FINES DE DETERMINAR EL ENRIQUECIMIENTO NETO O PÉRDIDA FISCAL

Para poder determinar el enriquecimiento neto o pérdida fiscal de la entidad transparente (imputación de costos y deducibilidad de gastos a los ingresos reportados), el contribuyente *debe* presentar junto con su declaración definitiva de rentas una *declaración informativa* sobre las inversiones que haya realizado o mantenido durante el ejercicio fiscal en jurisdicciones de baja imposición o paraísos fiscales, acompañando los estados de cuenta por depósitos, inversiones, ahorros o cualquier documento que respalde la inversión, *ex* artículo 105 de la LISLR, razón por la cual este deber trasciende lo estrictamente *formal*, influyendo (realmente, *condicionando*) significativamente en la determinación *material* de la obligación tributaria y, así, en la capacidad contributiva del contribuyente.

7. RECAPITULANDO EL RÉGIMEN DE TFI VENEZOLANO: SU VOCACIÓN BEPS

en consideración al impuesto que deba pagarse por concepto de enriquecimiento neto global en Venezuela, estableciendo el máximo de impuesto acreditable». Jesús Sol Gil, *op. cit.*, 672.

⁴⁰ Cf. Emilio J. Roche, *op. cit.*, 673.

Como puede apreciarse del análisis anterior, las reglas venezolanas de TFI están dirigidas a evitar los perjuicios o efectos negativos sobre la base imponible (*erosión de la base*) de los contribuyentes domiciliados en Venezuela o no domiciliados pero con establecimiento permanente en el país, mediante el desvío de inversiones (*transferencia de beneficios*) a paraísos fiscales o jurisdicciones de baja imposición, así como a evitar el diferimiento del pago del impuesto sobre la renta (*tax deferral*)⁴¹, razón por la cual, se observa que dichas reglas están en sintonía con las medidas del *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (plan BEPS)⁴², dictadas en 2013 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁴³, específicamente con las acciones 2, 3 y 5 del plan⁴⁴ —aun cuando las preceden— y, específicamente, en lo que a la acción 5 se refiere (sobre el combate de las prácticas tributarias perniciosas), el principio de *actividad económica sustancial*, el cual es reseñado como parámetro para determinar la aplicación o no de *cualquier régimen preferencial*, está en sintonía con el artículo 99 de la LISLR, mediante el cual, como fue anteriormente expuesto, se excluye la aplicación de este

⁴¹ Cf. Juan Carlos Castillo Carvajal, *op. cit.*, 58.

⁴² OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, acceso el 2 de marzo de 2018, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. Como es sabido, este plan propone 15 acciones para paliar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios —así como establece los plazos de ejecución de estas acciones, y señala los recursos y la metodología de ejecución de las mismas—, cuales son: *Acción 1*. Abordar los retos de la economía digital para la imposición; *Acción 2*. Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos; *Acción 3*. Refuerzo de la normativa sobre CFC; *Acción 4*. Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros; *Acción 5*. Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia; *Acción 6*. Impedir la utilización abusiva de convenio; *Acción 7*. Impedir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente (EP); *Acciones 8, 9, 10*. Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor (*Acción 8* – Intangibles; *Acción 9* – Riesgos y Capital; *Acción 10* – Otras transacciones de alto riesgo); *Acción 11*. Establecer metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y sobre las acciones para enfrentarse a ella; *Acción 12*. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva; *Acción 13*. Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia; *Acción 14*. Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias; y *Acción 15*. Desarrollar un instrumento multilateral.

⁴³ De la cual Venezuela no forma parte. Los países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía.

⁴⁴ En general, sobre las quince acciones del plan BEPS, resulta de consulta obligada la obra de: César García Novoa, *Hacia un Derecho tributario global* (La Paz: Vergara & Asociados - Plural Editores, 2016) 81-131.

Serviliano Abache Carvajal

régimen siempre que la entidad lleve a cabo una actividad productiva (*actividad comercial o industrial sustancial*) en la jurisdicción de baja imposición.

En definitiva, el régimen venezolano de TFI o de reglas CFC no es más que una respuesta normativa a las *prácticas tributarias perniciosas* o *tributación nociva* que —precisamente— son abordadas por el plan BEPS, debiéndose tener en cuenta que las cuestionables políticas y regulaciones fiscales y de otras índoles vigentes en Venezuela han alejado la inversión extranjera de grupos empresariales multinacionales⁴⁵, por lo que la eventual influencia del mismo en el ordenamiento venezolano no luce sencilla⁴⁶, máxime si se repara en la concepción de las acciones del plan BEPS como una adopción de medidas «contra las empresas transnacionales»⁴⁷

⁴⁵ Con mayor razón si se tiene en cuenta que el «modelo de desarrollo» del régimen venezolano se base en que el Estado sea el principal poseedor de los medios de producción. Al respecto, *vid.* Facundo F. Barrio, «El chavismo ahuyenta las inversiones extranjeras directas en Venezuela» (España: *ABC internacional*, 2015) acceso el 2 de marzo de 2018, <http://www.abc.es/internacional/20150614/abci-maduro-inversiones-extranjeras-venezuela-201506132000.html>.

⁴⁶ Cf. Serviliano Abache Carvajal, «Venezuela y las medidas BEPS» (Relatoría Nacional - Venezuela), *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* (México, D. F.: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario - Academia Mexicana de Derecho Fiscal, 2015) 357.

⁴⁷ Leonardo Palacios Márquez, «La lucha contra la erosión de las bases de imposición y la transferencia de beneficios (BEPS)», *Ámbito Jurídico*, Año XV - N° 193, noviembre (Caracas: Legislación Económica, C. A., 2014) 9.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Panama Papers (El caso Venezuela)* - La Hoja del Norte. Caracas: 2016.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano. «De “paraísos fiscales” a “jurisdicciones no cooperativas”». *Ámbito Jurídico*, Año XVIII - N° 207, abril-junio. Caracas: Legislación Económica, 2017.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano. «Venezuela y las medidas BEPS» (Relatoría Nacional - Venezuela). *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, México, D. F.: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario - Academia Mexicana de Derecho Fiscal, 2015.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano. «In Pursuit of a Modern Tax System to Accommodate Foreign Investment. Case Study: Venezuela». En Brown, Karen B. (Ed.), *Taxation and Development. A Comparative Study. Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law*, vol. 21, Suiza: International Academy of Comparative Law - Springer International Publishing, 2017.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano. «Elusión fiscal y figuras afines. Reflexiones para su conceptualización, sistematización y aplicación pragmática». *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo I. Caracas: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008.
- BARRIO, FACUNDO F. «El chavismo ahuyenta las inversiones extranjeras directas en Venezuela». España: *ABC internacional*, edición de 14 de junio de 2015.
- BAZÓ PISANI, Andrés. «Transparencia fiscal internacional». Coords. Sol Gil, Jesús; Palacios Márquez, Leonardo; Dupouy Mendoza, Elvira; y Fermín, Juan Carlos. *Manual Venezolano de Derecho Tributario*. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2013.

Serviliano Abache Carvajal

BYRNES, William. «The Bahamas Papers? Leaked documents of 175,000 Bahamian companies registered between 1990 and 2016». *International Financial Law Prof Blog*, edición de 26 de octubre de 2016.

BUHLER, Ottmar. *Principios de Derecho internacional tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.

CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos. «Temas especiales de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Relatoría tema II)». Coord. Korody Tagliaferro, Juan Esteban, *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2013.

DÍAZ IBARRA, Valmy J. «Las reglas de transparencia fiscal internacional en Venezuela. Consecuencias de la vinculación de contribuyentes venezolanos con sociedades en “paraísos fiscales”». Coord. Dupouy M., Elvira y de Valera, Irene, *Temas de actualidad tributaria. Homenaje a Jaime Parra Pérez*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2009.

Editorial, «Fiscalidad Justa: la UE publica una lista de jurisdicciones que no colaboran a efectos fiscales». *Fiscal-Impuestos*, edición de diciembre de 2017.

FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira. *Derecho fiscal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERMÍN FERNÁNDEZ, Juan Carlos. «Reflexiones sobre la idea de justicia en el sistema de tributación internacional, desde la perspectiva de los tratados para evitar la doble imposición y las inversiones en jurisdicciones de baja imposición». Coord. García Pacheco, Ingrid, *Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2016.

FINNERTY, Chris, Merks, Paulus, Petriccione, Mario y Russo, Raffaele. *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam: IBFD, 2007.

Serviliano Abache Carvajal

GARCÍA NOVOA, César, *Hacia un Derecho tributario global*. La Paz: Vergara & Asociados - Plural Editores, 2016.

GARCÍA NOVOA, César. *El Derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*. Serie Monografías Tributarias. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015.

GARCÍA NOVOA, César. «Un nuevo paradigma de la lucha contra la elusión fiscal internacional. Paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperativas e intercambio de información». *Revista de Derecho Tributario*, N° 143, Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2014.

GARCÍA NOVOA, César. «Elusión fiscal y los medios para evitarla» (Relatoría General), *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo I. Caracas: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario - Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008.

GODOY, Juan Pablo. «Entrevista». Bogotá: *Diario La República*, edición de 19 de abril de 2016.

OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, 2013.

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo. «La lucha contra la erosión de las bases de imposición y la transferencia de beneficios (BEPS)». *Ámbito Jurídico*, Año XV - N° 193, noviembre. Caracas: Legislación Económica, C. A., 2014.

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo. «La política de Administración Tributaria en la globalización». *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I., Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2014.

ROCHE, Emilio J. «Transparencia fiscal internacional», Coord. Sol Gil, Jesús, *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual*. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2003.

Serviliano Abache Carvajal

ROSALES ROMERO, Alberto. «El uso de las presunciones en el sistema venezolano de transparencia fiscal internacional como herramienta para evitar la evasión fiscal». *Revista de Derecho Tributario*, N° 113. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2007.

SANZ GADEA, Eduardo. *Transparencia fiscal internacional*. Madrid: Ediciones Estudios Financieros, 1996.

SOL GIL, Jesús. «Los paraísos fiscales». Directora Académica Cruz de Quiñones, Lucy, *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un maestro. Liber Amicorum en homenaje a don Eusebio González García*, tomo I. Bogotá: Universidad del Rosario - Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2010.

TERRA, Ben J. M., y Wattel, Peter J. *European tax law*, Kluwer Law International. Países Bajos: Alphen aan den Rijn, 2008.

YOUNG, Clara. «Paradise lost: The imminent fall of tax havens». *OECD Observer*. No. 311 Q3, edición de noviembre de 2017.

ZAMBRANO DUGARTE, Mary Clory. «Régimen de presunción de inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal». Coord. Korody Tagliaferro, Juan Esteban (Coord.), *70 años del Impuesto sobre la Renta. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2013.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 5965-2019 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, SOBRE EL FUERO PROCESAL DE LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA (MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN)

Rafael Enrique Tobía Díaz

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB-Venezuela) (2003). Profesor de Derecho y candidato a Doctor de la Universidad Diego Portales (UDP). Profesor de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y de la Universidad Metropolitana (UNIMET). Financiamiento institucional: ANID (antes CONICYT). Beca CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional/2019 –Folio 21190786

Resumen

El presente trabajo analiza y comenta la sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile, dictada en el Rol N° 5965-2019, emanada en fecha 04 de abril de 2019. La referida decisión fue dictada con motivo del ejercicio del control preventivo y obligatorio de la constitucionalidad de los artículos 9 y 10 del proyecto de Ley adoptado por el Congreso Nacional (Boletín N° 11.245-17) que designó al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura. La sentencia declaró la inconstitucionalidad del artículo 10, que había consagrado un *fuero procesal* para asegurar la independencia funcional de los miembros que integran el Comité de Prevención de la Tortura, adscrito al INDH, con el objeto de evitar que el ejercicio de sus funciones pueda ser afectado u obstaculizado por acciones judiciales infundadas o temerosas. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el establecimiento del referido *fuero procesal*, justificando ello –principalmente– en la infracción del principio constitucional de igualdad ante la ley. El análisis y comentarios que se realizan permiten evidenciar y concluir que la declaratoria de inconstitucionalidad pronunciada respecto del *fuero procesal* de los miembros del Comité de Prevención de la Tortura, es cuestionable a la luz de la propia Constitución Política, afecta disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y su Protocolo Facultativo que han sido ratificados por Chile, y se aparta de la jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional ha adoptado en casos anteriores.

Palabras clave: fuero procesal, mecanismo nacional de prevención de la tortura, principio de deferencia al legislador.

ANALYSIS OF JUDGMENT N ° 5965-2019 OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF CHILE, ON THE PROCEDURAL JURISDICTION OF THE MEMBERS OF THE COMMITTEE FOR THE PREVENTION AGAINST TORTURE (NATIONAL PREVENTION MECHANISM)

Abstract

This work analyzes and comments on the decision of the Constitutional Tribunal of the Republic of Chile rendered in Rol N° 5965-2019 issued on April 4, 2019. The ruling in question was made on the occasion of the exercise of the preventive and mandatory control over the constitutionality of Articles 9 and 10 of the Bill passed by the National Congress (Bulletin No. 11.245-17) whereby the National Institute of Human Rights (INDH) was designated as the National Mechanism for Prevention against Torture. The ruling declared the unconstitutionality of Article 10, which had established a *procedural jurisdiction* to ensure the functional independence of the members of the Torture Prevention Committee, attached to the INDH, so as to avoid that the exercise of their duties could be affected or hindered by legal actions lacking ground or based on fear. The Constitutional Tribunal declared unconstitutional the establishment of said *procedural jurisdiction*, alleging –mainly– violation of the constitutional principle of equality before the law. The provided analysis and comments allow to demonstrate and conclude that the declaration of unconstitutionality in respect of the *procedural jurisdiction* of the members of the Torture Prevention Committee is questionable in light of the Political Constitution itself, affects provisions from the United Nations Convention on the Prevention of Torture and its Optional Protocol that have been ratified by Chile, and unjustifiably detaches itself from past legal decisions adopted by the very same Constitutional Tribunal in previous cases

Keywords: Procedural jurisdiction, national mechanism for the prevention of torture, principle of deference to the lawmaker

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza y se comenta la sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Chile, dictada en fecha 04 de abril de 2019, en el Rol N° 5965-2019,¹ por la cual, realizó el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad² de las disposiciones contenidas en los artículos 9 y 10 del proyecto de Ley que designó al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contenido en el Boletín N° 11.245-17.

Con ese propósito, en primer lugar, se han efectuado consideraciones para ofrecer el contexto en el cual se dictó la sentencia que es objeto de análisis. Luego, se precisa el asunto que fue sometido a la consideración del Tribunal Constitucional. Por último, se examinan y comentan los considerandos y decisión que adoptó el Tribunal Constitucional con relación a la inconstitucionalidad del artículo 10 del aludido proyecto de Ley, a través del cual, se había previsto un fuero procesal para asegurar la independencia funcional y cabal desempeño de los miembros del Comité de Prevención de la Tortura, adscrito al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), designado por el Estado chileno como el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, todo ello de conformidad con el Protocolo Facultativo de la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA SENTENCIA

1.1) Punto previo: el contexto jurídico de la sentencia.

De manera preliminar, debemos destacar que la Constitución Política de la República de Chile garantiza a todas las personas humanas, independientemente de su condición o circunstancias particulares, su derecho a la integridad física y síquica, proscribiendo

¹ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en el siguiente vínculo:

http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=4393

² Se trata de una función que se le atribuye al Tribunal Constitucional de Chile, prevista en el numeral 1 del artículo 93 de la Constitución Política vigente.

Rafael Enrique Tobía Díaz

cualquier aplicación de apremios ilegítimos, como aquellos que constituyen actos de tortura. En efecto, en su artículo 19, numeral 1, establece lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La Ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.³

Por su parte, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la República de Chile ha adoptado y se encuentra plenamente vigente en su territorio, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante la CCT), en cuyo artículo 2, numeral 1, se estableció que: “Todo Estado Parte tomará las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.⁴ Como se aprecia, la referida disposición conjuntamente con otras de la misma Convención,⁵ permiten advertir la importancia que ese instrumento internacional le atribuye a la acción preventiva que los Estados deben desarrollar, en el ejercicio de sus diversas funciones públicas, para evitar o impedir los actos, hechos u omisiones que puedan constituir delito de tortura.

Del mismo modo, la República de Chile también forma parte del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante el PFCCT),⁶ donde con ese mismo propósito de prevención, se consagran dos mecanismos de naturaleza preventiva:

(i) un Subcomité para la Prevención de la Tortura, que tiene carácter internacional y se encuentra integrado a la estructura de la Organización de las Naciones Unidas, y

³ Constitución Política de Chile de 1980.

⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984.

⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984, artículos 3, 4, 10, 11 y 15.

⁶ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de 2002.

Rafael Enrique Tobía Díaz

(ii) un Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura, que debe ser designado por cada Estado Parte, cuyas funciones se desarrollarían en la jurisdicción territorial del Estado respectivo.

Con relación al mecanismo nacional, el artículo 3 del PFCCT, ha dispuesto que:

“Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante denominado el mecanismo nacional de prevención)”.⁷

La actividad primordial de ambos mecanismos es de carácter preventivo y consiste en realizar visitas periódicas a cualquier lugar o establecimiento donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, (bajo la jurisdicción o control de un Estado determinado), para fiscalizar las condiciones de reclusión y el trato recibido, todo ello “con el fin de fortalecer, si fuere necesario, la protección de estas personas contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.⁸

Precisado lo anterior, es importante destacar que si bien el PFCCT ha estado vigente en Chile desde el 14 de febrero de 2009, transcurrieron 8 años hasta que en fecha 19 de mayo de 2017, el Ejecutivo Nacional emitió su Mensaje al Congreso (identificado con el N° 024-365) para iniciar el trámite constitucional de Ley, a efectos designar el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, de modo de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 3 del referido Protocolo Facultativo.

Igualmente, cabe destacar que, en parte y en atención de ello, unos meses antes, el 22 de noviembre de 2016,⁹ el Congreso Nacional había modificado el Código Penal para incorporar la tipificación y sanción del delito de tortura, para así también dar cumplimiento a la obligación que asumió Chile por mandato del artículo 4 de la CCT.

⁷ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de 2002, artículo 3.

⁸ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de 2002, artículo 4.

⁹ Ley N° 20.968 (22-11-2016), que tipifica el delito de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Rafael Enrique Tobía Díaz

Ahora bien, según se evidencia del Mensaje (identificado con el N° 024-365) que fue remitido por el Ejecutivo Nacional a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, el Estado Chileno decidió designar al Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH), creado por la Ley N° 20.405 del año 2009,¹⁰ como el Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura, disponiendo que el referido Instituto actuará a través de un Comité de Prevención de la Tortura, de modo tal de dar cumplimiento a lo previsto en la CCT y el PFCCT.

En virtud de lo anterior, en el referido Mensaje (proyecto de Ley) que fue enviado al Congreso Nacional, se efectuaron algunas definiciones relevantes respecto de lo que debe entenderse por tortura, trato o penal cruel, inhumano o degradante, se establecieron las funciones y atribuciones que tendría el Comité de Prevención de la Tortura, su organización, los miembros expertos que han de componerlo, los requisitos para el ejercicio de sus cargos e incompatibilidades, deberes y un fuero procesal como garantía de la independencia y continuidad de la funciones que desplegarían sus miembros, entre otros aspectos.

Con relación al mencionado proyecto de Ley, es oportuno observar que, con fundamento en la revisión de las actas que componen el trámite del proceso legislativo,¹¹ se advierte que el Congreso Nacional (que es bicameral) adoptó el proyecto de Ley con un importante consenso democrático. Así se desprende de las actas de los debates parlamentarios y de las votaciones que, incluso, superaron (en todos los casos con motivo de la tramitación constitucional) el quórum calificado que es exigido para la adopción de leyes orgánicas, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política.

Por otra parte, se puede inferir que el Presidente de la República también manifestó su conformidad con el proyecto de Ley adoptado, al comunicar a la Cámara de Diputados,

¹⁰ Ley N° 20.405 (10-12-2009), del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

¹¹ El historial y actas del respectivo proceso legislativo, puede ser consultado en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, a través del vínculo: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7658/>

Rafael Enrique Tobía Díaz

mediante Oficio N° 367-366, de fecha 09 de enero de 2019, su voluntad de no ejercer la facultad de veto que le confiere el inciso primero del artículo 73 de la Constitución Política.

Por último, la Cámara de Diputados envió el proyecto de Ley al Tribunal Constitucional, a los fines de que ejerciera el control preventivo y obligatorio por considerar que las disposiciones contenidas en los artículos 9 y 10 del proyecto de Ley, inciden (o innovan) en materias propias de leyes orgánicas constitucionales. Tales disposiciones establecen regulaciones sobre:

(a) la probidad funcional, declaraciones de intereses y de patrimonio de los miembros expertos del Comité de Prevención de la Tortura que conforman el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura;

(b) un fuero procesal en favor de las funciones que desarrollan aquellos miembros expertos del Comité (como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura), esto último con fundamento en lo previsto en el artículo 35 del PFCCT, que establece: “Se reconocerá a los miembros del Subcomité para la Prevención y de los Mecanismos Nacionales de Prevención las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones”.¹²

Hasta aquí, podemos decir que todo lo expuesto constituye, en nuestra perspectiva, una demostración institucional importante del compromiso del Estado chileno de avanzar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas respecto de prevención de la tortura, con motivo de la adopción de la respectiva Convención (artículo 2, numeral 1) y de su Protocolo Facultativo (artículo 3).

Asimismo, lo anterior conforma el contexto dentro del cual se inició el procedimiento de revisión constitucional que dio lugar a la sentencia recaída en el Rol N° 5965-2019, que examinamos a continuación.

1.2) El asunto planteado ante la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

¹² Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de 2002, artículo 35.

Rafael Enrique Tobía Díaz

En fecha 15 de enero de 2019, la Cámara de Diputados del Congreso Nacional solicitó al Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad preventivo y obligatorio respecto de las disposiciones contenidas en los artículos 9 y 10 del mencionado proyecto de Ley, a las cuales, el Congreso Nacional les atribuyó carácter de leyes orgánicas constitucionales y que habían sido adoptadas como tal.

Las mencionadas disposiciones establecían respectivamente lo siguiente:

“Artículo 9.- Probidad. Los expertos estarán sujetos a las normas de probidad señaladas en el título II de la ley N° 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses y a las disposiciones del título III de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.”

“Artículo 10.- Fuero. Durante la vigencia de su mandato y en el ejercicio de sus funciones, ningún experto del Comité de Prevención contra la Tortura podrá ser acusado, sujeto a prisión preventiva o a alguna de las medidas cautelares personales de que trata el artículo 155 del Código Procesal Penal, a excepción de la mencionada en el literal d) de dicho precepto, salvo el caso de delito flagrante, si el tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa. De esta resolución podrá apelarse ante la Corte Suprema.

En caso de que algún integrante del Comité de Prevención contra la Tortura sea detenido por delito flagrante, éste será puesto inmediatamente a disposición del tribunal de alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El tribunal procederá conforme a lo dispuesto en el inciso anterior. Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, el experto imputado quedará suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.”¹³

En virtud de lo anterior, el tema objeto de decisión (*tema decidendum*) por parte del Tribunal Constitucional, quedó circunscrito a efectuar la revisión judicial de constitucionalidad de las dos mencionadas disposiciones legales de carácter orgánico, adoptadas por el Congreso Nacional.

¹³ Proyecto de Ley (Boletín N° 11.245-17), aprobado por el Congreso Nacional de la República de Chile, que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículos 9 y 10.

Rafael Enrique Tobía Díaz

Ahora bien, advertimos que nuestro análisis y comentarios se centrarán únicamente en los considerandos y decisión adoptada por el Tribunal Constitucional respecto de la compatibilidad o no con la Constitución Política del establecimiento del fuero procesal para los miembros expertos del Comité de Prevención de la Tortura, en los términos previstos por el Congreso Nacional.

1.3) La sentencia y sus fundamentos jurídicos.

En fecha 04 de abril de 2019, el Tribunal Constitucional, en una votación de 6 votos a favor y 4 votos en contra, resolvió declarar la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 10 del Proyecto de Ley que designa el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura.¹⁴ A continuación, examinaremos y comentaremos los considerandos que el Tribunal tuvo en cuenta para justificar su decisión, así como otros aspectos pertinentes que son relevantes para el análisis.

a) Excesiva amplitud del fuero legal:

En primer lugar, debemos señalar que el Tribunal Constitucional consideró que el fuero procesal (o antejuicio) consagrado por el Congreso Nacional, constituye un nuevo supuesto de fuero legal que deviene excesivamente amplio en cuanto a su alcance, por lo cual, podría abarcar cualquier delito y extenderse más allá de aquellos en los cuales podrían incurrir los miembros expertos del Comité de Prevención de la Tortura con motivo de las funciones específicas que le asigna la Convención, su Protocolo Facultativo o la ley.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional señaló en sus considerandos lo siguiente:

“DÉCIMOCTAVO: Que, como se deduce de su tenor, la disposición transcrita en el motivo precedente, consagra un fuero –de rango legal– a favor de los expertos del Comité de Prevención contra la Tortura (...)

DÉCIMONOVENO: Que, entonces, en términos sencillos, el fuero contenido en este precepto consiste en que los expertos del Comité de Prevención contra la tortura no pueden, sin más trámite –como ocurre con cualquier sujeto

¹⁴ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en el siguiente vínculo: http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=4393

Rafael Enrique Tobía Díaz

sometido a la ley procesal penal nacional—, ser acusado o sometido a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, sin que previamente se agote la tramitación que se establece en el artículo 10 del proyecto, es decir, que se lleve a efecto un antejuicio a cargo de un cualificado tribunal, en este caso, una Corte de Apelaciones.

Como lo explica la doctrina, tratándose del fuero previsto para los Diputados y Senadores, “se les tiene a salvo de toda acción judicial o medida privativa de su libertad personal con que se trate de hacer efectiva su responsabilidad criminal. Esta inmunidad paraliza la acción de la justicia y también de las autoridades de policía, hasta que la autoridad competente —en Chile la Corte de Apelaciones respectiva, en Tribunal Pleno— no haya declarado que se puede proceder en contra del parlamentario afectado, salvo el caso de delito flagrante, y si esto último ocurriere debe ser puesto de inmediato a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, con la información sumaria, correspondiente, para que previamente autorice la acusación declarando haber lugar a la formación de la causa (QUINZIO, Mario. Fuero Parlamentario o Inmunidad Penal. En: Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 128, 1964, p.85);

VIGÉSIMO: Que además, ha de repararse en el alcance amplio que el supuesto de fuero contenido en el artículo 10 tiene. Aquel abarca todo posible delito que puedan incurrir los Expertos del Comité de Prevención contra la Tortura, siendo entonces excesivamente amplio.

Por cierto, así fue considerado por un grupo de Ministros de la Excelentísima Corte Suprema, quienes al informar del proyecto de ley en examen, sostuvieron al efecto que ‘Atendido que la norma propuesta abarca todo posible delito en que pueden incurrir los personeros del Comité de Prevención contra la Tortura del Instituto Nacional de Derechos Humanos durante el desempeño de su cargo, se presenta como un rango excesivamente amplio y, probablemente, debería restringirse sólo a ilícitos cometidos con ocasión o con motivo de ese desempeño.

En definitiva, entonces, se crea un nuevo supuesto de fuero, de orden legal, que deviene en excesivamente amplio en cuanto a su alcance.”¹⁵

Precisado ello, consideramos que la mencionada razón sostenida por el Tribunal Constitucional no parecería ser una razón de peso para rechazar o considerar inconstitucional el establecimiento del fuero procesal. Ello si se atiende a la propia doctrina adoptada por ese órgano jurisdiccional sobre la interpretación restringida de los fueros procesales, así como si se atiende al alcance u operatividad de esa figura en los términos que fueron previstos por el Congreso Nacional en el aludido proyecto de Ley.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerandos 18, 19 y 20.

Rafael Enrique Tobía Díaz

En efecto, el Tribunal Constitucional no consideró la propia jurisprudencia que ha establecido sobre la interpretación restrictiva de los fueros como garantía procesal (ya sean de origen constitucional o legal), como la contenida en el Rol N° 3046-2016, de fecha 28 de diciembre de 2017, oportunidad en la cual sostuvo lo siguiente:

“DECIMOQUINTO.- Que, en segundo lugar, el fuero es un antejuicio destinado a proteger al parlamentario de acusaciones sin fundamento que perturben su mandato soberano de representación política (STC roles N°s 478/2006, 529/2006, 533/2006, 699/2006, 736/2007, 791/2007/, 806/2007, 1314/2009), y de proteger a las mayorías que existen, porque el desafuero concedido conlleva a la suspensión en el cargo del parlamentario (STC Rol N° 3067/2012)

El desafuero, por tanto, no es un mecanismo destinado a proteger al ente acusador o al querellante particular, sino a reforzar la independencia del diputado o senador en el desempeño de su cargo.

En todo caso, se trata de una institución especial y excepcional; por lo mismo de interpretación restringida.

Ahora bien, cabe agregar que no sólo el parlamentario tienen fuero en nuestro sistema, también gozan de fuero establecido por la Constitución, el intendente, el gobernador y el Presidente del Consejo Regional (artículo 124). A nivel legal, tienen fuero, por ejemplo, los Ministros del Tribunal Constitucional (artículo 24, Ley N° 17.997), los Ministros del Tribunal Calificador de Elecciones (artículo 7, Ley N° 18.460).

(...)

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en segundo lugar, el sentido del fuero consagrado en la Constitución para los parlamentarios es que busca proteger a los diputados o senadores de acciones penales infundadas o poco serias. Para eso se consagra la autorización de la Corte de Apelaciones. Por lo mismo, la carga de demostrar que hay motivos suficientes es de quien solicita el desafuero. El fuero no puede ser interpretado a favor de los titulares de la acción penal.”¹⁶

Así las cosas, si se considera que el fuero procesal establecido por el Congreso Nacional es de interpretación restrictiva como el propio Tribunal Constitucional lo ha establecido con anterioridad, se deriva entonces que el fuero se restringe a los actos o hechos vinculados directamente con el ejercicio de las funciones que la ley pretende garantizar (prevención del delito de tortura), que son los que podría dar lugar a acciones

¹⁶ Tribunal Constitucional de Chile (2017). Rol N° 3046-2016, considerandos 15 y 24.

Rafael Enrique Tobía Díaz

procesales tendentes a obstaculizar su pleno y normal desempeño, sin que pueda extenderse su aplicación a otro tipo de actos o hechos no vinculados a tales funciones.

Por otra parte y sin perjuicio de lo expuesto, se puede sostener que atendiendo a los términos en que fue establecido el fuero, resulta que su alcance está limitado y no sería excesivamente amplio como sostuvo la mayoría de Ministros del Tribunal Constitucional. En efecto, de sus términos se desprende que está limitado o circunscrito a prevenir: (i) acusaciones, (ii) medidas de privación preventiva de libertad y (iii) medidas preventivas (que identifica por remisión al Código Procesal Penal), para el evento de que tengan carácter infundado o temeroso, con lo cual, quedaría sin sustento la afirmación de que el fuero “deviene en excesivamente amplio en su alcance”.¹⁷

Por otra parte, téngase en cuenta que, en general, desde el punto de vista procesal, el fuero es considerado un antejuicio, o también “un presupuesto de admisibilidad o requisito de perseguibilidad”,¹⁸ el cual (con la participación y bajo el debido control de la Corte de Apelaciones en pleno), tiene por finalidad asegurar que el proceso judicial no sea fraudulentamente empleado para acciones infundadas, persecuciones, retaliaciones o represalias por virtud de las funciones que son desplegadas por determinados funcionarios públicos. Aquí debemos tener en cuenta que los miembros expertos del Comité de Prevención de la Tortura, como Mecanismo Nacional, desarrollan funciones que conllevan riesgos de represalias o de intimidación, según ha advertido incluso el Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas.¹⁹

Por otra parte, debemos destacar que los Ministros del Tribunal Constitucional disidentes del fallo (cuatro en total), consideraron que el fuero que había sido establecido en el proyecto de ley era de carácter restringido, de interpretación restringida y compatible

¹⁷ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando 20.

¹⁸ Castillo Barrera, Hernán J. y Meneses Costadoat, Raymundo. *Control Constitucional, Judicial y Ético de los Parlamentarios*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 53, Santiago de Chile, 2013. p.308

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas. Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. “Política del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sobre las Represalias en relación con las visitas previstas en su mandato” (19 de febrero de 2016).

Rafael Enrique Tobía Díaz

con la Constitución. En efecto, con relación a este particular que aquí analizamos, los Ministros disidentes expresaron importantes y fundadas consideraciones que tenemos a bien transcribir parcialmente a continuación:

“3° Fuero restringido: En primer lugar, se trata de una institución concebida por el legislador en términos mucho más acotados que la propia del fuero parlamentario que se supondría ser su símil. Lo cierto es que hay que delimitar la institución por sí misma. Es necesario distinguir la diferencia entre fuero general y el establecimiento de inmunidades específicas. En tal sentido, el fuero que presenta este proyecto de ley no es uno de aquellos que podemos identificar como excesivo. Las características de este fuero son las siguientes: a) Es funcional, esto es, sólo cubre el ejercicio de las laborales las cuales fue contratado el perito. Esto es fundamental puesto que, en los hechos, el fuero se limitará a su diligente actividad en los lugares donde deba constatar la existencia de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Normalmente, ello acontecerá en espacios públicos delimitados como cárceles, celdas policiales o recintos públicos de reclusión o tratamiento de menores de edad con compromiso delictivo. b) El fuero no abarca todo tipo de delitos. No sólo no se refiere expresamente a los delitos fragantes, sino que también a todos los que no se asocian a sus delitos propios de su función. c) Este fuero no coarta la capacidad investigativa del Ministerio Público y sólo se detiene frente a una acusación (...) d) El fuero se configura como un límite temporal, sólo mientras dure la vigencia del período de trabajo del experto. e) Y con alcance también limitado respecto de las medidas que no se pueden aplicar. Entre ellas, y coherente con una dimensión restringida, el Tribunal respectivo podrá decretar la prohibición de salir del país, de la localidad de la cual residiere o del ámbito territorial que fije el Tribunal.

4° Interpretación restrictiva del fuero y conforme a la Constitución. Así como ya lo manifestamos, una institución excepcional exige una interpretación restrictiva y no una amplia. Por lo mismo, entendemos que en este caso solo tenemos un dilema interpretativo puesto que hay algunas hipótesis compatibles con la Constitución y otras que no lo son. Nosotros manifestamos aquí una interpretación conforme a la Constitución”.

5° Es restringido un fuero que no se extiende a sus superiores jerárquicos. La interpretación que sostenemos es reprochada por la mayoría por incoherente puesto que ni siquiera abarcaría a los consejeros del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Pues bien, en nuestro concepto esa es una virtud. Se le otorga a estos peritos exclusivamente por las delicadas funciones que ejercerán. Si se le ampliara a los consejeros desbordaría la noción de fuero y se desdibujaría de su real propósito: proteger frente a una crisis de control al

Rafael Enrique Tobía Díaz

Estado. Por ende, es perfectamente compatible sostener funcionalmente este tipo de fueros.”²⁰

Precisado lo anterior, se desprende que, incluso, para los Ministros disidentes del Tribunal Constitucional, el fuero legal previsto en el proyecto de Ley era perfectamente compatible con la Constitución Política, siempre a la luz de una interpretación constitucional conforme y en atención a los términos restringidos de su propia regulación, dirigida a proteger el ejercicio de la función de los expertos del Comité que conforman al Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

Por último, cabe una importante observación adicional. Al revisar el historial de la Ley, se puede constatar que una posición similar a la de los Ministros disidentes del fallo del Tribunal Constitucional, también fue sostenida por un número importante de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, al ser consultados en virtud de lo previsto en el artículo 77 de la Constitución Política.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia al emitir el informe respectivo con motivo de la tramitación del proyecto de Ley,²¹ evidenció lo siguiente: un (1) Ministro consideró que el proyecto de Ley no tenía normas de carácter orgánico y se abstuvo de emitir opinión; ocho (8) Ministros de la Corte Suprema consideraron el fuero amplio y a ellos se refirió el Tribunal Constitucional en su considerando VIGÉSIMO, antes transcrito; y los otros ocho (8) Ministros restantes lo consideraron compatible con la Constitución Política. Sin embargo, la opinión favorable al fuero no fue examinada ni mencionada por la mayoría del Tribunal Constitucional, no obstante que sí lo hizo respecto de la postura contraria.

Ciertamente, ocho Ministros de la Corte Suprema de Justicia habían sostenido una posición favorable respecto del fuero legal proyectado de cara a proteger la función encomendada ante los riesgos que conlleva, señalando lo siguiente:

“1°) El artículo 10 de la propuesta consagra una regla especial en virtud de la cual se establece que los expertos y expertas miembros del Comité de

²⁰ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, Considerandos 3°, 4° y 5° de los Ministros disidentes.

²¹ Informe de la Corte Suprema de Justicia de Chile, de fecha 10 de julio de 2017.

Rafael Enrique Tobía Díaz

Prevención contra la Tortura, durante la vigencia de su mandato y en el ejercicio de sus funciones, no podrán ser acusados, sujetos a prisión preventiva o a las medidas cautelares personales “de que trata el artículo 155 del Código Procesal Penal a excepción de la mencionada en el literal d) de dicho precepto, salvo el caso del delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación (...) Se trata de una inmunidad que, en el ordenamiento jurídico, se traduce en introducir determinadas condiciones de procesabilidad en materia penal, respecto de personas en cuyo ministerio se advierte riesgo de abuso de ser puestos en condición de sujetos pasivos de las acciones persecutorias de esa índole. No busca colocar a la persona a la que favorece, en una situación de privilegio. Más bien, persigue resguardar el ejercicio, acorde con el artículo 7 de la Constitución Política de la República, de las competencias y potestades que califiquen (...)

4°) En conclusión, el artículo 10 del proyecto que se informa se aprecia positivo y concebido en términos coherentes con el ordenamiento externo atigente e interno.”²²

Desde un punto de vista argumentativo, este silencio del Tribunal Constitucional respecto de la opinión favorable de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia que se pronunciaron con relación al carácter limitado y justificado del fuero procesal, debilita la justificación ofrecida por el Tribunal, dado que permite defender que, desde la perspectiva de un número igualmente importante de Ministros de la Corte Suprema, el Congreso Nacional tenía legítimas razones desde el punto de vista constitucional para establecer el fuero en los términos que lo hizo.

Lo anterior, permitiría sostener que el Tribunal Constitucional no consideró el principio de deferencia razonada al legislador que él mismo ha defendido y desarrollado en otras ocasiones respecto del Congreso Nacional, tal como lo hizo al dictar su sentencia en el Rol N° 549-2007.²³ Debemos recordar que, tal como ha enseñado la doctrina chilena:

Nuestro Tribunal Constitucional ha acogido el principio de deferencia razonada cuando ha dicho que “los actos legislativos, emanados de un órgano expresivo de la soberanía, concebido para dictar normas obligatorias de general aplicación, se encuentran dotados de un principio de legitimidad evidente; de suerte tal que su contrariedad con el contenido de la ley

²² Informe de la Corte Suprema de Justicia de Chile, de fecha 10 de julio de 2017, páginas 6 y 7.

²³ Tribunal Constitucional de Chile (2007). Rol N° 549-2007, considerando 10.

Rafael Enrique Tobía Díaz

fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes. En tal sentido, el intérprete constitucional orienta su tarea en la búsqueda de conciliar alguna interpretación racional de la norma legal que se comparezca con los valores, principios y normas de la Constitución.²⁴

b) Quebrantamiento de la igualdad ante la Ley:

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional también fundamentó la inconstitucionalidad de la disposición jurídica contenida en el artículo 10 del proyecto de Ley, en el hecho de que el fuero procesal previsto constituye una excepción injustificada que quebrantaría el principio de igualdad constitucional, consagrada en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política.

Con relación a este particular, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“TRIGÉSIMO: Que siendo el fuero un privilegio excepcional – y que cuando se consagra– se hace casi siempre respecto de los órganos y funciones plasmadas en reglas constitucionales, denotando dicha posición normativa que el uso de aquel mecanismo cuando se contempla, pasa a adquirir el carácter de un elemento importante de la arquitectura institucional chilena, tratándose en definitiva de un privilegio que altera la regla de la igualdad ante la ley, para su consagración requiere que exista una justificación más alta o exigente.

Lo anterior significa, primero, que sea el legislador quien tenga la carga de haber fundado específicamente el medio en relación al fin; segundo, que exista una poderosa razón de interés público y; tercero, que no existan otros medios menos lesivos para cumplir con la finalidad subyacente;

(...)

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, en mérito de las consideraciones anteriores, teniendo presente que el fuero es una excepción al principio de igualdad ante la ley –y en este caso supone que determinados sujetos no pueden ser procesados como lo pueden ser el resto de habitantes incluidos otros funcionarios públicos –y no apreciándose elementos que justifiquen la razonabilidad en la introducción del tratamiento diferenciado que el artículo 10 del proyecto supone respecto de los expertos del Comité de Prevención contra la Tortura, respecto de los restantes habitantes de la república u otros funcionarios, incluso algunos que desempeñan funciones que pueden considerarse semejantes, es que este Tribunal considera que la disposición es inconstitucional, por introducir un

²⁴ Silva Gallinato, María Pía. *El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho Público. Vol. 81. Segundo Semestre. Santiago de Chile, 2014. p.145

Rafael Enrique Tobía Díaz

privilegio que resulta contrario a la igualdad ante la ley, del artículo 19 N° 2 constitucional (...).²⁵

Por otra parte, y también con el objeto de sustentar la decisión en el quebrantamiento del principio de igualdad constitucional, el Tribunal comparó el fuero que se establecía en el artículo 10 del proyecto de Ley con el que el que la doctrina denominada “fuero parlamentario”,²⁶ previsto en el artículo 61 de la Constitución Política a favor de las funciones que desarrollan los Diputados y Senadores del Congreso Nacional, concluyendo que el segundo se justifica en “poderosos fundamentos que el Tribunal ha estimado como valores esenciales del Estado de Derecho”,²⁷ dando a entender implícitamente que no se cumple lo mismo respecto del primero.

Una vezpreciado lo anterior, debemos señalar que la argumentación que realiza el Tribunal Constitucional sobre el quebrantamiento del principio de igualdad constitucional, merece algunas precisiones previas y varios comentarios que haremos en lo que respecta a la supuesta ausencia de justificación, adecuación o necesidad de la medida legislativa.

Previamente, debemos precisar que con relación al principio de igualdad constitucional que consagra el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política, la doctrina nacional representada en autores como FIGUEROA y GÓMEZ, consideran que dicha disposición jurídica se refiere y comprende dos dimensiones discernibles de dicho principio,²⁸ la llamada “igualdad ante la ley” y la “igualdad en la ley”.²⁹

La primera dimensión “abarca la idea clásica de igualdad, según la cual, la ley debe ser general para todos y no debe establecer privilegios en función de la raza, posición económica u otros criterios semejantes.”³⁰ También comprendería lo que la doctrina

²⁵ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerandos 30 y 36.

²⁶ Castillo Barrera, Hernán J. y Meneses Costadoat, Raymundo. *Control Constitucional, Judicial y Ético de los Parlamentarios*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 53, Santiago de Chile, 2013. p.287

²⁷ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando 22.

²⁸ Gómez Bernales, Gastón. *El Principio de Igualdad Constitucional*, en: 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2001. p.179

²⁹ Figueroa, Rodolfo. *Igualdad y Discriminación*. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 10. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000. p.43

³⁰ Gómez Bernales, Gastón. *opus.cit.* p.179

Rafael Enrique Tobía Díaz

denomina la “igualdad de aplicación de la ley”,³¹ que es un mandato dirigido a los órganos que ejercen la función jurisdiccional para asegurar su aplicación uniforme.

Respecto de la segunda dimensión del principio de igualdad constitucional, se señala que:

“es una exigencia constitucional dirigida en principio al legislador y se traduce en que, en el ejercicio de sus potestades legislativas, le está prohibido imponer diferencias, establecer equiparaciones o introducir desequilibrios o inequidades procesales en los derechos y obligaciones (ventajas y cargas sociales) que distribuye, si ellas no están o no son, normativa y públicamente, justificadas o justificables, desde un punto de vista constitucional.”³²

Así, el principio constitucional de igualdad, entendido como igualdad en la ley, no prohíbe al legislador la introducción al ordenamiento jurídico de diferencias o equiparaciones legítimas, sino aquellas que resultan arbitrarias. Por ello y tal como destaca FIGUEROA “tanto una diferenciación como una equiparación arbitraria infringen la igualdad de trato, que es como cabe interpretar lo que la Constitución proscribe”.³³

Expuesto lo anterior, puede sostenerse que la introducción que hizo el legislador del fuero procesal a favor de las funciones que realizan los miembros del Comité de Prevención de la Tortura, resulta justificada por lo siguiente:

(b.1) A diferencia de lo que sostuvo la mayoría del Tribunal, el fuero se deriva del cumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos asumidas válidamente por el Estado chileno en la Convención contra la Tortura y en su Protocolo Facultativo. Recordemos que en el artículo 35 de este último instrumento normativo, se establece de forma imperativa lo siguiente:

“Se reconocerá a los miembros del Subcomité para la Prevención y de los mecanismos nacionales de prevención las prerrogativas e inmunidades que

³¹ Díaz García, Iván. *Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias*. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 18. N° 2. Chile, 2000. p.41

³² Gómez Bernales, Gastón. *El Principio de Igualdad Constitucional*, en: 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2001. p.181

³³ Figueroa, Rodolfo. *Igualdad y Discriminación*. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 10. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000. p.45

Rafael Enrique Tobía Díaz

sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones. Se reconocerá a los miembros del Subcomité para la Prevención las prerrogativas e inmunidades especificadas en la sección 22 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, con sujeción a las disposiciones de la sección 23 de dicha Convención”.³⁴

Así, una lectura concatenada de la CCT y del artículo 35 de su PFCCT, implica que el Estado parte está en la obligación de adoptar las medidas legislativas en el Derecho interno para asegurar que el Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura desempeñe sus funciones con independencia y amparado de cualquier acción procesal infundada o temerosa.

No obstante esto que explicamos, el Tribunal Constitucional consideró “que no puede entenderse –sin más– que el fuero previsto en el proyecto sea una consecuencia necesaria de la regulación internacional que rige el Comité (...)”,³⁵ con lo cual, se observa que le atribuyó a la disposición del instrumento internacional un carácter distinto del imperativo que le caracteriza.

(b.2) Desde el punto de vista constitucional, el establecimiento del fuero también tiene una justificación garantista. Así lo sostuvieron también los Ministros disidentes del fallo, quienes señalaron que: “el fuero es una excepción justificada en una finalidad constitucionalmente legítima”.³⁶ Sobre este particular, agregaron que:

Es el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el que demanda que el Estado debe promover y garantizar los derechos establecidos en esta Constitución así como los establecidos en los tratados internacionales dentro de los cuales la Convención contra la Tortura es un instrumento del sistema universal de protección de los derechos humanos. Por ende, se encuadra la finalidad general de esta norma en los artículos 5° inciso segundo y 19, N° 1 de la Constitución.³⁷

³⁴ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (14-02-2009), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2002, artículo 35.

³⁵ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando 24.

³⁶ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando 7° de los Ministros disidentes.

³⁷ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando 7° de los Ministros disidentes.

Rafael Enrique Tobía Díaz

(b.3) Desde un punto de vista funcional, el fuero también encuentra justificación en la necesidad de proteger el mandato internacional conferido al Mecanismo Nacional por los artículos 3 y 17 del PFCCT. Aquí cabe destacar que, si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 35 del PFCCT antes transcrito y su remisión a lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados, es claro e inequívoco que todos “los privilegios e inmunidades se otorgan a los funcionarios únicamente en interés de los organismos especializados y no en su beneficio personal”.³⁸

De ello se desprende que el PFCCT persigue garantizar la independencia y continuidad de las funciones que debe cumplir el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, y ordena al legislador nacional el establecimiento o precisión de dichos privilegios o inmunidades. Sobre este particular, PACHECO y GEREZ han señalado que:

El artículo 35 procura garantizar la independencia de los miembros de los mecanismos de prevención y busca otorgarles las salvaguardias de rigor ante cualquier tipo de presión o acoso (...)

Las prerrogativas e inmunidades para los miembros del mecanismo nacional de prevención no han sido objeto de precisión alguna. Sin embargo, el artículo 35 del Protocolo Facultativo debe ser entendido a la luz del conjunto de disposiciones que forma el Protocolo Facultativo, a efectos de incluir las inmunidades o privilegios necesarios para garantizar que no haya interferencia alguna que afecte la independencia y la misión del mecanismo nacional de prevención en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, inmunidad para protegerse ante cualquier tipo de arresto o detención, o ante la posibilidad que su equipaje sea objeto de algún tipo de retención por parte de las autoridades).³⁹

En virtud de lo que hemos expuesto en (b.1), (b.2) y (b.3) de la presente sección, se aprecia que no existiría una diferenciación arbitraria o excepción injustificada al principio de igualdad constitucional como lo declaró el Tribunal en el fallo que aquí examinamos.

³⁸ Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados (12-11-1951), aprobada por la Conferencia General el 06 de diciembre de 1946 y por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante en fecha 14 de diciembre de 1946, artículo 23.

³⁹ Pacheco, Gilda; Gerez Czitrom, Claudia (Coordinadores). *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Un Manual para la Prevención*, Editado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2004. pp.150-152

Rafael Enrique Tobía Díaz

Téngase en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha considerado en el pasado que una diferenciación o discriminación es arbitraria cuando “no tiene una justificación racional o razonable”⁴⁰ o cuando se está en presencia de una “una diferencia irracional o contraria al bien común”,⁴¹ lo cual, no sería el caso.

Por el contrario, la regulación del fuero procesal establece un trato diferenciado de carácter legítimo y razonable en favor de las funciones relevantes que desarrollan los miembros del Comité, que pretende neutralizar acciones judiciales infundadas o temerosas que a título de represalias o retaliaciones puedan interferir o impedir el cabal cumplimiento de las obligaciones de prevención de la tortura.

Aquí, cabe destacar que la existencia de tales prácticas (interferencias, represalias, retaliaciones) se encuentran documentadas a nivel mundial, hasta el punto que el Subcomité para la Prevención de la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas, ha definido una “Política sobre represalias en relación con las visitas previstas en su mandato”,⁴² para implementar estrategias y medidas preventivas para evitarlas o atenuarlas, incluso cuando se dirigen contra los Mecanismos Nacionales para la Prevención de la Tortura.

(b.4) Por otra parte, en lo que respecta a la ausencia de adecuación o necesidad que se le imputa a la medida legislativa, resulta particularmente esclarecedora la postura de los Ministros disidentes del fallo, quienes se pronunciaron por su adecuación, necesidad y proporcionalidad. Con relación a este aspecto, señalaron lo siguiente:

8° La actividad de controlar la tortura y otras conductas lesivas de la integridad física y síquica es excepcional. Los expertos de la Comisión de Prevención de la Tortura actúan frente a un escenario siempre crítico. No es normal que los funcionarios del Estado incurran en estas conductas pero cuando lo hacen es gravísimo. Controlar dicha actividad en la opacidad carcelaria o de un cuartel frente a personal uniformado exige coraje moral

⁴⁰ Tribunal Constitucional de Chile (2008). Rol N° 811-2007, considerando 20

⁴¹ Tribunal Constitucional de Chile (2008). Rol N° 811-2007, considerando 20

⁴² Organización de las Naciones Unidas. Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. “Política del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sobre las Represalias en relación con las visitas previstas en su mandato” (19 de febrero de 2016).

Rafael Enrique Tobía Díaz

pero las funciones no pueden depender de dicho coraje. Por lo mismo, se han de adoptar medidas procesales efectivas de protección.

En tal sentido, no bastan los mecanismos del artículo 4° del proyecto de ley relativos a prohibiciones y obligaciones de autoridades y funcionarios a no impedir las visas ni organizar represalias. Y no bastan por varias razones. Primero, porque dependen de la conducta de los mismos que podrían transgredir la ley a sus espaldas. Segundo, porque si bien las autoridades que no colaboran y que obstaculizan las visitas inspectivas se pueden sancionar, tal actividad es ex post a los hechos. Con ello se desbarata el propósito de una comisión que se orienta a la prevención.

Por tanto, resulta más idóneo el contar con mecanismos que permitan una prevención efectiva y, en tal sentido, el fuero permite enfrentar la actividad preventiva con mayor eficacia.

9° El fuero de los expertos no afecta ningún derecho fundamental de nadie.

En la dimensión de la desigualdad parece necesario identificar en qué consistiría la afectación y no resulta claro cuál sería ese efecto. En primer lugar, porque se trata de precaver conductas estatales. En segundo término, el fuero resulta un privilegio procesal proporcional a la situación excepcional que deben enfrentar. Por lo mismo, no creemos que exista algún fundamento que permita estimar una vulneración del artículo 19, numeral 2° de la Constitución.⁴³

Un último aspecto a destacar es que los Ministros disidentes, en su considerando 9° ante transcrito, parecen cuestionar el uso que se hizo del test de proporcionalidad sin llegar a identificar con claridad en que consiste la supuesta afectación del principio de igualdad constitucional, sobre la cual, reiteramos, en parte se basó la declaratoria de inconstitucionalidad.

En otras palabras, los Ministros disidentes parecen advertir que el uso del test de proporcionalidad en el caso concreto resultaba injustificado o se llegó a una conclusión incorrecta, dado que la medida legislativa examinada trata de precaver riesgos o daños a los miembros del Comité de Prevención frente actuaciones del propio Estado y, en todo caso, su establecimiento y regulación resultaría adecuado y proporcional ante las situaciones graves y excepcionales a las que se enfrentan esos miembros en el desempeño de sus funciones.

⁴³ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerandos 8° y 9° de los Ministros disidentes.

Rafael Enrique Tobía Díaz

No obstante ello, y tal como lo ha advertido la doctrina, podemos decir que el propio Tribunal Constitucional ha utilizado antes “el principio de proporcionalidad como un criterio para determinar si una diferenciación es lícita o no lo es”,⁴⁴ aun cuando en el caso concreto, su indebida aplicación dio lugar a una conclusión que soslaya lo dispuesto por la CCT y el PFCCT, respecto de la debida regulación que se requiere para resguardar las importantes funciones que desarrolla el Comité como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

c) Referencia al Derecho Comparado:

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional en su sentencia hizo referencia al Derecho Comparado y sostuvo lo siguiente:

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, por otra parte, si se acude al Derecho Comparado en la materia que nos convoca, sólo Argentina y Francia conceden un fuero parecido al del proyecto de ley, pero en aquellos casos (a diferencia de lo que acontece con el Proyecto de ley en examen) se creó un organismo especial para que fuera el Mecanismo Nacional de Prevención.

También no puede perderse de vista que otros países que también han creado un órgano especial (Brasil, Guatemala, Honduras, Paraguay, Alemania e Italia), no les reconocen fuero, sin que aquello haya importado algún motivo para comprometer la responsabilidad internacional de aquellos países, toda vez que como se ha asentado en el motivo precedente, las normas internacionales buscan que se consagre la independencia del órgano, cuestión que no necesariamente es sinónimo de fuero, pudiendo garantizarse aquello mediante otras medidas, como aquellas apuntadas también en el motivo precedente [aquí el Tribunal se refiere a selección por alta Dirección Pública, régimen de inhabilidades, deber de colaboración de los órganos, entre otras], que importan un menor compromiso respecto de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.⁴⁵ (interpolado nuestro)

Como se desprende del considerando antes transcrito, el Tribunal Constitucional se refirió al Derecho Comparado con dos propósitos: (i) para indicar que se ha otorgado el fuero procesal en países como Argentina y Francia, porque se trata de un nuevo organismo

⁴⁴ Arnold, Rainer; Martínez E., José Ignacio y Zuñiga U, Francisco. *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Año 10. N° 1. Santiago de Chile, 2012. p.89

⁴⁵ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando N° 27.

Rafael Enrique Tobía Díaz

especial creado para fungir como Mecanismo Nacional de Prevención, a diferencia de lo que sucede con el Comité previsto en el proyecto de Ley; y (ii) para señalar que en los otros países que menciona, no se ha otorgado el fuero y que, en todo caso, respecto de Chile, la independencia de las funciones del Mecanismo Nacional previsto en el proyecto de Ley se garantizan con otras medidas, las cuales serían, las referidas a la elección del Comité a través del proceso especial de Alta Dirección Pública, al régimen de incompatibilidades e inhabilidades, al personal propio, al deber de colaboración de los demás órganos y a la cesación en el cargo de acuerdo a normas aplicables a los consejeros del Instituto Nacional de Derechos Humanos.⁴⁶

Precisado lo anterior, aquí debemos efectuar algunas observaciones respecto de la argumentación del Tribunal.

(c.1) La primera observación que podemos formular es que, al proceder así en el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional (contrariando su propia jurisprudencia), entró a efectuar consideraciones que no se corresponderían con la razonabilidad o adecuación de la medida o regulación establecida por el legislador, sino sobre el mérito de la elección adoptada, lo cual, escaparía al ejercicio de su función de control preventivo y abstracto de constitucionalidad de la ley, afectando las atribuciones constitucionales que corresponden en forma exclusiva y excluyente al Congreso Nacional, quien detenta libertad de configuración jurídica con la amplitud que le determina el marco normativo de la Constitución Política.

Sobre el particular, debemos destacar que la doctrina ha abordado el problema de los límites del control de constitucionalidad preventivo y abstracto tanto en Chile⁴⁷ como en Europa,⁴⁸ el cual puede presentar diversos matices. Sin embargo, ha sido el mismo Tribunal Constitucional quien ha reconocido sus propios límites en el ejercicio del control

⁴⁶ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando N° 26.

⁴⁷ Aldunate Lizana, Eduardo. *Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes*. Revista de Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 3. N° 1. Santiago de Chile, 2005. p.120

⁴⁸ Moderne, Frank, *El Control Previo de Constitucionalidad en la Europa Contemporánea*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 20. Santiago de Chile, 1993. p.414-416

Rafael Enrique Tobía Díaz

preventivo y, a la vez, ha destacado la autonomía que se debe reconocer al Congreso Nacional para regular la realidad social -dentro de los límites constitucionales-, en los siguientes términos:

“(…) la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho constitucional en estudio, por lo que debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar, en forma prudente y dentro de las latitudes razonables, la materia de que se trata, ya que de lo contrario podría invadirse un campo que es propio de la ley. La segunda, que al Tribunal sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley orgánica y no emitir juicios de mérito sobre ella. Si así no procediere se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador lo que constituiría una grave infracción de la Constitución.”⁴⁹

“(…) Que, en ese contexto, la incorporación del precepto cuestionado obedece a una decisión de política legislativa específica, en el marco ya reseñado, que establece una diferencia que, por tener fundamento racional, no puede ser calificada como inconstitucional. Finalmente debe tenerse en cuenta que dicha opción ha sido establecida en virtud de la autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido.”⁵⁰

(c.2) La segunda observación que cabría formular es que cada país tiene sus propias particularidades,⁵¹ las cuales determinan la adopción del Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura de una u otra forma, puesto que “cada Estado goza de libertad para decidir sobre su estructura y funcionamiento (...) que dependerán del contexto de cada país y del debate y acuerdos alcanzados entre los actores relevantes, autoridades y sociedad civil

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Chile (1987). Rol N° 43, considerando N° 22.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de Chile (2009). Rol N° 1217-2008, considerando N° 10.

⁵¹ Excedería a nuestro propósito analizar aquí la situación de otros países sobre la materia. Sólo queremos señalar que en el Informe del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas emitido respecto de Chile en el año 2018, se analiza la situación del país en la materia, y se comunican las preocupaciones y recomendaciones del Comité sobre el particular respecto de Chile. Ver: Naciones Unidas. Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. “Observaciones Finales sobre el Sexto Informe Periódico de Chile)” (28 de agosto de 2018). p.6

Rafael Enrique Tobía Díaz

entre otros.”⁵² Incluso, para el caso de Chile, se ha señalado que factores relacionados con la legitimidad, credibilidad e independencia frente a la opinión pública, fueron determinantes de la forma adoptada.⁵³

Ahora bien, en lo que respecta al Derecho Interno chileno, tal determinación corresponde al Congreso Nacional según señalamos antes y, en todo caso, debe quedar garantizada la función que desarrollan los miembros del Comité de cara a posibles acciones judiciales infundadas o temerosas, que en parte es la razón por la cual, el artículo 35 del Protocolo Facultativo ordena reconocerles inmunidades y prerrogativas.

(c.3) Sin perjuicio de lo anterior, la tercera observación es respecto de la afirmación que realiza el Tribunal Constitucional en el primer párrafo del considerando VIGÉSIMO SÉPTIMO, antes transcrito. En efecto, consideramos que no sería necesaria la creación de un organismo especial que actúe como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura para justificar el otorgamiento de las inmunidades o privilegios que garanticen su independencia o cabal desarrollo de su mandato. Reiteramos, lo importante es que el Mecanismo Nacional que se sea designado entre las instituciones jurídicamente idóneas y capacitadas para cumplir la función, cuente con la debida protección ante acciones judiciales infundadas o temerosas.

Así, por ejemplo, si acudimos al Derecho Comparado como lo hizo el Tribunal Constitucional, encontramos que, en el caso de España, la Ley Orgánica 1/2009,⁵⁴ publicada el 04 de noviembre de ese año, designó al Defensor del Pueblo como el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Ahora bien, el Defensor del Pueblo ya

⁵² Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y la Asociación para la Prevención de la Tortura (2014). Informe sobre las Realidades de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en América Latina. p.6

⁵³ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). Minuta sobre el proyecto de Ley que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Boletín N° 11245-17. (09 de abril de 2018). p.68

⁵⁴ Ley Orgánica 1/2009, del Reino de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado (04-11-2009), complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

Rafael Enrique Tobía Díaz

gozaba de importantes prerrogativas, en los términos que había previsto y prevé el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1981, publicada el 07 de mayo del mismo año, según el cual:

El Defensor del Pueblo gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo.⁵⁵

Por ello, debemos reiterar que todas las actividades ejecutadas por el Comité de Prevención de la Tortura, conllevan riesgos que no son despreciables, razón por la cual, tal como lo señalaron los Ministros disidentes en el fallo objeto de análisis: “se han de adoptar medidas procesales efectivas de protección.”⁵⁶

d) Cambio de criterio constitucional no justificado:

En cuarto y último lugar, sin perjuicio de lo arriba expuesto, debemos señalar que el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad del artículo 10 del proyecto de Ley adoptado por el Congreso Nacional, se separó de lo que sostuvo en un precedente previo,⁵⁷ dictado respecto de una disposición jurídica muy parecida (por lo menos, en sus aspectos esenciales) y realizó un cambio de criterio, sin ofrecer la debida justificación.

En efecto, se debe destacar que en el ordenamiento jurídico chileno, la regulación del fuero procesal en los términos previstos en el artículo 10 del proyecto de Ley, no le resultaba desconocida al Tribunal Constitucional, ya que se había adoptado en términos similares para otra institución como lo es el Defensor de los Derechos de la Niñez.

Al respecto, debemos destacar que en el inciso sexto del artículo 13 de la Ley N° 21.067 de 2018, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, actualmente vigente, se estableció lo siguiente:

Durante la vigencia de su mandato y en el ejercicio de sus funciones, el Defensor no podrá ser acusado o privado de su libertad, salvo en el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones de Santiago, en pleno, no declara previamente haber lugar a formación de causa. La resolución podrá apelarse ante la Corte Suprema.⁵⁸

⁵⁵ Ley Orgánica 3/1981, de la Reino de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado (07-05-1981), del Defensor del Pueblo.

⁵⁶ Tribunal Constitucional de Chile (2019). Rol N° 5965-2019, considerando 8° de los Ministros Disidentes.

⁵⁷ Tribunal Constitucional de Chile (2018). Rol N° 4201-2017

⁵⁸ Ley N° 21.067 (29-01-2018), que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

Rafael Enrique Tobía Díaz

La referida disposición jurídica que también establece un fuero procesal (o antejuicio) fue objeto de control de constitucionalidad preventivo y obligatorio por parte del Tribunal Constitucional unos quince meses antes,⁵⁹ y – respecto de ella– no formuló reparo alguno de inconstitucionalidad como acontece en el caso que examinamos, siendo que la disposición jurídica también fue establecida por una ley de carácter orgánico, es prácticamente del mismo tenor en sus aspectos esenciales o, por lo menos, cumple la misma función y/o tiene el mismo alcance.

En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional, en el considerando VIGÉSIMO de su sentencia, señaló lo que transcribimos a continuación:

“Que, las disposiciones del proyecto de ley que a continuación se señalan, son conformes con la Constitución Política:

- a. Artículo 13, incisos primero y sexto.
- b. Artículo 18, inciso primero (...)

Precisado lo anterior, resulta que en la sentencia dictada en el Rol N° 5965-2019, el mismo Tribunal Constitucional, ante una disposición jurídica de igual carácter orgánico que establecía un fuero procesal prácticamente idéntico o, cuando menos, muy similar en sus aspectos esenciales y/o alcance, como lo era el establecido en el artículo 10 del proyecto de Ley, consideró que resultaba inconstitucional por estar previsto en términos muy amplios y constituir una excepción injustificada al principio de igualdad constitucional, que consagra el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política.

Este cambio de criterio, en un lapso relativamente corto de tiempo y sin ofrecer ni explicar las razones que lo justifican, se presenta reñido con el principio de seguridad jurídica, cuestiona el principio de deferencia hacia la majestad de la función legislativa que ejerce el Congreso Nacional de Chile y determina una necesaria reflexión sobre la coherencia con la que el Tribunal Constitucional debe examinar y decidir los asuntos que se someten a su decisión, más aún cuando tienen profundas implicaciones para el sistema de protección de los Derechos Humanos.

⁵⁹ Tribunal Constitucional de Chile (2018). Rol N° 4201-2017, considerando 20.

CONCLUSIONES

Con fundamento en el análisis realizado anteriormente, a continuación pueden formularse las siguientes conclusiones:

1) En primer lugar, debe destacarse que la adopción de la Ley N° 21.154, que designó al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, publicada el 25 de abril de 2019, constituye una demostración institucional importante del compromiso del Estado chileno de avanzar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas respecto de la prevención de la tortura, con motivo de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y de su Protocolo Facultativo.

2) En segundo lugar, el fuero procesal que había sido establecido por el Congreso Nacional de Chile para contribuir a asegurar la autonomía funcional y desempeño de los miembros del Comité de Prevención de la Tortura, adscrito al INDH, encuentra justificación jurídica en la necesidad de proteger el mandato internacional que el Protocolo Facultativo de la CCT confiere al Mecanismo Nacional de Prevención. Asimismo, con fundamento en lo previsto en el artículo 35 del referido Protocolo Facultativo, y su remisión a lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados, es claro e inequívoco que todos los privilegios e inmunidades se otorgan únicamente en interés de los organismos especializados y de la autonomía de sus funciones.

3) En virtud de lo anterior, y a diferencia de lo que sostuvo el Tribunal Constitucional para declarar su inconstitucionalidad, la adopción del fuero procesal no parece constituir una excepción injustificada del principio constitucional de igualdad ante la ley. Ello por cuanto el fuero procesal fue adoptado siguiendo el mandato del Protocolo Facultativo de la CCT, para asegurar la autonomía funcional de los miembros que integran

Rafael Enrique Tobía Díaz

el Comité de Prevención de la Tortura, adscrito al INDH, en el desempeño de su labor como Mecanismo Nacional de Prevención.

4) Igualmente, considerando lo expuesto en el punto anterior y a diferencia del razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional, se puede concluir que la regulación legal del fuero procesal no se presentaba como “excesivamente amplia en cuanto a su alcance”, pues, por una parte, la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional a la que se hizo referencia en nuestro análisis, ya había insistido en la interpretación restrictiva de los fueros procesales y, por otra parte, se encuentra –en todo caso– delimitado por la propia naturaleza de las funciones que desempeña el Comité de Prevención de la Tortura.

4) En cuarto lugar, se debe señalar que el Tribunal Constitucional al examinar la forma como algunos Estados habían regulado el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y que trae como argumento para sustentar la inconstitucionalidad declarada, entró a efectuar consideraciones que no se corresponderían con la razonabilidad o adecuación de la medida o regulación establecida por el legislador, sino sobre el mérito de la elección adoptada. Así, el Tribunal –apartándose de su propia jurisprudencia sobre el principio de deferencia al legislador– al ejercer el control preventivo y abstracto de constitucionalidad de la ley, afectó las atribuciones constitucionales que corresponden en forma exclusiva y excluyente al Congreso Nacional, quien detenta libertad de configuración jurídica con la amplitud que le determina el marco normativo de la Constitución Política.

5) En último lugar, el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad del fuero procesal previsto en el artículo 10 del proyecto de Ley que designa el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, se apartó –además sin ofrecer la justificación de ello– de su propio precedente dictado en el Rol N° 4201-2017, de fecha 04 de enero de 2018. En efecto, en dicho fallo el Tribunal había declarado conforme a la Constitución Política el fuero procesal establecido por el Congreso Nacional de Chile para garantizar el adecuado desempeño de las funciones del Defensor de la Niñez, siendo que el mismo también fue consagrado a través de una ley de carácter orgánico, es prácticamente del mismo tenor en sus aspectos esenciales o, por lo menos, cumple la misma función y/o tiene el mismo alcance que aquel fuero declarado inconstitucional a través de la sentencia N° 5965-2019.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005). “Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes”. *Revista de Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 3. N° 1: pp.119-126
- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ E., José Ignacio y ZUÑIGA U, Francisco (2012) “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Año 10. N° 1: pp.65-116
- CASTILLO BARRERA, Hernán J. y MENESES COSTADOAT, Raymundo (2013) “Control Constitucional, Judicial y Ético de los Parlamentarios”. (Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 53, Santiago de Chile).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE (2017). Informe Proyecto de Ley N° 16-2017 (antecedente Boletín 11.245-17), referido al Proyecto de Ley que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/7658/HLD_7658_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf Última consulta: 18-07-2020
- DÍAZ GARCÍA, Iván (2012). “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”. *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 18. N° 2: pp.33-76
- FIGUEROA, Rodolfo (2000). “Igualdad y Discriminación”, *Cuadernos de Análisis Jurídico N° 10*. (Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile) pp. 9-64
- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2001). “El Principio de Igualdad Constitucional”, *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. (Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile) pp.165-187
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018). Minuta sobre el proyecto de Ley que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Boletín N° 11245-17. (09 de abril de 2018)
- MODERNE, Frank (1993). “El Control Previo de Constitucionalidad en la Europa Contemporánea”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 20: pp. 409-416
- NACIONES UNIDAS. SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. “Política del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sobre las Represalias en relación con las visitas previstas en su mandato” (19 de febrero de 2016).

Rafael Enrique Tobía Díaz

NACIONES UNIDAS. OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA DEL SUR DEL ALTO COMISIONADO Y ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2014). Informe sobre las Realidades de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en América Latina. Disponible en: http://tortureprevention.ch/content/files_res/npms-in-latin-america-for-web.pdf Fecha de consulta: 18 de julio de 2020.

NACIONES UNIDAS. COMITÉ CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. “Observaciones Finales sobre el Sexto Informe Periódico de Chile)” (28 de agosto de 2018).

PACHECO, Gilda; GEREZ CZITROM, Claudia (Coordinadores Académicos) (2004): *El Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Un Manual para la Prevención*, (Editado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica).

SILVA GALLINATO, María Pía (2014). “*El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional*”. *Revista de Derecho Público*. Vol. 81. Segundo Semestre. Santiago de Chile: pp.141-153

FUENTES JURÍDICAS

Constitución Política de la República de Chile (11-03-1981)

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984

Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados de la Organización de las Naciones Unidas (12-11-1951), aprobada por la Conferencia General el 06 de diciembre de 1946 y por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante en fecha 14 de diciembre de 1946.

Decreto N° 631 (12-11-1951), que aprueba el Convenio sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, adoptado en la Segunda Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Decreto N° 808 (26-11-1988), que promulga la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984.

Decreto N° 340 (14-02-2009), que promulga el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Rafael Enrique Tobía Díaz

Ley N° 20.405 (10-12-2009), del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile.

Ley N° 20.968 (22-11-2016), que Tipifica el delito Tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Ley N° 21.067 (29-01-2018), que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez de Chile.

Ley Orgánica 3/1981, del Reino de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado (07-05-1981), del Defensor del Pueblo.

Ley Orgánica 1/2009, del Reino de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado (04-11-2009), complementaria de la Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

Ley N° 21.154, que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o denigrantes (25-04-2019)

Proyecto de Ley (Boletín N° 11.245-17), que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (14-02-2009), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2002.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE PARTIDOS POLÍTICOS (1987). Tribunal Constitucional de la República de Chile: Rol N° 43, 24 de febrero de 1987.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 434 DEL CÓDIGO PENAL (2007). Tribunal Constitucional de la República de Chile: Rol N° 549-2006, 30 de marzo de 2007.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 107 DE LA LEY GENERAL DE BANCOS (2008). Tribunal Constitucional de la República de Chile: Rol N° 811-2007, 31 de enero de 2008.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 104 DE LA LEY GENERAL DE BANCOS (2009). Tribunal Constitucional de la República de Chile: Rol N° 1217-2008, 31 de enero de 2009.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL (2017). Tribunal Constitucional de la República de Chile: Rol N° 3046-2016, 28 de diciembre de 2017.

Rafael Enrique Tobía Díaz

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DE LA LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ (2018). Tribunal Constitucional de la República de Chile: Rol N° 4201-2017, 04 de enero de 2018.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO Y OBLIGATORIO DE LOS ARTÍCULOS 9 Y 10 DE LA LEY QUE DESIGNA AL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS COMO MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2019). Tribunal Constitucional de la República de Chile: Rol N° 5965-2019, 04 de abril de 2019.

LA NECESIDAD DE AGOTAR LAS VÍAS ORDINARIAS O LOS RECURSOS PREEXISTENTES COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DEL AMPARO CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA. ESTUDIO CRÍTICO Y PROPUESTAS.

Miguel Porras

Abogado. UCAB. 2011. Profesor invitado, Prácticas de Derecho Civil, Nivel I (2011-2012,) Derecho Procesal Civil I, UCAB (2013-2014) y Derecho Procesal Administrativo y Constitucional, Universidad Metropolitana (2016). Miembro de la Mesa Técnica de Reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano (2016). Especialización en Derecho Procesal, UCAB (Tesis pendiente).

Resumen

La cultura jurídica venezolana, entendida como compendio de prácticas reiteradas de interpretación y aplicación del Derecho, demuestra una suerte de alergia al amparo constitucional, procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Esta situación ha arrojado un menoscabo general en la protección de los derechos y garantías fundamentales, resistencia al cambio de paradigmas y apego a formalismos. Uno de los mantras que abandera esta visión lo constituye la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria o los recursos preexistentes como requisito de admisibilidad del amparo, manifestaciones de su supuesto carácter extraordinario. Se pretende, pues, contribuir a la desmitificación de este concepto y a la consecución de una cultura jurídica respetuosa de la institución del amparo.

Palabras clave: Amparo. Admisibilidad. Carácter extraordinario. Carácter sucedáneo.

THE NEED TO EXHAUST THE ORDINARY WAYS OR PRE-EXISTING RESOURCES AS A REQUIREMENT FOR THE ADMISSIBILITY OF THE CONSTITUTIONAL AMPARO IN VENEZUELA. CRITICAL STUDY AND PROPOSALS.

Abstract

Venezuelan legal culture, seen as a body of consolidated practices regarding interpretation and application of Law, has been allergic to the very idea of the *amparo*, a special judicial procedure whose object is the protection of fundamental rights. Because of this, the protection of fundamental rights and guarantees has been sacrificed in the name of formalism and resistance to paradigm shifting. The epitome of this situation is the need to use the ordinary procedures or appeals, as a requisite to propose this procedure and, from a theoretical perspective, proof of its alleged extraordinary nature. Thus, the objective is to demystificate the theoretical concepts and practical approach which have been at the base of a legal culture that is disrespectful of the *amparo* and fundamental rights.

Keywords: Protection. Admissibility. Extraordinary character. Substitute character.

1) EL AMPARO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO VENEZOLANO

El punto de partida obligatorio para abordar el estudio del amparo tanto desde el punto de vista lógico como metodológico, es el artículo 27 de la Constitución venezolana, norma que se constituye como el marco de referencia en la materia, en la cual se define el amparo y se indican muchas las cuestiones medulares alusivas al mismo. Prescribe dicha norma:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos no inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

Al hacerse una radiografía de la norma transcrita, se deducen diversas cuestiones esenciales:

- Es un derecho que asiste a “toda persona”.
- Si nos ceñimos a la definición del verbo “amparar” ofrecida por el Diccionario de la Lengua Española de la RAE¹, el cual, en casi todas sus acepciones, alude a la protección y defensa, ello significa que el derecho “a ser amparado por los tribunales”, implica un deber estatal –específicamente, jurisdiccional- de proteger o defender el goce y ejercicio de derechos y garantías fundamentales. Es decir, para el Constituyente el amparo es, simultáneamente, derecho y garantía.
- Se entiende el amparo no solo como derecho y garantía, sino también como un procedimiento dotado de características especiales (oralidad, publicidad, brevedad, gratuidad y flexibilidad).

¹ <http://drae.es/amparar>

- El tribunal que conozca y decida un amparo tiene potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

La definición propuesta por el Constituyente es la estructura básica a partir de la cual se pueden precisar, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, diversos conceptos que caracterizan el amparo, tales como: Su naturaleza jurídica (derecho, garantía, procedimiento, etc.), su objeto (protección de derechos y garantías, corrección de violaciones), sus efectos (restablecimiento de la situación jurídica infringida o la que más se parezca), sus caracteres. Sobre esa base, posteriormente, se podrá analizar de modo adecuado lo atinente a su admisibilidad; concretamente, su admisibilidad en los casos en que existe un procedimiento o medio procesal alternativo.

1.1) Naturaleza jurídica

A partir de la definición contenida en la norma constitucional que sirve de marco de referencia al amparo en Venezuela, se evidencia que el tema de la naturaleza jurídica no está del todo resuelto. Lo anterior se comprueba al notarse el consenso en la doctrina patria respecto de la polisemia del término amparo: Brewer Carías, el autor que por más tiempo y de modo más amplio ha tratado el amparo en Venezuela, hace alusión a las “formas de ejercicio” del amparo²; en el mismo sentido, Kiriakidis³ ha dicho que “no es un concepto que admite una sola voz”. Por ello, juzgamos necesario y analíticamente prudente detenernos sobre la naturaleza jurídica de la institución, de suerte tal que se pueda identificar con exactitud el régimen jurídico que le resulta aplicable.

² Allan R Brewer Carías, *El amparo constitucional en Venezuela*, Revista IUS, volumen 5, Nº 27. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2011, http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/10/689-685-El-amparo-constitucional-en-Venezuela.-21-Mayo-2011..doc.pdf&ved=2ahUKEwiHyPD0scrpAhX4g3IEHb6jDQ4QFjAAegQIBhAC&usg=AOvVaw15TnWX6_S53eCioC9L_vCM, 8.

³ Jorge Kiriakidis Longhi, «*Precisiones en torno a la naturaleza del amparo constitucional y sus alcances: Su posición frente a los otros medios de tutela judicial y la cosa juzgada*». (tesis de especialización-Universidad Monte Ávila), 13, <https://www.uma.edu.ve/posgrados/derecho/revista/TRABAJO%2520ESPECIAL%2520DE%2520GRADO%2520JORGE%2520KIRIAKIDIS%2520NATURALEZA%2520DEL%2520AMPARO.pdf&ved=2ahUKEwiJx-XotsrpAhWDmuAKHQamC8IQFjAAegQIAhAB&usg=AOvVaw3qlqAHpF7ndVG3tWZOpFCK>

1.1.1) Amparo como acción

Concebir al amparo como acción, tal como lo hace el artículo 27 de la Constitución, diversas normas de la LOA (artículos 2, 3, 4 y 5) y algunos autores⁴, parte de la errada premisa de identificar la acción con el derecho material, del mismo modo en que se hacía en Roma.

Un error que está suficientemente documentado como tal y que ignora incluso la génesis del Derecho Procesal, producto de la escisión entre la acción y la pretensión que encarna el derecho material reclamado, la cual se dio con ocasión de la polémica Windscheid-Muther⁵. Por ello, consideramos que no es necesario profundizar en por qué el amparo no es una acción, entendida en el sentido romano del término, más cercano al derecho subjetivo cuya tutela se solicita mediante el planteamiento de una pretensión judicial.

En nuestro criterio, el concepto de la acción procesal se identifica con la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar la tutela de un determinado interés jurídico subjetivo⁶. Dicho de un modo sintetizado, la acción procesal es la posibilidad de acceder a la justicia. Al hilo de esta premisa, bien se puede afirmar que la proposición de un amparo constitucional implica, invariablemente, el ejercicio de la acción procesal. Dicho

⁴ Brewer Carias, en algunos escritos sobre el particular citados en el presente trabajo, califica de modo confuso la institución: Habla de “acción de amparo” al referirse a las formas de ejercicio del mismo, pero también lo califica como un derecho constitucional. Vid. Nota 6. En el mismo sentido, Hildegard Rondón De Sansó, «La acción de amparo constitucional a raíz de la vigencia de la Constitución de 1999», Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la UCV, N°119 (2000), 147-172.

⁵ Rafael Ortiz-Ortiz, *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, (Caracas: Fronesis, 2004), 127-140. En muy apretada síntesis: Windscheid: “*Actio es, pues, el término para designar lo que se puede exigir de otro; para caracterizar esto en forma breve, podemos decir atinadamente que actio es el vocablo para designar la pretensión*”. Muther: “*Si hubiéramos de creer en las explicaciones de Windscheid, tendríamos que aceptar que la actio de los romanos no solo es equivalente a la pretensión actual, sino también al derecho, lo mismo que al iudicium y a la fórmula, lo cual, de todos modos, sería un absurdo inconcebible*.”. Como señala el autor citado: “*La fina intuición de Muther lo llevó a pensar que la pretensión nace fuera del proceso, en la realidad cotidiana contra el violador o lesionador de un derecho (...). La separación entre acción y pretensión tendrá profundas consecuencias en el desarrollo de la ciencia procesal contemporánea. La doctrina Windscheid de mayor influencia en el campo del derecho civil y procesal fue, precisamente, la de la pretensión (Anspruch), en la medida en que logra delinear el concepto como situación jurídica sustancial, netamente distinta de la acción en sentido procesal y no identificable, por otra parte, con el derecho subjetivo, del que habría representado más bien una emanación*”.

⁶ Rafael Ortiz-Ortiz, *Teoría general de la acción...* 76

con otras palabras, que el amparo es una de las (muchas) formas de ejercer la acción procesal o, lo que es igual, una de las formas de acceder a la justicia. En ese sentido, el amparo bien pudiera ser caracterizado como una especie de acción.

No obstante lo anterior, opinamos que este enfoque es vago e indeterminado para precisar la esencia del amparo como concepto e institución de derecho positivo.

1.1.2) Amparo como derecho subjetivo

Brewer y Kiriakidis han calificado el amparo como un derecho constitucional⁷. Desde el punto de vista normativo, sin duda alguna, el amparo es entendido como un derecho fundamental. Así, el artículo 27 de la Constitución señala: “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuran expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”. Del tenor del artículo se deduce que toda persona tiene el poder jurídico de exigir al Estado, particularmente a los órganos de administración de justicia, el acceso al amparo constitucional como mecanismo de tutela del goce y ejercicio de sus derechos y garantías fundamentales.

Al hacerse una interpretación sistemática, y partiendo del anterior contraste se evidencia que el derecho al amparo tiene notables similitudes con el derecho de acceso a la justicia establecido en el artículo 26 del texto fundamental, aunque se trata de un supuesto de hecho diferente. La discusión, pues, en el marco de este enfoque al tema, sería si el derecho de amparo pertenece a una categoría conceptual independiente del derecho de acceso a la justicia, o si la relación entre ambos es de regla-excepción o de género-especie.

Como veremos seguidamente, la lógica apunta a la tercera alternativa: (i) No es un derecho independiente del derecho de acceso a la justicia, pues, por el contrario, es uno de los posibles planteamientos susceptibles de ser formulados ante los órganos de

⁷ BREWER CARIAS, *El amparo constitucional en Venezuela...*, 2, KIRIAKIDIS, *Precisiones sobre el amparo constitucional...* 18

Miguel Porras

administración de justicia; (ii) El amparo no es un caso excepcional de acceso a la justicia, pues, de ser el caso, estaríamos ante un supuesto de institución de Derecho estricto sometida a interpretación restrictiva, lo cual es abiertamente contrario a su teleología tuitiva -punto sobre el cual volveremos posteriormente-; (iii) Tal como se ha adelantado al negarle su independencia conceptual del derecho de acceso a la justicia, el amparo es una de las muchas maneras mediante la cual un justiciable puede acudir ante los órganos de administración de justicia.

Sin embargo, entender el amparo como derecho es insuficiente para desentrañar su esencia. Haciendo nuestro uno de los argumentos del profesor Ortiz-Ortiz para refutar la tesis de que la acción es un derecho⁸, es claro que el mentado derecho al amparo no es lo mismo que el amparo, así como –por ejemplo– el derecho a la vida no es lo mismo que la vida. Así, poco hacemos reconociendo que existe un derecho al amparo, si no sabemos qué es, concretamente, el amparo.

1.1.3) Amparo como garantía

Henríquez Maionica es partidario de esta posición⁹. Aunque de su exposición no queda claro qué entiende el autor por garantía, para llegar a ese concepto hacemos eco de la definición de Carl Schmitt, reseñada por la Real Academia de la Lengua Española en su “Diccionario del español jurídico”¹⁰:

Garantía constitucional: “Protección especial que la Constitución dispensa a determinadas instituciones con el fin de hacer imposible su supresión por la legislación ordinaria.”

No se discute que el amparo es una protección prevista por el Constituyente y el Legislador en los términos indicados por Schmitt. Basta comprobar el articulado de la Ley

⁸ Rafael Ortiz-Ortiz, *Teoría general de la acción...* 68

⁹ Giancarlo Henríquez Maionica, *El amparo constitucional*. (Caracas: Sherwood, 2004), 59

¹⁰ Disponible en línea en el dominio <http://dej.rae.es>. Voz: Garantía. Consultado online el 09 de mayo de 2020.

Miguel Porras

Orgánica de Amparos (art. 1) y el citado artículo 27 de la Constitución para llegar a esa conclusión. De esta última norma, como hemos visto, se deducen principios que le son aplicables (oralidad, gratuidad, flexibilidad, etc) o el tipo de protección que ofrece (restablecimiento de situación jurídica infringida o de la que más se le parezca).

No obstante lo anterior, esta caracterización nos resulta insuficiente para precisar exactamente qué es concretamente. Pareciera faltar una pieza en el rompecabezas, puesto que del artículo 27 del texto fundamental se desprende que el amparo es un derecho de alcance universal y –a la vez – una garantía que debe proveer el Estado a través de la rama judicial del Poder Público, pero sigue sin saberse cuál es su esencia, su contenido específico que le distingue del resto de las garantías y derechos asociados al ejercicio de la función jurisdiccional o del acceso a la justicia.

1.1.4) Amparo como recurso

En la práctica forense, suele aludirse al amparo como un recurso. Para abordar debidamente esta hipótesis, considera conveniente el investigador citar a Abreu Burelli y Mejía Arnal¹¹, quienes a su vez citan a Calamandrei, Ibáñez, Devis Echandía entre otros:

La doctrina italiana utiliza el término medio de impugnación como sinónimo de recurso. Calamandrei considera que los medios para impugnar las sentencias son remedios procesales concedidos por la ley a la parte vencida en una de las instancias del proceso (o, excepcionalmente, a un tercero), para impedir que la decisión pronunciada en primera instancia se transforme en una definitiva declaración jurisdiccional de certeza, o para destruir la eficacia definitiva de una declaración de certeza ya inherente a la decisión pronunciada en última instancia, viciada por defectos especiales.

Ibáñez Frocham define el recurso como acto procesal mediante el cual la parte en el proceso, o quien tenga legitimación para actuar en él, pide que se subsanen los errores que lo perjudican cometidos por una resolución judicial.

Para Devis Echandía existe un derecho a recurrir de naturaleza procesal, que consiste en un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a

¹¹ Alirio ABREU BURELLI y Luis Aquiles MEJÍA ARNAL, *La Casación Civil*. (Caracas: ALVA, 2008) 158-159

cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio. Según dicho autor, el recurso es un acto del proceso y con ello se descarta la pertinencia de hablar de recurso cuando se trata de un nuevo proceso, «salvo el caso del recurso extraordinario de revisión que es un verdadero proceso contra la sentencia ejecutoriada».

A pesar de que el recurso tiene un fin correctivo, con lo cual se asimila en alguna medida al amparo (vid. *Infra*, 2.1), de lo transcrito se deducen dos argumentos por los cuales el amparo no es un recurso: (i) El recurso es un remedio que opera exclusivamente contra decisiones judiciales, mientras que el amparo puede operar contra actos jurídicos de todo tipo e, incluso, contra actuaciones materiales desprovistas de soporte jurídico que las legitime (vías de hecho); (ii) siguiendo el citado desarrollo de Devis Echandía, “se descarta la pertinencia de hablar de recurso cuando se trata de un nuevo proceso”, por lo cual los supuestos en que el amparo se plantea de modo autónomo no serían abrazados por la definición. Con todo, no puede considerarse al amparo como recurso.

1.1.5) Amparo como pretensión

Bien pudiera decirse que la fórmula “restablecimiento de la situación jurídica infringida”, en alguna medida permite definir el amparo como una pretensión contenciosa especial, emanada del carácter “restablecedor”¹² del amparo. Ello implicaría que esta pretensión *sui generis* se revelaría como una categoría conceptual distinta de las pretensiones declarativas, ejecutivas o cautelares. Como acertadamente ha reseñado Kiriakidis¹³, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha llegado a afirmar que la naturaleza de la sentencia de amparo es “restablecedora y no condenatoria ni constitutiva” (Nº 991, 11-06-2001).

Sin embargo, tal razonamiento parte de algunos errores de enfoque: (i) atribuirle al concepto de pretensión procesal un carácter solamente abstracto, cuando lo cierto es que es

¹² Jorge Kiriakidis Longhi, «Precisiones sobre el amparo constitucional», 110

¹³ Jorge Kiriakidis Longhi, «Precisiones sobre el amparo constitucional», 111

una noción eminentemente concreta; (ii) tal como señala Kiriakidis¹⁴, el restablecimiento presupone necesariamente una condena.

. La pregunta pertinente, es, pues, ¿Cómo se logra el restablecimiento de la situación jurídica? Según Brewer, mediante el amparo, el Juez ordena a un sujeto de Derecho a dar, hacer, deshacer o no hacer¹⁵ algo para revertir la violación de derechos y garantías que fue judicialmente declarada.

De lo anterior se deducen dos cuestiones fundamentales: (i) El juez, en primer término, declara que existe una violación de derechos y/o garantías; (ii) El juez, obliga al agente lesivo a realizar una determinada prestación. Como se habrá notado, hay una declaración y un mandato a un tercero consistente en realizar una conducta, aún contra su voluntad. A la luz de este análisis y en línea con la refutación de Kiriakidis a lo dicho por la Sala Constitucional, es evidente, pues, que la pretensión propuesta mediante el amparo es declarativa de condena¹⁶. Así, el interés jurídico¹⁷ cuya tutela persigue el proponente del amparo, es obligar al agente lesivo a realizar una conducta que restablezca el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Kiriakidis¹⁸ ha dicho, por su parte, lo siguiente:

En el proceso de Amparo supone el planteamiento de una especial pretensión, constitucionalmente reconocida y avalada para lograr la tutela de Derechos Constitucionales. El contenido esa especial pretensión (que emana de la propia norma constitucional) debe, evidentemente, estar acorde al objeto del Amparo, y así ha de consistir en la solicitud de que se restablezca – al solicitante – el goce y ejercicio de un derecho o una garantía que ha sido

¹⁴ Jorge Kiriakidis Longhi, «Precisiones sobre el amparo constitucional», 112

¹⁵ Brewer Carías, El amparo constitucional... 19

¹⁶ Para una noción de la clasificación de las pretensiones contenciosas, Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano según el Código de Procedimiento Civil de 1987*. Tomo II, (Caracas: Capriles, 1995). 116-117; Kiriakidis Longhi, «Precisiones sobre el amparo constitucional», 52, quien acierta al identificar la pretensión planteada mediante el amparo como una pretensión de condena, pareciera contradecirse, pues anteriormente señaló que el amparo era, en sí mismo, una pretensión. No es lógicamente posible, pues, concluir que el amparo encarna, simultáneamente, dos tipos de pretensión.

¹⁷ Se adopta, así, la definición de la tutela de intereses jurídicos como objeto abstracto de la pretensión, expuesta por Ortiz-Ortiz, *Teoría...* 424-433

¹⁸ Kiriakidis Longhi, «Precisiones sobre el amparo constitucional», 51

violentado (es decir, impedido o restringido) por el obrar de quien es señalado como agente del agravio.

En opinión de este autor, la especialidad del amparo como pretensión radica en la singularidad de su objeto: La tutela del goce y ejercicio de derechos y/o garantías fundamentales. No coincidimos con esta afirmación, pues tal objeto es común a todas las pretensiones y procedimientos. Ciertamente, todas las pretensiones procuran la tutela de derechos fundamentales de manera mediata o inmediata, por lo cual no es acertado distinguir el amparo como pretensión a partir de la tutela de derechos fundamentales como premisa. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad puede ser protegido mediante un juicio de reivindicación, mediante una pretensión de cobro o mediante un amparo.

Además de los argumentos que respaldan la calificación de la pretensión postulada en el amparo como pretensión declarativa de condena y que descartan que su objeto distintivo sea restablecimiento o tutela de derechos y garantías, debe tomarse en cuenta que la pretensión planteada en el amparo tampoco se encuadra en las restantes especies de pretensiones proponibles en procesos contenciosos.

No es una pretensión ejecutiva *per se*, toda vez que la declaratoria de la violación y la condena a ejecutar una prestación, desde la óptica procesal, son independientes de los actos que materializan la providencia jurisdiccional emitida con ocasión del planteamiento del amparo. Tampoco es una pretensión cautelar, pues no tiene carácter estrictamente instrumental ni preventivo, ambos rasgos característicos de este tipo de tutela jurisdiccional.

Sintetizando lo expuesto, concluimos que el amparo no es una pretensión *sui generis* (restablecedora), ni una pretensión que tenga por objeto distintivo la tutela de goce y ejercicio de derechos y garantías, ni una pretensión ejecutiva o cautelar, sino que la proposición del amparo implica el planteamiento de una pretensión declarativa de condena. Es decir, el amparo no es una pretensión propiamente dicha, sino un canal para plantear una pretensión de condena.

1.1.6) Amparo como procedimiento

Descartado como está que el amparo sea una acción, un recurso o una pretensión, y estando claro que los conceptos de garantía y derecho son acertados desde el punto de vista normativo pero insuficiente para precisar su esencia desde la óptica conceptual, procederemos a evaluar si se le puede considerar como un procedimiento con reglas especiales.

Ortiz-Ortiz¹⁹ afirma que es un procedimiento especial, en razón de su cognición sumaria y reglas propias. En sintonía con el autor precitado, Toro Dupuoy²⁰ manifiesta que se trata de un tipo de tutela judicial diferenciada. Esta hipótesis parece ser avalada por la norma rectora del amparo en el Derecho venezolano (art. 27 C.N), en la cual se habla de “el procedimiento de acción de amparo constitucional”.

Bajo el prisma de la diferenciación entre proceso y procedimiento hecha por Rengel Romberg²¹, se puede concluir que el amparo es un conjunto de reglas que determinan la forma de actos procesales, tales como inicio, admisión, citación, contradictorio y decisión, bajo la influencia del mandato de constitucional de garantizar un procedimiento oral,

¹⁹ Rafael Ortiz-Ortiz, Teoría General de la Acción... 330

²⁰ María Elena Toro Dupouy, El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (años 2000-2002), Revista de Derecho Constitucional (Sherwood: Caracas, 2002), N° 6, 241-256.

²¹ Aristides RENGEL ROMBERG, «El proceso civil», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 2 (1965-1966), http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/2/UCAB_1965-1966_2_144-186.pdf&ved=2ahUKEwj2lpDS2dLpAhXSVN8KHTLqBV0QFjAAegQIBRAC&usg=AOvVaw1L4m4k0Xc5W64udKsrn660, 144-186: “Hoy ya se admite generalmente la distinción entre proceso y procedimiento, y se afirma que si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso. (...)El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal. En el curso de un mismo proceso –nos dice Calamandrei– puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento. El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio. Algunos autores consideran que procedimiento y proceso están una relación de continente a contenido. El procedimiento es el conjunto de reglas que regulan el juego del proceso, mientras que el proceso es el conjunto de actos procesales tendientes a la sentencia definitiva. Fench, citado por Carli, se vale de un símil muy original para diferenciar ambas nociones: “el procedimiento es el conjunto de instalaciones fijas del ferrocarril, las vías por ejemplo; el proceso es el convoy, el tren en marcha sobre esas vías, que llega o le llevan a un destino. Para Couture, el procedimiento es el método o estilo propios para la actuación ante los tribunales, ya sean del orden civil, penal, de menores, de hacienda, etc.; y el proceso el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de esta (...)”.

Miguel Porras

público, breve, gratuito y flexible. O lo que es igual, siguiendo la definición ofrecida por el proyectista del Código de Procedimiento Civil, el amparo es un procedimiento.

Asimismo, el amparo presenta algunas características especiales, las cuales, vistas de modo global, lo diferencian de otros procedimientos. Nos referimos, concretamente, a los principios que lo rigen según el artículo 27 de de la Constitución (brevedad, oralidad, flexibilidad, publicidad, gratuidad), su finalidad (protección de derechos y garantías fundamentales).

De modo armónico con esta teleología, se han establecido reglas de trámite especiales²², tales como: Régimen jurídico especial de admisión (artículo 6 LOA), flexibilización de las formalidades para la citación, audiencia oral (sentencias Emery Mata Millán y José Armando Mejía), abreviación de los lapsos de los procedimientos ordinarios, desvinculación del principio dispositivo e inclusive, la posibilidad de declarar la procedencia del amparo inmediatamente y sin necesidad de contradictorio (artículo 22 LOA y TSJ/SC: N° 993, 16-07-2013; N° 1212, de 26-10-2015; N° 129, 23-03-2017). Este régimen jurídico es lo que permite diferenciar al amparo de otros procedimientos: Es lo que lo hace especial. Dados los argumentos expuestos, la conclusión del investigador es que el amparo es un procedimiento especial.

Tal conclusión no es incompatible, sino complementaria, con la caracterización del amparo como derecho y garantía que realiza el Constituyente en el artículo 27 de nuestro texto fundamental. Efectivamente, el Estado garantiza la existencia de un procedimiento jurisdiccional regido por los principios de gratuidad, publicidad, brevedad, oralidad y flexibilidad para remediar las violaciones a derechos y garantías fundamentales. Del mismo modo, el particular tiene derecho a activar ese procedimiento cuando considere que sus derechos o garantías han sido violados por la acción de un agente lesivo. Lo que queda claro, es que la noción de procedimiento es la pieza que faltaba en el rompecabezas para poder entender adecuadamente el amparo como derecho y garantía.

²² Ortiz-Ortiz, *Teoría general de la acción*. 330

1.2) Objeto y finalidad del amparo.

1.2.1) Una necesaria diferenciación.

Un primer paso imperativo y efectivo para precisar cuál es el objeto del amparo, constituye definir qué es el objeto en términos generales.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, objeto tiene varias acepciones. Entre ellas, destacan dos que tienden a confundirse al abordar el amparo: Según la primera, objeto es “todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo” o “Materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio²³”. En otro sentido, se entiende como el “fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación²⁴”.

Al hilo de estas consideraciones, la noción objeto del amparo puede aludir tanto a la materia de que se ocupa el amparo como a su finalidad. A efectos de evitar el equívoco derivado de la polisemia de la palabra objeto, consideramos más exacto utilizar la noción de objeto como materia de ocupación y diferenciarla de la finalidad del mismo.

1.2.2) Objeto del amparo

Sobre la base de la anterior precisión, y a partir de la lectura conjunta de las disposiciones contenidas en los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo, podemos extraer un hilo conductor que permite precisar cual es la materia de la que se ocupa el amparo: La violación o amenaza de violación de derechos y garantías fundamentales. Más específicamente, la materia de la cual se ocupa el juez de amparo es declarar que hechos específicos ocurridos en la realidad sensorialmente aprehensible son el origen de violaciones o amenazas al goce y ejercicio de derechos y garantías fundamentales.

²³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Voz: Objeto, <https://dle.rae.es/objeto>, num. 1 y 5

²⁴ . Ibidem, num. 4

Miguel Porras

Ciertamente, en ausencia de violaciones o amenazas de violaciones, el amparo no tiene una materia que lo justifique, con independencia de los derechos o garantías conculcados –cuya existencia abstracta no se debate, en modo alguno–, de los sujetos involucrados o del origen de la violación o amenaza.

Por otra parte, es conveniente acentuar que no se trata de una violación o amenaza cualquiera de derechos o garantías, sino de una violación o amenaza de tal entidad que el justiciable requiera los atributos especiales de los que está revestido el amparo para poder corregirla. Esto es, se necesita una amenaza o violación *calificada* de derechos o garantías fundamentales. Precisar si la violación es calificada o no, es algo que se hará en respuesta a las circunstancias del caso concreto. Al efecto, consideramos que la herramienta metodológica idónea es un *test* de razonabilidad de acceso al amparo, lo cual desarrollaremos con la debida profundidad más adelante.

En resumen, el objeto del cual se ocupa el amparo es declarar hechos como amenazas o violaciones calificadas a los derechos y garantías fundamentales.

1.2.3) Finalidad.

La finalidad del amparo es susceptible de ser identificada a partir de una base normativa, concretamente, los artículos 27 de la Constitución y 1º de la Ley Orgánica de Amparo. En estas normas también se evidencia un hilo conductor: La concepción del amparo como un mecanismo orientado a la tutela de derechos y garantías fundamentales.

Al disertar sobre la naturaleza jurídica del amparo, también hemos visto que las reglas especiales que lo dotan de una singular estructura y lo califican como procedimiento, atienden al fin constitucional de tutelar el goce y ejercicio de derechos y garantías fundamentales en situaciones especiales en las cuales están siendo violados o amenazados.

En doctrina, Henríquez Maionica postula que la finalidad del amparo es la tutela de derechos fundamentales²⁵.

Aún cuando la normativa citada y el autor aciertan al indicar que el amparo procura la tutela de derechos y garantías fundamentales, no es menos cierto que todos los procesos y procedimientos judiciales atienden a ese objetivo; como hemos manifestado al tratar el amparo como pretensión, el derecho de propiedad puede ser protegido mediante un procedimiento de reivindicación, un procedimiento monitorio o un procedimiento de amparo; en el mismo sentido, mediante una pretensión de nulidad contra un acto administrativo que revoca una autorización para expender licores, se busca la tutela del derecho a la libertad económica, entre otros.

A lo anterior se suma que el amparo, para lograr su finalidad, no precisa declarar previamente la existencia de los derechos o garantías, sino que parte de la premisa de que tales derechos o garantías, preexistentes e indiscutibles, son objeto de amenaza o violación calificada. De cualquier modo, se vislumbra nítidamente que hablar de tutela de goce y ejercicio de derechos fundamentales como finalidad del amparo, aunque acertado, peca de vaguedad y resulta poco útil para definir en términos concretos cuál es la finalidad del amparo.

En razón de la vaguedad y abstracción delatadas en el entendimiento de la tutela de derechos y garantías fundamentales como finalidad del amparo, se estima necesario y pertinente complementar esta conclusión. Es de notar que la tutela de derechos y garantías ofrecida por el amparo no es genérica, sino *especial*. Ello obedece, fundamentalmente, a que las violaciones de derechos y garantías aptas para activar la vía del amparo son *calificadas*, como hemos visto al tratar el objeto del amparo.

En síntesis, la finalidad del amparo es la tutela especial del ejercicio y goce de derechos y/o garantías fundamentales objeto de violación o amenaza calificadas.

²⁵ HENRIQUEZ MAIONICA, El amparo constitucional... 59

1.4) Efecto del amparo

Fix Zamudio y Kiriakidis²⁶ ven en el “restablecimiento de la situación jurídica infringida” su efecto. El autor patrio reconoce, asimismo, que nuestro Constituyente reconoce la posibilidad de que se restituya a la situación más similar a la infringida.

En el mismo sentido, la autora colombiana Natalia Bernal Cano²⁷ expone: *Los recursos individuales (funcionalmente equivalentes a nuestro amparo) son una forma híbrida de justicia constitucional cuyo efecto primordial es corregir el acto jurídico que causa una violación subjetiva.*

Aun cuando consideramos que la precitada autora colombiana no acierta al estimar que mediante este modo de tutela jurisdiccional se corrigen solamente actos –sin incluir hechos ni omisiones- y al no incluir las amenazas al goce y ejercicio de derechos y/o garantías dentro del objeto del amparo, estimamos que atina especialmente al hablar de “corregir”. Con ello, está abriendo al Juez de amparo la posibilidad de acordar en su sentencia efectos distintos al restablecimiento exacto de la situación jurídica infringida. Así, se incluiría dentro de esa fórmula la segunda posibilidad reconocida por el artículo 27 de nuestra Constitución, esto es, el restablecimiento de la situación que más se parezca a la infringida.

Este enfoque puede ser de extrema utilidad en supuestos excepcionales, en los cuales el restablecimiento exacto sea imposible como consecuencia de la verificación sobrevenida de un hecho, acto u omisión del propio agente lesivo o de un tercero; es importante enfatizar que el restablecimiento de la situación más semejante a la infringida es inaceptable en caso de que se pueda restablecer la situación infringida. En estos casos, se abre la duda de quién debe determinar cuáles son las posibles prestaciones sucedáneas que

²⁶ Kiriakidis, «Precisiones sobre el amparo constitucional», 61

²⁷ Natalia Bernal Cano, «Los efectos de la acción de tutela más allá de los casos concretos. La protección de los derechos fundamentales en Colombia.», Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n.º. 21 (julio-diciembre 2009).

debe cumplir el agente lesivo, si el Juez de amparo o la parte a quien le fueron violados o amenazados sus derechos o garantías fundamentales.

De cualquier modo, coincidimos parcialmente con el criterio de los autores señalados. Ciertamente, como consecuencia de la sentencia de amparo, se restablece la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella (art. 27 C.N). Sin embargo, el lenguaje del Constituyente sigue siendo abstracto y puede dar a entender que estamos ante un modo *sui generis* de tutela jurisdiccional; así como hemos expuesto al estudiar la hipótesis del amparo como pretensión que el carácter restablecedor del amparo es inconcebible sin una condena, es igualmente claro que el efecto de restablecimiento es inconcebible sin una condena al agente lesivo.

Consideramos, pues, más apropiado afirmar que el efecto del amparo en la realidad material se encuentran en la orden contenida en la sentencia que declara la violación o amenaza del goce y ejercicio de derechos y/o garantías fundamentales, y en consecuencia condena²⁸ al agente lesivo a corregir los hechos, actos u omisiones que se constituyen como tal violación o amenaza.

Dicho en otras palabras, el procedimiento de amparo culmina con una sentencia declarativa de la violación, a la cual sigue una *condena* dirigida contra el agente lesivo, quien se ve obligado a desplegar conductas concretas para corregir la amenaza o violación de derechos y garantías fundamentales que emanan de sus comportamientos antijurídicos, sean estos hechos, actos u omisiones. Tal como hemos constatado al abordar la hipótesis del amparo como pretensión, el efecto del amparo que es apto para modificar la realidad

²⁸ Kiriakidis, Precisiones sobre el amparo constitucional, 59-61; Brewer Carias, El amparo constitucional... 19, expresa: “*La decisión en materia de amparo puede consistir en el restablecimiento de la situación jurídica infringida mediante un mandamiento de amparo que debe cumplir con las (...) exigencias formales establecidas expresamente en el artículo 23 de la Ley Orgánica (...). De acuerdo con esta norma, la esencia de la decisión de amparo es la determinación de la orden a cumplirse (...) orden que puede ser de dar, de hacer, de no hacer o de deshacer, según los casos, o puede ser una decisión de restablecer directamente la situación jurídica infringida, si ello es posible con la sola decisión judicial*”. Dos cosas se objetan de la exhaustiva explicación de Brewer: (i) deshacer implica necesariamente una acción, esto es, comporta inequívocamente hacer. Por lo cual, es una distinción innecesaria; (ii) El desarrollo carece de coherencia: Para definir el objeto del amparo, apela tanto a la fórmula abstracta “restablecimiento de la situación jurídica infringida” como a la fórmula concreta “orden a cumplirse” descrita en el artículo 23 de la LOA.

sensorialmente aprehensible, es la *condena* a corregir la situación derivada de la amenaza o violación, mediante una orden jurisdiccional de dar, hacer o no hacer, cuyo contenido es esencialmente variable.

En síntesis, el efecto del amparo es obligar al agente lesivo a realizar determinadas conductas (sean éstas de dar, hacer o no hacer) para corregir los hechos, actos u omisiones que fueron declarados como amenazas o violaciones al ejercicio de derechos y/o garantías fundamentales.

Hechas estas precisiones, conviene repasar los principios que lo hacen un procedimiento especial, según la norma rectora de la institución del amparo en Venezuela,

1.4) Principios procesales que rigen el amparo

Los principios procesales son definidos como “reglas de valoración que se deducen del ordenamiento jurídico y que sirven de fundamento para la interpretación y aplicación de las normas procesales en atención a un criterio axiológico primario: La realización de Justicia”²⁹.

1.4.1) Oralidad

Este principio afecta la forma de los actos procesales, e implica el predominio de la forma oral por encima de la escritura. No obstante, como apunta de manera impecable Mejía Arnal³⁰, aplicar el principio de oralidad no comporta, en modo alguno, una aplicación

²⁹ Rafael Ortiz-Ortiz, *Teoría General del Proceso* (Caracas: Fronesis, 2004), 446

³⁰ Luis Aquiles Mejía Arnal, «El juicio oral. Resumen de doctrina. Comentarios. Resumen para los alumnos de Derecho Procesal Civil II, UCV». Acceso el 07 de julio de 2020, <http://venezuelaprosal.net/juicioral.htm#Toc194906297>: “*Aclara Chiovenda (...) “...por oralidad no se entiende ni la simple discusión oral (...) ni mucho menos, la exclusión de la escritura del proceso, como el nombre podría hacer creer a los inexpertos”. Para estudiar el valor actual de la oralidad cualquier investigador debe remitirse a la experiencia comparativa del más representativo oralista contemporáneo, Mauro Cappelletti (1972), quien considera que este principio rinde sus mejores resultados en la fase probatoria y que ello es corroborado por casi todos los ordenamientos procesales modernos que lo han adoptado, conclusión que resulta de analizar el proceso en cada una de sus fases con el principio opuesto alternativo, el principio de la escritura, y del cual pudiera resumirse en lo siguiente: a) respecto de la formulación-proposición de los elementos esenciales-constitutivos de la misma (petitum y, por consiguiente, conclusiones; causa petendi y, por consiguiente alegaciones de los hechos constitutivos del derecho o*

absoluta del mismo. Así, el procedimiento actualmente aplicable en materia de amparo, diseñado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias Emery Mata Millán y José Armando Mejía Betancourt ha entendido la oralidad en este sentido: Se ha establecido la escritura como forma de los actos de proposición de la pretensión, así como de la sentencia, y la oralidad como forma predominante del contradictorio, manifestada en una audiencia única destinada al debate de las pruebas.

La única excepción al principio de la oralidad en el procedimiento de amparo es el supuesto de procedencia *in limine litis* contenido en el artículo 22 de la LOA, antiguamente derogado, y retomado en la sentencia N° 993 de 16 de julio de 2013 de la Sala Constitucional.

1.4.2) Publicidad

Señala sobre la publicidad Mejía Arnal³¹:

Es un principio procedimental de carácter eminentemente político, que se funda en la conveniencia del control popular en la administración de justicia. Couture decía que la publicidad del proceso es la esencia del sistema democrático de gobierno, “El pueblo es el juez de los jueces” (...)

Según Ramos Méndez (1982), la publicidad del proceso tiene diversos objetivos: respecto al ciudadano le permite que su causa sea vista a la luz pública y no a escondidas, (significa la manifestación del principio de audiencia y de contradicción, para ejercer debidamente su derecho de defensa y de impugnación de las resoluciones judiciales); respecto de la administración de justicia se traduce en la oportunidad de que los justiciables

contraderecho hecho valer en juicio), no parece dudoso que, en la normalidad de los casos, la forma escrita no pueda dejar de contribuir a la precisión, a la seriedad, a la “puntualización” de la demanda misma (...); b) con respecto a las argumentaciones jurídicas (teórico-jurídicas: interpretación de las normas, de los negocios, de los documentos, etc.), parece no menos dudoso que, sin negar en algún caso la oportunidad del debate oral y sobre todo el coloquio oral entre el juez y abogados, normalmente es mucho más serio y mucho más útil la elaboración escrita, que permite a la parte, y hasta a su defensor, y al juez mismo, una más serena y meditada elaboración (pp. 87-88). Con respecto a las pruebas, Cappelletti enseña que el principio de la oralidad implica una revalorización de la prueba oral. Pero que hay pruebas escritas como las documentales preconstituidas que tienen una gran importancia y cuyo valor no puede ser disminuido (...)

³¹ Luis Aquiles Mejía Arnal, «El juicio oral. Resumen de doctrina. Comentarios. Resumen para los alumnos de Derecho Procesal Civil II, UCV». Acceso el 07 de julio de 2020, <http://venezuelaprosesal.net/juicioral.htm#Toc194906297>

vean por sí mismos cómo se gestiona el servicio de justicia en el Estado de Derecho.

De lo transcrito se deduce que la publicidad del proceso es: (i) una garantía de derecho a la defensa y del control jurídico de las partes sobre las decisiones judiciales; (ii) una garantía del control político ciudadano sobre las decisiones judiciales. Este último es necesario, en cuanto –entendemos– las decisiones judiciales determinan en variable medida el rumbo de los asuntos públicos.

En materia de amparo, este principio es particularmente importante: Vista su finalidad, esto es, la tutela de derechos y garantías fundamentales, es teóricamente inconcebible que el medio de garantía de tales derechos y garantías se erija en un mecanismo adicional para su violación. Por ello, la publicidad es imprescindible si se quiere mantener un orden general respetuoso de los derechos y garantías fundamentales, así como de los valores superiores del ordenamiento jurídico establecidos en el artículo 2 de la Constitución y la supremacía constitucional. Esto es posible en la medida en que la opinión pública puede ser una fuerza capaz de contener o incluso revertir la arbitrariedad judicial.

1.4.3) Brevedad

El principio de brevedad o celeridad procesal ha sido definido en nuestro derecho positivo en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil. Expresa dicha disposición que “la justicia se administrará lo más brevemente posible”.

Los artículos 26, 27, 49.3 y 257 de la Constitución, interpretados de modo conjunto y sistemático, dan cuenta de que existe un mandato constitucional de promover una justicia (particularmente un procedimiento de amparo), en los términos expresados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, sin dilaciones indebidas o reposiciones inútiles.

1.4.4) Gratuidad

El principio de gratuidad del amparo es una manifestación particular del principio general de la gratuidad de la justicia. Concretamente, significa que el Estado está impedido

de exigir a los justiciables el pago de suma de dinero alguna por concepto de los actos que realice en ejercicio de la función jurisdiccional. Su establecimiento presumiblemente obedece a la necesidad de democratizar el acceso a la justicia, mediante la exención general de pagos correspondientes a aranceles judiciales como presupuesto de la actividad jurisdiccional.

1.4.5) Flexibilidad

El artículo 27 de la Constitución establece que el procedimiento de amparo constitucional se caracteriza por no estar “sujeto a formalidad”. En teoría jurídica, lo formal tiende a oponerse a lo material; pero en términos prácticos es un concepto que designa la rigidez, cuyo antónimo es la flexibilidad. Desde ambos puntos de vista se puede afirmar la existencia de un principio de flexibilidad imperante en materia de amparo: Primacía de lo material sobre el formalismo excesivo, y flexibilidad sobre rigidez.

La flexibilidad es un principio que no alcanza solo al procedimiento de amparo, sino que se extiende a todos los procesos, refrendada como está por normas como los artículos 26 y 257 de la Constitución venezolana. Dichos artículos disponen de manera sistemática que la administración de justicia no debe guiarse por formalismos no esenciales. De allí que resulte meridianamente claro que el amparo debe ser tratado por los órganos de administración de justicia de modo flexible, mucho más en atención a su especial finalidad y objeto.

A todo evento, se aclara que no se propone en modo alguno de relajar las formas a extremos absurdos, sino evitar darle carácter autofinalístico a la formalidad de suerte tal que se convierta en obstáculo a la justicia material. Por el contrario, la idea es centrar la aproximación al amparo en la especial misión que tiene dentro del ordenamiento jurídico venezolano; esto es, en la tutela especial de derechos y garantías fundamentales.

Teniendo claro el abordaje normativo, naturaleza jurídica, objeto, finalidad y principios rectores del amparo, podemos entrar a analizar debidamente sus rasgos

distintivos, los cuales nos darán herramientas concluir el debido análisis de la institución, de cara a poder precisar cómo interpretar el problema concreto objeto de la investigación.

1.5) Rasgos distintivos

1.5.1) Universalidad

En primer término, es preciso recordar que el artículo 27 de la Constitución establece que el amparo es un derecho que tiene “toda persona”. He allí una de las formas en que se manifiesta la universalidad del amparo.

Asimismo, el amparo procede contra todo tipo de hechos, actos u omisiones, emanados de todo tipo de sujetos, para proteger todo tipo de derechos. Dicho en palabras de Brewer Carías³²:

La acción de amparo procede en Venezuela para la protección de todos los derechos constitucionales enumerados en los artículos 19 al 129 de la Constitución (...), en los tratados internacionales relativos a derechos humanos y aquellos inherentes a la persona humana así no estén enumerados en la Constitución; y procede, además, contra cualquier acto, hecho u omisión de autoridades o de particulares que viole derechos o garantías constitucionales o amenace violarlos. Por tanto, no solo no hay derechos constitucionales que no sean justiciables mediante la acción de amparo, sino que no hay actos, hechos u omisiones que escapen de la protección de la misma.

1.5.2) Difusión

El amparo es una manifestación concreta de la concepción difusa del análisis que compete a los órganos que administran la justicia en materia constitucional, según la cual todo Juez es, por definición, constitucional³³. O, lo que es igual, que todo juez es garante de

³² Allan R Brewer Carías, *La acción de amparo en Venezuela y su universalidad*. Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Tomo I, (Tijuana: Ilcsa), 109-141. Disponible online en <http://allanbrewercarias.net>

³³ Alfonso Celotto, *La Justicia Constitucional en el mundo: formas y modelos*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (México, Porrúa, 2004), N° 1, 3-14: “*Si en cambio el análisis de constitucionalidad compete a todos los jueces, se habla de análisis difuso o, también, adoptando la terminología anglosajona, de judicial review.*”. En nuestro criterio, el juicio declarativo de la amenaza o violación calificada de derechos y garantías es un análisis de constitucionalidad de los hechos, actos u

la integridad de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, sin que pueda afirmarse que un solo tribunal pueda arrogarse la competencia exclusiva para conocer, tramitar y decidir este tipo de procedimientos.

Esta visión encuentra respaldo normativo en el encabezado del artículo 334 de la Constitución, según el cual todos los jueces tienen el deber de asegurar su integridad. Para evitar equívocos, debe quedar claro (se insiste) que hablamos del amparo *como manifestación de una visión sistémica-orgánica de la protección constitucional*; evidentemente, no se está afirmando en modo alguno que el amparo sea equiparable a la desaplicación de normas legales por vía de control difuso, que es una expresión muy diferente del mismo principio.

1.5.3) Subjetividad

A diferencia de la revisión constitucional prevista en el artículo 336.10 de la Constitución venezolana, la cual es una modalidad objetiva de justicia constitucional que se erige como mecanismo de control nomofiláctico (revisión), el amparo, por su propia naturaleza, tiene como finalidad la tutela de derechos y garantías (Art. 27 CN, 1 LOA). Ello deja en evidencia que en el amparo se antepone la tutela del derecho particular a la violación del orden constitucional, lo cual, también, es consecuencia del principio de flexibilidad establecido en el artículo 27 de la Constitución. Demostrándose así su marcado carácter subjetivo³⁴.

omisiones que constituyen tal amenaza o violación. Si a eso se suma que el conocimiento del amparo no corresponde a un órgano especializado, sino a todos los tribunales como tales, concluimos que el amparo es una expresión del principio según el cual todo juez es garante de la Constitución, el cual caracteriza el análisis difuso de la constitucionalidad.

³⁴ ROLLA, si bien reconoce la existencia y preeminencia de ambos modelos (objetivo y subjetivo), refuta parcialmente la distinción, postulando que la relación entre los modelos subjetivo y objetivo de tutela constitucional es complementaria y no antitética. En el caso del amparo, hay un control objetivo de la constitucionalidad de hechos, actos y omisiones calificables como amenaza o violación de derechos o garantías, con la particularidad que ello constituye el presupuesto lógico para acordar la tutela subjetiva de tales derechos y garantías. Esta posición ecléctica es similar a la asumida generalmente en Latinoamérica, cuyos modelos normativos de justicia constitucional tienden a combinar –de modo no siempre coherente, en nuestro criterio– elementos del sistema clásico norteamericano y de la adaptación europea de posguerra del modelo concentrado kelseniano. Cfr. Giancarlo ROLLA, *Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los*

1.5.4) Especialidad

Cuando definimos el amparo como un procedimiento, notamos que está regido por reglas especiales que lo dotan de una fisonomía muy particular, tales como régimen especial de admisión, citación, contradictorio y decisión. Igualmente, un cúmulo de principios lo distinguen de otros procedimientos (oralidad, publicidad, gratuidad, brevedad, flexibilidad). Hemos visto que su objeto, esto es, la amenaza o violación de derechos y garantías fundamentales, es especial, en tanto calificado. Tiene también una finalidad la tutela de derechos y garantías constitucionales vinculadas a tales situaciones jurídicas especiales.

Pero el amparo tiene otra particularidad de singular importancia: La tensión entre rigor formal, que alude a la especialidad de sus reglas de admisión, trámite y decisión, y la justicia material que se conecta con la especialidad de su objeto y finalidad, así como con el principio de flexibilidad del amparo.

En efecto, no existe una regla general para escoger entre: (i) la necesidad de restablecer la situación jurídica y de proteger derechos y garantías como finalidad del amparo ante una amenaza o violación calificada; (ii) la necesidad práctica de evitar el abuso del amparo³⁵, evidenciada en su estricto régimen jurídico de admisibilidad.

La señalada ausencia de una regla general de juicio deja al Juez constitucional en una disyuntiva nada agradable: Sobrecargar el sistema de justicia, si opta un criterio más favorable a la admisión de los amparos, o sacrificar innumerables situaciones particulares en el altar de las formas.

derechos fundamentales, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 3 (México: Porrúa, 2005), 271-293

³⁵ Rubén Hernández Valle. *Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 3 (México: Porrúa, 2006),

Miguel Porras

La posición dominante en nuestra cultura jurídica, cuyo principal promotor es Brewer Carías, ha sido apoyar el rigor formal, partiendo de interpretar lo especial como extraordinario³⁶, prácticamente subsidiario. Esta posición hace eco de la visión comparada del amparo, tanto en normativa como en doctrina³⁷.

Chavero³⁸, Toro Dupouy³⁹ y Kiriakidis⁴⁰ han criticado esta noción, por considerar –acertadamente, en criterio del investigador –que se ha convertido en un ilegítimo impedimento para que el justiciable acuda al amparo.

Henríquez Maionica va más allá de la acertada crítica de los autores citados y define el amparo como sucedáneo⁴¹. Es decir, como un medio de tutela jurisdiccional alternativo no necesariamente excluido por las vías ordinarias. Así, pues, el investigador asume la posición sostenida por este último autor, por considerar que es la interpretación que mejor se adapta al espíritu de la institución.

Entender el amparo como medio sucedáneo tiene múltiples ventajas: (i) pone el acento en la tutela de derechos y garantías y en la flexibilidad del amparo, por encima interpretaciones excesivamente formalistas, las cuales estimamos inadecuadamente limitantes del amparo y su finalidad; (ii) reconoce la libertad del justiciable de escoger la vía que considere más adaptada a su interés jurídico sustancial, que se convierte en el punto de encuentro entre la acción procesal y la función jurisdiccional; (iii) exige al Juez honrar su carácter especial, imponiéndole el deber de analizar de modo exhaustivo cuestiones tales como: la entidad de los daños actuales o potenciales que motivan al actor a acudir el

³⁶ Brewer Carías, Allan R. «El amparo constitucional en Venezuela», 16

³⁷ Francisco Rubio Llorente, El amparo constitucional, en *Escritos sobre Jurisdicción Constitucional*, (Mc Graw-Hill Interamericana: 1997), 31-61; Francisco José Eguigueren Praeli, El amparo constitucional como proceso “residual” en el Código Procesal Constitucional Peruano, *Revista Iberoamericana de Revista Constitucional* N° 8 (2007), 147-175

³⁸ Rafael Chavero Gazdik, Régimen jurídico del amparo constitucional en Venezuela, (Sherwood: Caracas, 2001), 198

³⁹ Maria Elena Toro Dupouy, La protección de los derechos constitucionales y el derecho procesal administrativo. En: *El contencioso administrativo hoy*, Jornadas 10º aniversario de FUNEDA, pag. 54-55

⁴⁰ Kiriakidis, «Precisiones sobre el amparo constitucional», 61

⁴¹ Henríquez Maionica, *El amparo...* 107-115

Miguel Porras

amparo, su reversibilidad y la adecuación –en lugar de la mera existencia– de los procedimientos alternativos a las necesidades de los justiciables.

En nuestro criterio, solo así se puede administrar justicia de manera eficaz, en plena sintonía con el articulado constitucional, honrando la finalidad y flexibilidad del amparo, de manera adecuada al caso concreto y sin perjuicio del rigor formal de la justicia constitucional.

Desde otra óptica, las interpretaciones que limitan el amparo fundamentándose en su supuesto carácter extraordinario, son manifiestamente contradictorias con el desarrollo reiterado que la Sala Constitucional ha hecho del principio *pro actione*, según el cual se debe favorecer la admisibilidad de las pretensiones cuando cumplan con los requisitos exigidos por la ley (vid infra 2.3.2).

Otra característica especial del amparo es que el Juez puede y debe sustraerse de los límites impuestos por el principio dispositivo si ello es necesario. Ello es consecuencia de su calificación como procedimiento de orden público (art. 14 LOA, TSJ/SC: N° 7/2000 y N° 77/2000).

Lamentablemente, como consecuencia del predominio en el foro de las interpretaciones restrictivas del amparo, existe una suerte de práctica judicial reiterada, consistente en buscar el menor detalle para declarar su inadmisibilidad obviando cualquier análisis circunstancial.

Hay que hacer notar que tal actitud obedece en variable medida a la comodidad, al automatismo miope o draconiano y –también– a la temeridad y la impericia de muchos litigantes y también a la imprecisión terminológica que caracteriza el régimen jurídico de admisibilidad del amparo, a lo cual dedicaremos el siguiente capítulo.

2) EL JUICIO DE ADMISIBILIDAD EN EL AMPARO

2.1) Definición del juicio de admisibilidad

Partiendo de la conceptualización de Ortiz-Ortiz⁴² el juicio de admisibilidad –y en particular el de admisibilidad objetiva de la pretensión– particularmente tiene las siguientes características: (i) es preliminar, esto es, se realiza con anterioridad a cualquier consideración sobre el mérito del asunto planteado; (ii) tiene finalidad depurativa, en el sentido que procura evitar actividad jurisdiccional innecesaria y fomentar así la economía procesal; (iii) la inadmisibilidad de la pretensión en razón de su objeto obedece a la prescripción de una norma jurídica expresa o al orden público y buenas costumbres, lo cual encuentra base jurídica general en el artículo 341 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

En la próxima sección, nos abocaremos a analizar cómo se manifiestan estas notas resaltantes en el procedimiento de amparo, tal como está concebido en el derecho positivo venezolano.

2.2) La admisibilidad del amparo

2.2.1) Justificación

El autor costarricense Rubén Hernández Valle⁴³ da una magistral explicación sobre dos necesidades a tomar en cuenta al hablar de la admisión en los procedimientos constitucionales –entre ellos el amparo–, las cuales deben ser armonizadas permanentemente: (i) prevenir el abuso del amparo; (ii) evitar concebir la formalidad de modo autofinalístico, de suerte tal que se anteponga a la protección de de derechos. Expone:

⁴² Ortiz-Ortiz, *Teoría general de la acción...* 316

⁴³ HERNANDEZ VALLE, Rubén. *Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales...* 189-199.

Desde un punto de vista estrictamente teórico y de conformidad con algunos de los principios que informan la jurisdicción constitucional —como el derecho fundamental a la legalidad constitucional y el que prohíbe que los actos lesivos de los derechos fundamentales sean convalidables— los procedimientos de admisibilidad no deberían existir en los procesos constitucionales, por lo que las respectivas demandas deberían resolverse siempre en sentencia, aunque ésta última se fundamente luego en la carencia de requisitos de procedibilidad de la pretensión del recurrente.

Sin embargo, existen al menos dos razones que justifican la existencia de una fase de admisibilidad en los procesos constitucionales. La primera de ellas es la gran cantidad de asuntos que se ventila en la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellos procesos —como el habeas corpus y el amparo— que tutelan directamente los derechos fundamentales. Este problema se agrava en los ordenamientos en que la legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional es muy amplia, ya que ello permite una verdadera eclosión de demandas inclusive sobre asuntos de escasa importancia, lo que impide a los órganos competentes concentrarse en los casos relevantes.

Pero, además del criterio netamente cuantitativo, existe otro argumento que justifica la posibilidad del rechazo de los procesos constitucionales en la fase de admisibilidad.

En efecto, la jurisdicción constitucional actúa por medio de procedimientos, los cuales deben cumplir con un mínimo de exigencias formales y sustantivas para evitar la actuación arbitraria de los jueces encargados de ejercerla. Ante el incumplimiento manifiesto y evidente de tales exigencias, no deben crearse, por una parte, falsas expectativas en favor de los ciudadanos y, por la otra, no debe generarse trabajo innecesario para los órganos de la jurisdicción constitucional, pues todo ello desemboca en una inseguridad jurídica tanto para los ciudadanos como para los órganos jurisdiccionales.

(...) Este problema no debe confundirse, sin embargo, con el de las exigencias formales que deben establecerse para que una demanda sea admisible.

Exigencias insoslayables, derivadas de la necesidad de defender la Constitución y de tutelar los derechos, principios y valores consagrados en ella, hacen necesaria la combinación armoniosa del rigor y de la seguridad jurídica con la flexibilidad.

De lo contrario, formalismos procesales podrían enervar la eficacia de las normas constitucionales; de donde se concluye que el principio en la materia es lograr la armonía entre la rigidez en el cumplimiento de requisitos imprescindibles, tales como el de la legitimación, los plazos de interposición,

etc) y la flexibilidad en su interpretación. De esa forma se posibilita que los defectos procesales puedan ser subsanados.

Como claramente lo ha reseñado el autor citado, la admisión del amparo es un tema espinoso, por cuanto impone permanentemente al juez valoraciones ubicadas en las zonas grises entre el necesario rigor formal y la finalidad protectora del amparo.

Así las cosas, la ausencia de una regla general perfectamente definida para precisar la admisibilidad del amparo realza el carácter especial al cual hemos aludido como rasgo distintivo del amparo. En consecuencia, para admitir el amparo debe el Juez evaluar las particularidades de cada caso (inminencia y reversibilidad de daños y amenazas, efectividad de procedimientos alternativos, entre otros) y decidir en función de esas variables.

2.2.2 La inadmisibilidad del amparo en Venezuela.

El obligatorio punto de partida para abordar la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria para admitir la pretensión, es el estudio el régimen jurídico general de admisibilidad. El mismo está recogido en el artículo 6 de la LOA. Basta una lectura somera de esta norma, para encontrar allí una norma que prescribe un régimen jurídico determinado de inadmisibilidad por el objeto, usando los términos de la doctrina citada. Más precisamente, vemos un catálogo de supuestos específicos que hacen inoficioso para el juez entrar a conocer el mérito de la controversia, el cual contrasta con la indeterminación de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil (contrariedad a Derecho, al orden público o a las buenas costumbres).

Respecto del aludido catálogo de supuestos de inadmisibilidad, Ortiz-Ortiz⁴⁴ delata una incoherencia sistemática: Algunos de esos supuestos de inadmisibilidad se resuelven en la sentencia de mérito, pues declarar su verificación presupone necesariamente cierto examen cognitivo. Expresa el citado autor que *“No entender esta situación puede implicar dos situaciones igualmente erradas: 1) Que se tramite el procedimiento sin admitir formalmente la pretensión (...); 2) Que se admita la pretensión y luego, en la sentencia*

⁴⁴ Ortiz-Ortiz. *Teoría general de la acción...* 329

Miguel Porras

definitiva, se declare “inadmisible” con lo cual habrá dos pronunciamientos del mismo tribunal completamente contradictorios.

Añade el nombrado tratadista patrio que si bien existe una norma que establece los supuestos de inadmisibilidad del amparo –de modo poco coherente y confundiendo inadmisibilidad con improcedencia, – no existe una norma en la LOA que sirva de premisa para admitir la pretensión. Para resolver esta situación, propone aplicar supletoriamente el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de lo dispuesto en los artículos 22 y 48 de la LOA. Propuesta que evaluamos convincente.

A su vez, Hernández Valle⁴⁵, plantea:

Nuestra disciplina presenta la característica, a diferencia del Derecho Procesal ordinario, que cuestiones de fondo se resuelven en forma liminar, sin esperar hasta sentencia, ni siquiera mediante una resolución interlocutoria luego de admitida la demanda a trámite.

En efecto, el control de admisibilidad en la jurisdicción constitucional se ejerce in limine sobre aspectos materiales de la demanda ante vicios manifiestos, no susceptibles de subsanación, por lo que la demanda, en tales casos, debe desembocar en su inadmisibilidad ad portas. Verbigracia, cuando se plantea un habeas corpus contra un funcionario fallecido, o una acción de inconstitucionalidad contra un acto no susceptible de impugnación en esa vía. En tales casos, es evidente que la demanda debe rechazarse ad portas, por ser una pretensión manifiestamente infundada.

(...) La mayoría de los procesos constitucionales, en consecuencia, puede terminar en sentencia y no como consecuencia de resoluciones de carácter interlocutorio, basadas en defectos formales de la pretensión ejercitada, pues de lo contrario se violaría el principio “pro sentencia” que constituye uno de los contenidos esenciales de la garantía constitucional del debido proceso.

A partir de lo expuesto, es dable deducir que existen supuestos adjetivos y sustantivos de patente inadmisibilidad que relevan al Juez de darle curso al procedimiento y entrar a decidir sobre el aspecto material del mismo. Sin embargo, tales supuestos no son lo común; fuera de ellos, existe un importante cúmulo de situaciones en las cuales es preciso

⁴⁵Hernández Valle, *Los procedimientos de admisibilidad...* 194-196

adentrarse en la procedencia de la pretensión para declarar la inadmisibilidad. Todo ello nos proporciona un cuadro signado, nuevamente, por la imprecisión, la contradicción y una relativa incertidumbre para el justiciable.

Teniendo claras la necesidad de armonizar rigor formal, la finalidad tuitiva del amparo y el principio de flexibilidad que lo define, así como la confusión entre requisitos de admisibilidad y procedencia en el régimen jurídico estipulado en el artículo 6 de la LOA, cabe considerar:

A) Si el supuesto de hecho descrito en el ordinal 5° del artículo 6 de la LOA (no será admisible el amparo cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes) se enmarca dentro de los casos en que se puede declarar la inadmisibilidad de modo preliminar; o si, por el contrario, se requiere evaluar aspectos vinculados con la procedencia de la pretensión.

B) Si es correcto o no exigir el agotamiento de la vía ordinaria como requisito de admisibilidad del amparo, a la luz de todos los razonamientos y conceptos expuestos previamente sobre el amparo (naturaleza, objeto, finalidad, principios, rasgos distintivos y admisibilidad).

A ello procederemos seguidamente.

2.3) El agotamiento de la vía ordinaria como requisito de admisibilidad del amparo.

2.3.1) Enfoque normativo

2.3.1.1) Ordinal 5° del artículo 6 de la LOA: ¿Inadmisibilidad o improcedencia?

Es preciso citar el artículo y el ordinal bajo estudio:

Artículo 6. *No será admisible el amparo:*

(...)

5) *Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes.*

Miguel Porras

En primer lugar, es evidente que la causal se refiere a la dimensión adjetiva y no sustantiva del amparo: No hay alusión alguna al hecho, acto u omisión lesivos, a los derechos o garantías lesionados o a la providencia jurisdiccional correctiva.

A ello se suma que, tanto de la redacción de la norma como de la interpretación que se le ha dado tanto en doctrina y jurisprudencia, emerge que el estudio judicial se circunscribe a identificar si la parte escogió o no la vía ordinaria o los medios preexistentes (norma), o si podía escoger entre estos y el amparo (fuentes indirectas).

Así, la precisión de este punto, no siempre divisible con facilidad, bien podría requerir la apertura del contradictorio sumario típico del amparo, de suerte tal que la actividad probatoria de las partes pueda desplegarse de modo correcto. Con todo, se conformaría un cuadro en el cual la admisibilidad pierde su finalidad depurativa, de patentizar la brevedad del proceso y su carácter preliminar. Es decir, se desvirtuaría el juicio de admisibilidad tal como está concebido.

No sobra agregar que esta es una situación que deviene en inseguridad jurídica y favorece las interpretaciones restrictivas del amparo, lo cual, a su vez, contradice su carácter subjetivo y especial y el principio de flexibilidad.

2.3.1.2) El amparo no es extraordinario: No se exige el agotamiento de la vía ordinaria.

Ante todo, es necesario reiterar que el artículo contiene una prohibición expresa de admitir la pretensión en determinadas circunstancias. La norma propone, pues, supuestos de inadmisibilidad objetiva en los términos descritos por la doctrina citada. Respecto de si la declaratoria de inadmisibilidad presupone un análisis mínimo del fondo, todo indica que, en principio, estamos ante un caso de inadmisibilidad que no requiere adentrarse en el mérito de la pretensión.

Es de hacer notar, que el supuesto de hecho que habilita la declaratoria de inadmisibilidad es *la previa escogencia* de las vías ordinarias o *el previo uso* de los medios

Miguel Porras

preexistentes. En ambos casos, las notas comunes son la anterioridad y la voluntariedad. Es decir: La inadmisibilidad solo se puede declarar si la parte *eligió con anterioridad* la vía ordinaria o usar los medios preexistentes en lugar del amparo y, en tal caso, es que se declara su inadmisibilidad. Resumiendo, es ese –y no otro– el supuesto de hecho cuya consecuencia jurídica es la inadmisibilidad.

Como seguramente se habrá observado, en ningún momento el supuesto de hecho de la norma crea un *imperativo* de agotar previamente tales vías ordinarias o usar los medios preexistentes.

Esto permite argumentar que los justiciables tienen el derecho de optar por el amparo. A la luz del contenido de la norma, basta invocar el principio de legalidad, en el sentido de que “lo que no está expresamente prohibido, está permitido”, para desmontar el mito del carácter extraordinario del amparo y el necesario agotamiento de la vía ordinaria. Un mito que devela el anacronismo de nuestra práctica jurídica y que ignora el carácter tuitivo del amparo. Un autor calificado, como Kiriakidis, coincide en concluir que desde el punto de vista normativo no existe el carácter extraordinario o subsidiario del amparo ni la exigencia de agotamiento previo de la vía ordinaria.⁴⁶

Siendo tan evidente el tenor de la norma, resulta francamente incomprensible por qué se ha mantenido semejante interpretación por tanto tiempo. Mucho más considerando que, irónicamente, el autor que ha sostenido con mayor vehemencia el carácter extraordinario o subsidiario del amparo, ha sido –con razón– un acérrimo y notorio crítico de la proclividad de la Sala Constitucional a realizar razonamientos que llevan a interpretar y aplicar el Derecho sin respaldo normativo alguno. Esta posición resulta más incomprensible considerando que, según la doctrina citada en materia de admisibilidad, los impedimentos vinculados con el objeto de la pretensión deben emanar de una prohibición legal, no de una interpretación doctrinaria o jurisprudencial.

⁴⁶ Kiriakidis Longhi, *Precisiones sobre el amparo*..... 67 y 81. Especialmente, en el segundo caso, Kiriakidis alude a que los caracteres del amparo no se deducen de la normativa constitucional que lo establece.

Por si fuera poco, semejante interpretación de esta norma, amén de apartada del tenor del artículo y de la doctrina sobre admisibilidad que exige una prohibición expresa, contraviene abiertamente tanto el principio de flexibilidad como idea cardinal del amparo, como su carácter particular, subjetivo, difuso y –sobre todo– sucedáneo: (i) Se prescinde de valorar circunstancias particulares de la situación jurídica planteada; (ii) se antepone un requisito no exigido por la ley al fin último del amparo, que es proteger el goce y ejercicio de derechos y garantías fundamentales, el cual es –además– un poder inherente al ejercicio de la jurisdicción; (iii) se interpreta que la existencia de una vía ordinaria excluye el amparo, lo cual es un despropósito, como veremos más adelante al repasar la base doctrinaria del estudio.

En definitiva, desde el ángulo normativo y a la luz del desarrollo conceptual, no se justifica entender el agotamiento previo de vías ordinarias o medios preexistentes como requisito condicionante de admisibilidad del amparo.

2.3.2) Enfoque jurisprudencial

Existen posiciones encontradas al respecto. Como reseña Kirakidis, en materia de amparo contra sentencias sí se ha registrado una tendencia a favor de la admisión. En otras materias, la opinión dominante, especialmente en materia contencioso administrativa⁴⁷ y en temas civiles tales como el despojo a la legítima posesión (interdicto), es que priva el carácter extraordinario del amparo por sobre cualquier consideración casuística. Dicha doctrina ha sido expuesta en múltiples fallos (ver TSJ/SC: 825 de 26 de junio de 2013, 350 de 10 de mayo de 2018).

Tal interpretación contradice la visión del principio *pro actione* ofrecida por la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de acceso a la justicia (Cfr. Entre otras: N° 759 de 20-07-2000; N° 1764 de 25-09-2001; 371 de 16-02-2003; N° 97 de 02-03-2005; N° 2229 de 20-09-2009; 805 de 07-07-2014, Expediente: 14-0102).

⁴⁷ TORO DUPOUY, La protección de los derechos constitucionales... pag. 44-45

Miguel Porras

En estas sentencias, la Sala ha establecido de modo reiterado que los tribunales de la República deben no solo favorecer el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, ha establecido que los requisitos procesales deben ser interpretados en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales. Limitar el ejercicio del derecho al procedimiento de amparo por un requisito que –para colmo de males– la ley no exige, es manifiestamente violatorio de la interpretación señalada del principio *pro actione*.

Frente a este criterio, la Sala Constitucional, en otras oportunidades (Cfr. N° 848 de 28-07-2000, caso: Luis Alberto Baca; N° 939/2000, caso: Stefan Mar; N° 257 de 21-02-2001; N° 963 de 05-06-2001, caso: José Ángel Guía; N° 2369 de 23-11-2001, caso: Mario Telles García; N° 369/2003, caso: Bruno Zulli Kravos; 3562/2005, caso: Banco Provincial; N° 1014, de 29-07-2015; 373 de 17-05-2016), ha establecido que los justiciables tienen derecho a optar por el amparo en lugar de acudir a la vía ordinaria, previa verificación de ciertos requisitos, a saber: (i) violación o amenaza de violación de derechos fundamentales; (ii) la urgencia en el restablecimiento de la situación jurídica infringida; (iii) la eventual imposibilidad de reparar el daño; (iv) y la circunstancial inidoneidad e ineficacia de las vías, medios o recursos judiciales preexistentes en el caso concreto. Específicamente, en sentencia N° 373 de 17 de mayo de 2016, expresó al respecto la Sala, en extracto que reproducimos en su totalidad para ilustrar mejor el punto:

“Al respecto, esta Sala Constitucional en sentencia N° 369 del 24 de febrero de 2003, caso: Bruno Zulli Kravos, estableció que:

“El recurso de casación es una petición extraordinaria de impugnación que persigue la nulidad de una decisión judicial contraria a derecho; no constituye un recurso ordinario o vía judicial ordinaria como erróneamente lo señalaron los apoderados de Procesadora de Maderas Guayana S.A. (PROMAGUA).

La omisión del querellante en cuanto a la justificación o puesta en evidencia, en el libelo de las razones por las que optó por el amparo y no por el recurso extraordinario de casación, no acarrea la inadmisibilidad del mismo conforme con el criterio que estableció esta Sala en la sentencia transcrita supra y la n° 939 del 9.8.2000, (Caso: Stefan Mar C.A.) en la que se señaló:

“En este contexto es menester indicar que la postura que sirve de fundamento al fallo apelado ha sido corregida progresivamente por esta Sala hasta el punto de considerar que la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria (vid sentencia de fecha 15 de febrero de 2000 entre otras); no obstante, para ello debe poner en evidencia las razones por las cuales decidió hacer uso de esta vía -amparo- ya que de lo contrario se estarían atribuyendo a este medio procesal los mismos propósitos que el recurso de apelación, lo cual no ha sido en ningún momento la intención del legislador”. (Subrayado y negrillas añadidos).

Se observa pues, que la puesta en evidencia o justificación por parte del demandante en amparo se exigió en lo que respecta al supuesto de escogencia entre el amparo y la vía judicial ordinaria de impugnación, y no en relación con otros medios judiciales preexistentes como, por ejemplo, el recurso extraordinario de casación, lo cual conduce a la desestimación de los alegatos de inadmisibilidad de los representantes de Procesadora de Maderas Guayana C.A., y así se decide.

No obstante lo que antes fue expuesto, esta Sala considera necesarios algunos cambios y precisiones en su doctrina en cuanto a: i) La simple posibilidad de escogencia entre el recurso extraordinario de casación y el amparo (sentencia n° 2369 del 23.11.01); ii) La puesta en evidencia o justificación en la escogencia entre la vía judicial ordinaria de impugnación y el amparo (sentencia n° 939 del 9.8.00).

Tales cambios y precisiones se exponen a continuación con sus respectivos fundamentos de hecho y de derecho:

El recurso de casación es una petición extraordinaria de impugnación cuya formalización exige el cumplimiento de ciertos requisitos formales, tanto desde el punto de vista del abogado que lo redacta (ex artículo 324 del Código de Procedimiento Civil) como de la técnica necesaria para el examen de las denuncias que en el se hacen, lo que lo diferencia, entre otras razones, del amparo.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, tales argumentos no son suficientes como para que pueda prescindirse de su necesario agotamiento como medio judicial preexistente que ofrece el ordenamiento jurídico, (artículo 6, cardinal 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), máxime si se toma en cuenta que su simple interposición suspende los efectos de la sentencia e impide su ejecución, lo que garantiza que la decisión, aun lesiva de derechos constitucionales, sea incapaz de alterar la esfera jurídica del supuesto agraviado; lo cual, aunado a la posibilidad de la obtención de protección de derechos y garantías constitucionales a través de la sentencia de

casación, determina la idoneidad y eficacia del recurso de casación para el restablecimiento de la situación jurídica que se denunciare infringida. (Vid., en el mismo sentido, respecto de las sentencias sometidas a apelación en ambos efectos, s.S.C. n° 848 de 28.07.00, caso Baca).

En criterio de esta Sala, dicha escogencia sólo se justificaría en circunstancias excepcionales como, por ejemplo, la falta de anuncio oportuno del recurso por desconocimiento de la existencia de la decisión que se hubiere dictado sin previa notificación de las partes para la continuación del juicio, en casos de paralización de la causa. En tal caso, sin que ello signifique que sea el único, encontraría el querellante la justificación necesaria que lo habilitaría para la interposición de una demanda de amparo.

De modo pues que, a juicio de esta Sala, si la decisión es susceptible de impugnación mediante el recurso extraordinario de casación, su falta de ejercicio configura, en principio, la causal de inadmisibilidad que establece el artículo 6, cardinal 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, salvo que el querellante ponga en evidencia razones suficientes y valederas que justifiquen realmente la admisión del amparo respecto de una sentencia susceptible de que sea recurrida en casación.

La violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, el urgente restablecimiento de la situación jurídica infringida, la eventual irreparabilidad del daño y la circunstancial inidoneidad e ineficacia de las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) en un caso concreto, son circunstancias determinantes de la admisibilidad y procedencia de una demanda de amparo.

Corresponde entonces al supuesto agraviado la puesta en evidencia, en el escrito continente de su demanda, de tales circunstancias, de lo cual dependerá, en gran medida, el éxito de su pretensión.

La escogencia, por parte del querellante, entre la demanda de amparo y las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) es la excepción, no la regla, y es posible sólo cuando las circunstancias a que se hizo referencia supra así lo ameriten, para lo cual, se insiste, es necesario que el agraviado las ponga en evidencia ante el Juez, quien, en definitiva, las ponderará en cada caso”.

Aún cuando es preciso subrayar que esta interpretación judicial parte de dos falsos supuestos (la restricción normativa del acceso al amparo en razón de su carácter extraordinario y el carácter excepcional de la admisibilidad del amparo en presencia de un

medio ordinario o preexistentes), este es, sin duda alguna, un criterio más adecuado al objeto del amparo –corregir las violaciones o amenazas– y a sus caracteres (especial, sucedáneo, subjetivo y difuso). Además, esta postura ofrece la utilidad práctica de establecer parámetros para evitar el abuso en el derecho de acceder al amparo y honrar su especialidad en lo atinente a admisión, trámite y procedencia.

2.3.3) Enfoque doctrinario

2.3.3.1) Desde la especialidad: ¿extraordinario o sucedáneo?

Profundizaremos ahora el carácter de especialidad del amparo en lo que respecta a su admisibilidad.

En lo que constituye la posición más arraigada sobre el particular en nuestra práctica forense, señala Brewer Carías⁴⁸: “Son inadmisibles las acciones de amparo en los casos en que exista algún recurso paralelo, sea porque el agraviado haya recurrido a otra vía judicial de protección o porque exista otra vía judicial para la protección constitucional que haga inadmisibile la acción (...) En el segundo caso, la inadmisibilidad deriva del carácter subsidiario o extraordinario del amparo”.

Desde la acera contraria, Henríquez Maionica⁴⁹ afirma que el amparo debe considerarse como una “garantía sucedánea, no subsidiaria ni extraordinaria”, de lo cual se deduce:

El amparo puede ejercerse, se hayan agotado o no previamente los mecanismos de protección distintos de él, sin que el Juez pueda argumentar en el caso de ejercicio directo del amparo, la necesidad de agotamiento previo de los mecanismos ordinarios. Caso contrario se crearía un ciclo adjetivo infinito, en el cual el amparo como garantía fundamental insertada en el Estado de Derecho sería prácticamente inexistente. Esto debido a que en tal ciclo podría argumentarse que si se han ejercido los mecanismos ordinarios, no sería

⁴⁸BREWER CARIAS, *El amparo constitucional en Venezuela...* 16

⁴⁹Henríquez Maionica, *El amparo constitucional...* 107-131

posible acudir al amparo. Y si se acudió al amparo, sería necesario acudir a los mecanismos ordinarios.

Compartimos completamente esa postura, pues la adopción axiomática del carácter extraordinario del amparo ha devenido en un absurdo escenario caracterizado por la práctica derogación del amparo como mecanismo de tutela jurisdiccional. Ciertamente, al asumirse esta línea de pensamiento, la consecuencia es que el amparo nunca pudiera ser propuesto, bajo la premisa de que siempre hay una vía ordinaria, ya sea ésta de aplicación general o subsidiaria (como por ejemplo el procedimiento ordinario del CPC, que aplica en ausencia de procedimiento específico).

Néstor Pedro Sagüés, citado por el propio Henríquez Maionica, es aún más lapidario⁵⁰:

Se trata de averiguar, como requisito para admitir una acción de amparo, si los procedimientos regulares (sean judiciales o administrativos, resulten idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender el problema planteado. No basta, pues, que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría hartamente fácil (y a la vez, farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales o administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable.

Así, dado que el Derecho positivo venezolano no asume expresamente el carácter extraordinario del amparo y definiendo el amparo como un medio sucedáneo de tutela jurisdiccional, la prohibición de acceso al mismo bajo la premisa de la existencia de otra vía procesal resulta una arbitrariedad injustificable desde cualquier óptica.

2.3.3.2) Desde la visión sistemática-constitucional

Aunque consideramos que el razonamiento anteriormente expuesto es lo bastante convincente para desechar la exigencia irrestricta del agotamiento de la vía ordinaria,

⁵⁰Néstor Pedro SAGÜES, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*. (Astra: Buenos Aires, 1995), 179

consideramos necesario poner en evidencia la incompatibilidad entre la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria y el reconocimiento de la justicia como “valor superior” del ordenamiento jurídico, así como con la garantía de los principios, derechos y deberes como “fin esencial” del Estado. Cuestiones ambas recogidas en los artículos 2 y 3 de la Constitución.

Las normas citadas reconocen la preeminencia de valores superiores del ordenamiento jurídico. Ello se deduce tanto de su ubicación en el título de disposiciones fundamentales, como de su contenido. Como ha expuesto el autor español Pablo Lucas Verdú⁵¹, la recepción de los valores por el texto constitucional es una garantía no solo de su supremacía sino de su fuerza jurídica e impacto en un plano distinto del de las ideas.

Este proceso de constitucionalización de los valores desemboca en la asunción del Estado material de Derecho, y más precisamente, de la supremacía –y suprallegalidad, según Manuel Aragón Reyes⁵²– de la Constitución, atributo derivado de su formalización. Supremacía y suprallegalidad de las cuales deriva inexorablemente su valor normativo, reconocido en el artículo 7 del texto fundamental⁵³. De allí que estos valores no pueden interpretarse como una suerte de normas programáticas, sino que se erigen como marcos de referencia vinculantes en la interpretación y la aplicación del Derecho en Venezuela.

⁵¹Pablo Lucas Verdú, *Dimensión axiológica de la Constitución*. Disponible online en: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A74/A74-4.pdf> : *La constitucionalización de los valores, su recepción por las Constituciones, se opera de modo formal y material en sentido estricto. Veamos: a) La constitucionalización implica, la escritura y la codificación. El constitucionalismo liberal insistió; desde sus inicios, en la redacción articulada de los documentos fundamentales. En la escritura y en la codificación veían una garantía de la libertad y de la igualdad frente a las leyes fundamentales del Antiguo Régimen considerando sus parcas referencias escritas, ejemplos del goticismo constitucional. (...) De la formalización constitucional mediante la escritura y la codificación, se desprenden unas consecuencias capitales para el derecho occidental: supremacía de la Constitución y rigidez constitucional y a partir del ejemplo norteamericano el examen de constitucionalidad de las leyes. Cuestiones bien sabidas. Sólo recordaremos que apuntaban a conseguir la permanencia de la Constitución cuya reforma la regula ella misma. Esto guarda conexión con su defensa”*

⁵² Manuel Aragón Reyes, *Significado de la Constitución*, Estudios de Derecho Constitucional. (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2009), 159-179

⁵³ Emilio García De Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. (Thomson Civitas: Navarra,), 47-65

Como corolario de todo lo anterior, los órganos del Estado están obligados a buscar la justicia material, entendida en el sentido de adecuada al caso concreto, así como a garantizar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes estatuidos en la Constitución. Dentro de esos principios, derechos y deberes, se cuenta no solo el derecho al amparo, sino también los deberes de garantizar el acceso al amparo y a administrar justicia sin reparar en formalismos no esenciales, además del principio del proceso como instrumento de realización de la justicia.

2.3.3.3) Enfoque finalista-utilitario

Se estima necesario abordar la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria desde el resultado que, como requisito, pretende ofrecer. Se supone que la limitación del acceso al amparo es una política judicial destinada a evitar que se sobrecargue el sistema de administración de justicia por el uso indiscriminado del amparo.

Como ya hemos indicado (vid. Nota 17), para Eguigueren Praeli, en América Latina hay una tendencia normativa a restringir el acceso al amparo. Rubio Llorente, en el mismo sentido, enseña que esa situación es una problemática difundida por doquier. En Europa, las limitaciones indicadas en el estudio del citado tratadista español no han devenido en una disminución del volumen de controversias, ni siquiera en sistemas de justicia mejor organizados y con mejor funcionamiento que el nuestro. De ello se deduce, pues, que restringir el acceso al amparo, además de desapegado al Derecho positivo venezolano, a sus caracteres y a los valores constitucionales, es desproporcionado y francamente inútil para lograr descongestionar la administración de justicia; máxime a partir de la experiencia nacional y comparada al respecto.

Sintetizando los enfoques conceptuales, consideramos la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria como consecuencia del carácter extraordinario del amparo, es: (i) un anacronismo y una arbitrariedad a la luz de su carácter sucedáneo; (ii) una manifiesta contravención a dos valores constitucionales: la búsqueda de la justicia en el caso concreto

Miguel Porras

(art. 2) y la garantía de derechos, principios y deberes establecidos en la Constitución (art. 3); (iii) una medida desproporcionada e inútil para evitar el abuso del amparo, resultante de una posible importación acrítica de la cultura jurídica europea. En consecuencia, podemos afirmar que la exigencia de agotamiento de la vía ordinaria tampoco tiene sustento conceptual suficiente.

CONCLUSIONES

3.1) El amparo es un procedimiento especial al cual los justiciables tienen derecho a acceder y el Estado está obligado a garantizar sin más limitaciones que las que emanen de la ley, sin incurrir en formalismos no esenciales, de conformidad con los artículos 3, 27 y 257 de la Constitución.

3.2) El amparo es un procedimiento que tiene por objeto que lo ocupa la amenaza o violación *calificada* de derechos y garantías fundamentales, cuyo fin es la protección del ejercicio y goce de derechos y garantías fundamentales, y cuyo efecto es la condena al agente lesivo a corregir tal amenaza o violación mediante una orden de dar, hacer o no hacer.

3.3) El amparo es un modo de tutela jurisdiccional que encarna la visión difusa de la justicia constitucional, la concepción de la justicia (material) como valor superior del ordenamiento jurídico, de la garantía de derechos como fin esencial del Estado y del valor normativo de la Constitución, según lo establecido en los artículos 334, 2, 3 y 7 de la Constitución, respectivamente.

3.4) El amparo es un mecanismo de tutela jurisdiccional de orden subjetivo, por lo cual las reglas del procedimiento de amparo deben ser interpretadas de manera tal que se honre el principio de flexibilidad, se favorezca el acceso a la justicia y se pueda cumplir con su finalidad especial de tutela de derechos y garantías fundamentales.

3.5) El amparo es un procedimiento especial en su objeto, finalidad, principios rectores, admisión, trámite y procedencia.

3.6) El amparo es un procedimiento sucedáneo, no subsidiario, respecto de las vías ordinarias, por lo cual, el justiciable tiene pleno derecho a escoger entre el amparo y las vías ordinarias.

Miguel Porras

3.7) El régimen jurídico venezolano de admisibilidad del amparo es incoherente y prácticamente lo desvirtúa, pues crea confusión respecto de la naturaleza jurídica de las causales de inadmisibilidad y sobre el trámite procedimental que ha de dárseles.

3.8) No existe en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales una norma que establezca una prohibición objetiva y expresa de activar la vía del amparo en caso de que no se acuda a las llamadas vías ordinarias o recursos preexistentes. Interpretar que existe un deber ineluctable de agotar las vías ordinarias conduce al absurdo escenario de la derogación práctica del amparo. El justiciable tiene pleno derecho a escoger entre el amparo y la vía ordinaria.

3.9) El desarrollo jurisprudencial más atinado en la materia, aún partiendo de un falso supuesto como el carácter extraordinario del amparo, ofrece una herramienta metodológica útil, un test de razonabilidad, para procurar la necesaria armonía entre la protección de derechos y garantías, la flexibilidad del amparo y el rigor formal propio de los procedimientos de protección de la Constitución.

3.10) Adoptar el carácter extraordinario del amparo no ha significado una mejora de los indicadores cuantitativos ni cualitativos de la administración de justicia, como lo demuestran tanto la experiencia venezolana como la comparada.

4) Propuestas

4.1) Urge una reforma legislativa general en materia de Derecho Procesal Constitucional, en la cual se regularice de manera ordenada, coherente y sistemática el acceso a todos los mecanismos jurisdiccionales de protección constitucional, entre ellos el amparo. Ello permitirá establecer un marco normativo apto para prevenir -en mayor medida- las arbitrariedades típicas de nuestra cultura jurídica.

4.2) Las nuevas normas que se dicten para regular las relaciones entre las vías ordinarias o recursos preexistentes y el amparo, deben armonizar el derecho de escogencia del

Miguel Porras

justiciable, para satisfacer la finalidad tuitiva del amparo, y el rigor formal necesario y suficiente para precaver el abuso del amparo y la sobrecarga del sistema de justicia.

4.3) Cualquier norma sobre el particular debe exigir al juez honrar el carácter especial del amparo. En tal sentido, es necesario que se compare en cada caso *la idoneidad* del amparo y la vía ordinaria y *la necesidad* o no del amparo, siguiendo los siguientes parámetros, enlistados a título enunciativo: (i) la magnitud de las amenazas o daños actuales o potenciales; (ii) la inminencia de las amenazas o daños; (iii) la reversibilidad de los daños de no corregirse las amenazas o violaciones de derechos y garantías.

4.4) Para asegurar que los jueces cumplan adecuadamente con el rol de protectores de los derechos y garantías de los justiciables, se sugiere que, en caso de declararse la inadmisibilidad del amparo por no reputarse necesaria su activación, el Tribunal – de ser competente – tramite inmediatamente el asunto según el procedimiento que se estima idóneo, o decline inmediatamente la competencia del asunto si el ordenamiento jurídico no le atribuye poder para conocer, sustanciar o decidir una controversia.

4.5) Mientras se logra la voluntad política de emprender semejante reforma, urge un abandono de la jurisprudencia que propugna el carácter extraordinario del amparo como criterio básico de interpretación y aplicación del Derecho aplicable a la materia.

4.6) Se sugiere la adopción provisoria del test de razonabilidad establecido en la sentencia Bruno Zulli Kravos, suficientemente identificada, como criterio para identificar si un asunto amerita o no el trámite por la vía de amparo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREU BURELLI y Luis Aquiles MEJÍA ARNAL, *La Casación Civil*. (Caracas: ALVA, 2008)
- ARAGÓN REYES, Manuel *Significado de la Constitución*, Estudios de Derecho Constitucional. (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2009).
- BERNAL CANO, «*Los efectos de la acción de tutela más allá de los casos concretos. La protección de los derechos fundamentales en Colombia.*», *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n°. 21 (julio-diciembre 2009).
- BREWER CARÍAS , Allan R *El amparo constitucional en Venezuela*, Revista IUS, volumen 5, N° 27. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2011, http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/10/689-685-El-amparo-constitucional-en.Venezuela.-21-Mayo-2011..doc.pdf&ved=2ahUKEwiHyPD0scrpAhX4g3IEHb6jDQ4QFjAAegQIBhAC&usg=AOvVaw15TnWX6_S53eCioC9l_vCM
- BREWER CARIAS, Allan R. *La acción de amparo en Venezuela y su universalidad*. Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América Latina, Tomo I, (Tijuana: Ilcsa), 109-141. Disponible online en <http://allanbrewercarias.net>
- CELOTTO, Alfonso. *La Justicia Constitucional en el mundo: formas y modelos*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (México, Porrúa, 2004), N° 1, 3-14.
- CHAVERO GAZDIK, Rafael. *Régimen jurídico del amparo constitucional en Venezuela*, (Sherwood: Caracas, 2001).
- EGUIGUEREN PRAELI, Francisco José. *El amparo constitucional como proceso "residual" en el Código Procesal Constitucional Peruano*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 8 (2007), 147-175
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Emilio. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. (Thomson Civitas: Navarra,)
- HENRIQUEZ MAIONICA, *El amparo constitucional*. (Caracas: Sherwood, 2004)
- HERNANDEZ VALLE, Rubén. *Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 3

- KIRIAKIDIS LONGHI, Jorge. «*Precisiones en torno a la naturaleza del amparo constitucional y sus alcances: Su posición frente a los otros medios de tutela judicial y la cosa juzgada*». (tesis de especialización-Universidad Monte Ávila), 13. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/posgrados/derecho/revista/TRABAJO%2520ESPECIAL%2520DE%2520GRADO%2520JORGE%2520KIRIAKIDIS%2520NATURALEZA%2520DEL%2520AMPARO.pdf&ved=2ahUKEwiJx-XotsrpAhWDmuAKHQamC8IQFjAAegQIAhAB&usg=AOvVaw3qlqAHpF7ndVG3tWZOOpFCK>
- MEJÍA ARNAL, Luis Aquiles. «*El juicio oral. Resumen de doctrina. Comentarios. Resumen para los alumnos de Derecho Procesal Civil II, UCV*». Acceso el 07 de julio de 2020, <http://venezuelaprocesal.net/juicioral.htm#Toc194906297>
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, (Caracas: Fronesis, 2004)
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Teoría General del Proceso*, (Caracas: Fronesis, 2004), 446
- RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano según el Código de Procedimiento Civil de 1987*. Tomo II, (Caracas: Capriles, 1995).
- RENGEL ROMBERG, Arístides. «El proceso civil», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 2 (1965-1966), http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/2/UCAB_1965-1966_2_144186.pdf&ved=2ahUKEwj2lpDS2dLpAhXSVN8KHTLqBV0QFjAAegQIBRAC&usg=AOvVaw1L4m4k0Xc5W64udKsrn660, 144-186
- ROLLA, Giancarlo. *Juicio de legitimidad constitucional y tutela de los derechos fundamentales*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 3 (México: Porrúa, 2005), 271-293
- Rubén Hernández Valle. *Los procedimientos de admisibilidad en los procesos constitucionales*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 3 (México: Porrúa, 2006)
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard «*La acción de amparo constitucional a raíz de la vigencia de la Constitución de 1999*», *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la UCV*, N°119 (2000), 147-172.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. El amparo constitucional, en *Escritos sobre Jurisdicción Constitucional*, (Mc Graw-Hill Interamericana: 1997), 31-61;

Miguel Porras

TORO DUPOUY, María Elena. *El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (años 2000-2002)*, Revista de Derecho Constitucional (Sherwood: Caracas, 2002), N° 6, 241-256

TORO DUPOUY, Maria Elena La protección de los derechos constitucionales y el derecho procesal administrativo. En: *El contencioso administrativo hoy*, Jornadas 10° aniversario de FUNEDA, pag. 54-55

SAGÜES, Nestor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*. (Astra: Buenos Aires, 1995), 179

VERDÚ, Pablo Lucas. *Dimensión axiológica de la Constitución*. Disponible online en: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A74/A74-4.pdf>

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Carlos Fuentes Espinoza

Abogado egresado de la Universidad Santa María. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Tesista en la Maestría de Derecho Constitucional y cursante del Doctorado en la misma casa de estudios. Autor de diversos ensayos publicados en revistas especializadas así como ponente en congresos celebrados en materia procesal. Autor del blog jurídico carloswfuentes.wordpress.com.

Resumen:

El presente trabajo consiste en una investigación dirigida a estudiar el instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa expresamente previsto en el artículo 336.7 de la Constitución así como su aplicación por parte de la jurisdicción constitucional en Venezuela. Para su desarrollo, se aborda el fundamento constitucional y legal del instrumento adjetivo, su concepto, justificación, modalidades, legitimación, procedimiento, objeto, la necesidad de una violación concreta para su debido conocimiento y resolución, normas constitucionales objeto de tutela y el contenido de la sentencia que la declara para concluir, con fundamento en un criterio propio del autor y poniendo especial énfasis en la actuación que la Sala cúspide de la justicia constitucional ha llevado a cabo en torno a la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, en una postura que asegure el racional uso de la figura objeto de tratamiento así como el equilibrio que entre los Poderes Públicos debe imperar.

Palabras claves: Inconstitucionalidad por omisión legislativa, inacción del legislador, jurisdicción constitucional, equilibrio entre Poderes Públicos.

UNCONSTITUTIONALITY BY LEGISLATIVE OMISSION AND ITS APPLICATION BY THE CONSTITUTIONAL CHAMBER OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE

Abstract:

The present work consists of an investigation directed to study the institute of the unconstitutionality by legislative omission expressly foreseen in article 336.7 of the Constitution as well as its application by the constitutional jurisdiction in Venezuela. For its development, the constitutional and legal basis of the adjective instrument, its concept, justification, modalities, legitimation, procedure, object, the need for a specific violation for its due knowledge and resolution, constitutional rules subject to protection and the content of the sentence that declares it to conclude, based on the author's own criteria and placing special emphasis on the actions that the highest chamber of constitutional justice has carried out around the appointment of the rectors of the National Electoral Council, in a posture that ensures the rational use of the figure object of treatment as well as the balance that must prevail between the Public Powers.

Keywords: Unconstitutionality due to legislative omission, inaction of the legislator, constitutional jurisdiction, balance between Public Powers

INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente investigación de índole documental lo constituye el estudio detallado del instituto adjetivo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa de reciente creación constitucional; en efecto, la figura prevista en el numeral 7° del artículo 336 de nuestra Constitución vigente se incorporó, por vez primera, en un Texto normativo calificado como del más alto rango. En razón de lo anterior, no son abundantes los estudios que sobre esta especial figura se ha dedicado a abordar nuestra doctrina; del mismo modo, la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no ha sido prolija en la materia.

A pesar de la circunstancia relatada y teniendo como fuente la autorizada doctrina que en torno al instituto se ha producido, se analizarán las características que dan vida a la inconstitucionalidad originada por la inacción del legislador; del mismo modo, se efectuará un examen sucinto de los casos que ha resuelto la Sala cúspide de la jurisdicción constitucional al conocer de demandas cuya pretensión está referida al eventual perjuicio ocasionado por la abstención del órgano detentor de la representación popular, con especial mención de las relativas a las designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral. Asimismo, se describirán algunas de las posturas asumidas por el Derecho Comparado, tanto a nivel legal como a nivel jurisprudencial, en relación con la inconstitucionalidad omisiva.

Por último, se tratará de mostrar una postura propia en torno al contenido de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad por omisión legislativa, tema evidentemente álgido desprovisto de una posición unánime.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Fundamento del instituto cuya investigación se ejecutó lo constituye la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que, en el apartado que nos interesa y debido a su innegable relevancia, nos atrevemos a reproducir:

Carlos Fuentes Espinoza

Aunado a ello e inspirada nuevamente en una tendencia presente en derecho comparado, la Constitución atribuye a la Sala Constitucional la potestad para decidir sobre la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, mecanismo que ha tenido un auge creciente en países como Argentina, Brasil, Costa Rica, Hungría y, especialmente, Portugal.

La inconstitucionalidad por omisión se produce por la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impida su eficaz aplicación. Con este mecanismo se persigue evitar, situaciones como las que se originaron en el caso del artículo 49 de la Constitución de 1961 y la falta de una legislación sobre amparo constitucional, durante casi treinta años

De esta manera, dicha figura de corte procesal fue plasmada en el artículo 336 numeral 7° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como a continuación se transcribe:

Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

Previsión constitucional que fue ampliada mediante la aprobación de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 25, numeral 7°:

Artículo 25. Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento con la Constitución de la República, o las haya dictado en forma incompleta, así como las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos o las medidas para su corrección.

CONCEPTO

Respecto a este instrumento de justicia constitucional incluido por vez primera en la Constitución de 1999, la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal de Justicia, mediante fallo de fecha 9 de julio de 2002, expediente N° 01-2337, lo definió de la siguiente manera:

La acción mediante la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad del órgano legislativo que ha permanecido inactivo en el cumplimiento de su obligación concreta de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo, de manera tal que dichos preceptos o uno de ellos, se hace ineficaz, con lo cual se produce la vulneración constitucional

Por su parte, el catedrático venezolano Casal (2004) enseña que:

La omisión legislativa inconstitucional, o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la Norma Suprema exigía (p. 200).

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia concibió a esta figura inserta en su ordenamiento vía jurisprudencial como mecanismo dirigido a controlar “*todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución*” (Fallo C-543 de 1996).

JUSTIFICACIÓN

En relación a la justificación que sustenta la incorporación de esta novel figura en nuestro Texto Fundamental, la autora Escudero (2001) explica que la misma radica en la necesaria eficacia que debe revestir a los derechos fundamentales y, por su singular relevancia, a los calificados por la doctrina como derechos prestacionales (económicos, sociales y culturales) que requieren de una especial conducta positiva por parte del Estado para su verdadera satisfacción; es decir, argumenta la autora que al incurrir en inacción el legislador al dejar de desarrollar algún derecho constitucional, dicho precepto requerirá, a

Carlos Fuentes Espinoza

los efectos de su plena exigencia para quien lo reclame, que el juez constitucional establezca, al menos, el contenido mínimo de ese derecho a los fines de poder ser objeto de materialización.

En similar sentido se pronuncia el autor Sagués (2002); en efecto, luego de comentar el contenido de la doctrina detractora del instituto analizado consistente en la eventual usurpación de funciones en la que incurriría el Poder Judicial al ejercer una labor propia del Poder Legislativo así como el derecho del legislador a guardar silencio en torno al desarrollo de determinada norma programática basado, fundamentalmente, en la discrecionalidad política que ostenta como representante popular, explyea que la Constitución se muestra como una norma jurídica obligatoria que vincula tanto al Legislativo como al Judicial como Poderes Constituidos limitados por el Documento resultante de la misión ejercida por el Poder Constituyente.

Entre tanto y en torno a la justificación de esta institución recién instalada en nuestro ordenamiento constitucional, el autor patrio Combellas (2001) adujo que la misma es una *“novedosa forma de control constitucional que tiene su fundamento en el principio de la supremacía constitucional y la consiguiente subordinación del legislador, como poder constituido y limitado, al programa normativo contenido en la Constitución”* (p. 238).

Supremacía constitucional que, conforme a la redacción definitiva de nuestro vigente Texto Fundamental, quedó inscrita en su artículo 7 y conforme al cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fallo N° 760 del 27 de abril de 2007 sostuvo:

Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la norma normarum, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran.

Carlos Fuentes Espinoza

Del mismo modo, explica Peña (2008) que este principio de supremacía constitucional constituye una consecuencia ineludible del carácter normativo de Constitución, representando una particularidad inmanente en las Constituciones modernas e implicando no sólo el reconocimiento de dicha supremacía respecto a la jerarquía formal de las fuentes de Derecho sino también en relación con los actos que los distintos Poderes Públicos al efecto dictaren.

En apoyo a lo expuesto y conforme afirma el autor de la península ibérica López (1994), no se podría pensar que los Poderes constituidos surgidos a partir del Documento Fundamental que los origina dictaren actos que contradijesen dicho Documento; carecerían de legitimidad en su actuación si se verificara tal situación. Por este motivo, la Constitución se presenta “*a la vez como norma habilitadora de la actividad de los poderes públicos y como límite a su actuación (...).*” (p. 54)

En definitiva, la Constitución se revela como un verdadero derecho exigible sin cortapisa alguna ante los órganos encargados de administrar justicia, abandonándose, de esta manera, la concepción consistente en considerar al Instrumento Fundamental como mero compilador de normas programáticas sin vinculación a los Poderes Públicos.

MODALIDADES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En relación a las modalidades del instituto de inconstitucionalidad por omisión legislativa, Escudero (2001) refiere que, conforme se describe en el artículo constitucional consagratorio de dicho instituto, la mencionada inacción puede ser absoluta o relativa: se estará ante el primero de los casos cuando se verifica un silencio absoluto del legislador en torno a la norma que ha debido sancionar; asimismo, incurrirá en omisión relativa cuando, aun dictada la norma o medida, éstas resultan incompletas al excluir supuestos que han debido considerarse al momento de discusión y aprobación del texto normativo. Sostiene la autora, sin embargo, que esta segunda modalidad no se limita al menoscabo del principio de igualdad, tal como se prevé en derecho comparado, sino que abarca cualquier transgresión

Carlos Fuentes Espinoza

producto del dictado incompleto de la medida o norma que desarrolle el derecho constitucional en cuestión.

LEGITIMACIÓN

Dispuso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en uno de los pocos fallos que respecto a demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa ha proferido que, al constituir este tipo de acción una suerte de subespecie de la acción popular de inconstitucionalidad, la legitimación requerida para ejercerla es absolutamente amplia; esto es, cualquier persona podrá solicitar la tutela ante el juez competente en ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes a los fines de que se declare la inconstitucionalidad de la omisión denunciada.

Con la postura acogida por nuestra jurisprudencia en torno al asunto objeto de comentario, se otorga una legitimidad amplia no reconocida en el Derecho Comparado; así, ordenamientos como el portugués o el brasileño limitan la legitimación a órganos del Poder Público expresamente autorizados para ejercer esta acción mientras que la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, por ejemplo, prevé que cualquier persona podrá impulsar esta demanda siempre y cuando acredite un interés o perjuicio al momento de reclamar la tutela correspondiente.

PROCEDIMIENTO

En lo que al trámite de la figura objeto de comentario concierne, determinó la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal de Justicia, a través de sentencia N° 1582 de fecha 12 de junio de 2003, que a la misma se le aplicaría el procedimiento pautado en la extinta Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para los juicios de nulidad de los actos de efectos generales.

Posteriormente, la Sala detentora de la última palabra que en materia constitucional se emita diseñó, mediante fallo N° 1645 de 2004 y ante la deficiente regulación plasmada

Carlos Fuentes Espinoza

en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia aprobada ese mismo año de los procedimientos seguidos ante dicha Sala, un trámite que, según ella misma afirmó, estuviera absolutamente cónsono tanto con el principio de oralidad constitucionalmente consagrado como con los principios de inmediación y concentración.

Finalmente, a través de la promulgación de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 11 de mayo de 2010, se dispuso que las demandas cuya competencia corresponda a la Sala Constitucional de dicho máximo Tribunal y hasta tanto se dicte la respectiva Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 128 y siguientes de la mencionada Ley regulatoria de las funciones del alto Tribunal de justicia.

OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Explica el autor Antela (2004) que el objeto de este instituto de corte adjetivo no es otro que la omisión legislativa que devenga en inconstitucional, no sin dejar de acotar que, conforme apunta, no toda abstención del legislador resulta contraria a la Constitución y, por tanto, accionable mediante la inconstitucionalidad por omisión. Argumenta que para que dicha inactividad transgreda la Norma Fundamental debe haberse dejado de actuar dentro del plazo que la misma Constitución otorga o, en caso contrario, dentro de un plazo considerado por la doctrina como “razonable”.

Asimismo, arguye el autor de acuerdo a la regulación prevista tanto en el artículo 336 numeral 7° de la Constitución como en el artículo 25 numeral 7° de la Ley que rige las funciones del alto Tribunal de justicia venezolano, que el objeto de la pretensión de la inconstitucionalidad por omisión puede clasificarse de la siguiente manera:

- Omisiones legislativas en sentido estricto: referidas a aquellas propias de la función normativa del Poder Legislativo en sus tres niveles (Nacional, Estatal y Municipal).

Carlos Fuentes Espinoza

- Omisiones no legislativas: relacionadas con aquellas medidas no normativas necesarias para el cumplimiento de la Constitución, tal como la consagrada en el artículo 296 numeral 3°.
- Omisiones en las que incurren otros órganos del Poder Público Nacional: de acuerdo a la extensión planteada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en las que cualquiera de las omisiones de Poderes adicionales al Legislativo son objeto de control a través de la figura estudiada.

En definitiva, el objeto de dicha figura vendría dado por las omisiones en las que incurra el órgano legislativo u otro perteneciente al Poder Público Nacional al abstenerse de dictar las normas o medidas necesarias para hacer plenamente eficaces los dispositivos constitucionales –ejemplo de dichas medidas lo constituye las autorizaciones que deben emanar del cuerpo deliberante por excelencia en materias relacionadas con contratos de interés nacional– pues, conforme afirmó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “la tutela que efectúa esta Sala no es sólo respecto de la inactividad legislativa en un sentido formal (sanción de leyes), sino también respecto del cumplimiento de cualquier otra obligación en ejecución directa e inmediata del Texto Fundamental” (decisión N° 2497 de fecha 19 de diciembre de 2006).

Por otro lado y tal como se desprende de la lectura del artículo 25 numeral 7° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al comienzo de estas breves líneas transcrito, las omisiones devenidas en inconstitucionales no sólo pueden provenir del órgano legislativo sino también de otro órgano integrante del Poder Público Nacional; interesante resulta destacar que tal extensión también se prevé en ordenamientos como el brasileño o el de la Provincia de Río Negro, en Argentina. En efecto, en el primero de los reseñados el numeral 2° del artículo 103 de la Constitución de 1988 amplía la inconstitucionalidad por omisión a los órganos administrativos mientras que, respecto a lo previsto en el ordenamiento provincial del país gaucho, la inconstitucionalidad se extiende a la inactividad originadora del daño constitucional producido por los Poderes Ejecutivo y Judicial (Morales, 2001).

NECESIDAD DE UNA VIOLACIÓN CONCRETA

Presupuesto necesario para la procedencia de una demanda de inconstitucionalidad por omisión lo constituye la necesidad de que la violación objeto de denuncia aparezca concretizada y, por tanto, no esté referida a supuestos de transgresión genéricos; es decir, el accionante está impelido de advertir la ausencia de desarrollo legislativo de normas constitucionales que, expresa o implícitamente, establezcan la obligación de dicha reglamentación.

En este sentido, la Sala Constitucional del máximo Tribunal de la República, a través de sentencia N° 2497 de fecha 19 de diciembre de 2006, declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa interpuesta por la Fundación Latinoamericana para el Desarrollo de la Equidad, los Derechos Humanos, la Igualdad de Género, la Diversidad Cultural y la Gobernabilidad Democrática (FUNDAEQUIDAD) contra la supuesta inactividad del Consejo Legislativo del estado Carabobo al no sancionar una Constitución para dicha entidad federal; de esta manera, la referida Sala justificó dicho dispositivo al aducir que “para que proceda una acción por omisión es *imprescindible que el demandante invoque una norma o principio constitucional como violado, de donde derive, con claridad, una obligación*”

En cuanto a la actividad concreta que debe desprenderse explícita o implícitamente del Texto Constitucional, sin desperdicio constituye la clasificación que en torno a los distintos niveles de concreción lleva a cabo la autora Urosa (2005); en primer lugar, explica la autora que en la Constitución se prevén normas cuyo nivel de concreción es máximo por cuanto establece, sin equívocos, el plazo dentro del cual el legislador debe ejercer su labor constitucionalmente asignada (caso de la Disposición Transitoria Tercera); en segundo lugar, en el Documento Fundamental se incluyen mandatos provistos de un nivel medio de concreción; esto porque a pesar de ordenar la elaboración de una ley determinada, no incluye el plazo otorgado al legislador para que ejecute su misión, proporcionándole una cierta discrecionalidad respecto al momento de su sanción (caso artículo 18 de la Constitución); por último, la autora pone de relieve la existencia de normas constitucionales

Carlos Fuentes Espinoza

caracterizadas por un nivel de concreción mínimo por cuanto no indica al legislador ni el cómo ni el cuándo debe elaborarse un texto normativo regulatorio de un dispositivo constitucional (caso único aparte del artículo 111).

NORMAS CONSTITUCIONALES OBJETO DE TUTELA

Respecto a las normas constitucionales objeto de violación por ausencia de desarrollo legislativo, la autora Escudero (2001) argumenta, luego de distinguir entre normas autoaplicables y normas no autoaplicables, esto es, entre aquellas que no requieren de desarrollo legal para su plena eficacia y aquellas que, por el contrario, sí requieren de regulación normativa para garantizar su pleno cumplimiento, que las mismas son las pertenecientes al segundo grupo descrito; lo anterior aun cuando reconoce que todos los derechos incluidos en la Carta Magna son de directa aplicación por parte de los operadores judiciales y que, en consecuencia, incluso tratándose de normas no autoaplicables el juez debe garantizar un contenido mínimo al momento de ser tutelada la pretensión contentiva del dispositivo constitucional no reglamentado; circunstancia esta que, explica, no constituye la situación ideal.

Del mismo modo, argumenta la autora que, según se desprende del contenido del artículo 336 numeral 7° de la Constitución Nacional y tal como se prevé en países como Portugal e Italia, la totalidad de los derechos constitucionales incluidos en dicho Texto son tutelables mediante el instituto objeto de reflexión y no, como se consagra en ordenamientos extranjeros, sólo las normas contentivas de derechos fundamentales pertenecientes a su parte dogmática, tal como está concebido en el ordenamiento alemán y polaco.

Respecto a la distinción entre normas constitucionales operativas y aquellas que requieren desarrollo reglamentario (autoaplicables y no autoaplicables), el autor Eto (2002) afirma que, a pesar de la existencia de un sector de la doctrina empeñada en negar tal distinción, en la práctica se verifican normas del más alto rango que se revelan más eficaces

Carlos Fuentes Espinoza

que otras, destinándose la institución objeto de tratamiento para la denuncia de ausencia de desarrollo legislativo de normas calificadas como programáticas.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Explica el autor Antela (2004) que, de acuerdo al contenido del artículo 336 numeral 7° de la Constitución, el juez constitucional no sólo está limitado a declarar la inconstitucionalidad que por omisión haya incurrido el órgano legislativo nacional, estatal o municipal sino que, además, debe prever un plazo para que el cuerpo parlamentario proceda a ejecutar su función y, de ser necesario, establecer los lineamientos a que haya lugar para su corrección; de limitarse la acción del juez constitucional a la mera declaración de la omisión inconstitucional advertida, se le “*haría un flaco favor al accionante, que no vería realmente satisfecha su pretensión*” (p. 32).

Aún cuando del propio artículo Constitucional pareciera desprenderse el contenido de la sentencia emitida por la Sala detentora de la jurisdicción constitucional al declarar la inconstitucionalidad de la omisión denunciada, la jurisprudencia creada por dicha Sala pareciera haber utilizado, al momento de dictar sus fallos relacionados con la materia, modalidades de decisiones adicionales a la expresamente prevista en la norma constitucional citada.

Así lo explica el autor Márquez (2008) al señalar que la tantas veces mencionada Sala emite sentencias que van desde la simple merodeclarativa, indicadora del plazo otorgado al legislador para que cumpla su misión y, en determinados supuestos, contentiva de lineamientos que debe seguir el órgano parlamentario al elaborar el texto normativo, hasta sentencias interpretativas de carácter aditiva que no hace otra cosa sino llenar el vacío producido por la abstención del órgano portador de la representación popular, dando eficacia directa a la norma fundamental objeto de violación por omisión a través de la utilización de la denominada jurisdicción normativa; proceder este que un vasto sector de la doctrina ha criticado por su naturaleza usurpadora pero que, conforme afirma el autor, ofrece una solución ante la situación perjudicial originada por la abstención del legislador,

Carlos Fuentes Espinoza

sobre todo en los casos en los que otorgado a éste un plazo para legislar incumple su encomienda manteniéndose en el tiempo la violación constitucional acusada, tal como ocurrió con la pasividad en el actuar por parte de la Asamblea Nacional al no dictar la Ley Orgánica de Régimen Municipal y que, al demandarse la inconstitucionalidad de dicha omisión, la Sala Constitucional, mediante decisión de fecha 31 de mayo de 2004, expediente N° 03-1167, otorgó un plazo para que se sancionara, transcurrido el cual sin haberse ejecutado la orden impartida, procedió dicha Sala a llenar la laguna originadora del daño denunciado.

Aun ante el proceder de la Sala Constitucional en el caso relatado, la misma reconoció la imposibilidad de suplir la omisión en su totalidad ante casos de evidente complejidad técnica y jurídica pues, conforme argumentó, no puede “transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige”.

Del mismo modo se pronunció mediante fallo N° 1168 del 15 de junio de 2004 en el que, luego de declararse la inconstitucionalidad por omisión al abstenerse el legislador de dictar el nuevo régimen de prestaciones sociales conforme lo manda la Disposición Transitoria Cuarta, numeral tercero de la Constitución, procedió a darle un plazo de seis meses a la Asamblea Legislativa a los fines de que sancionara el respectivo texto normativo pues, de acuerdo a lo argumentado, dictar lineamientos técnicos con carácter vinculante “constituiría un desconocimiento del principio de técnica fundamental que es el principio de división en ramas del Poder Público...”

No se pronunció de la misma manera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando, mediante fallo de fecha 25 de agosto de 2003, expediente N° 03-1254, procedió a sustituirse en las funciones propias del Poder Legislativo al designar tanto a los miembros principales como a los suplentes del Consejo Nacional Electoral hasta tanto la Asamblea Nacional designara a los rectores que habrían de integrar el mencionado ente comicial.

Carlos Fuentes Espinoza

La disparidad manifestada en las decisiones publicadas por la Sala cúspide de la jurisdicción constitucional condujeron al autor Márquez (2008) a proponer una unificación de criterios y límites dispuestos a dicha Sala al momento de declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa pues lo contrario, afirma, se traduciría en una “indefensión expresada en el contenido de futuras sentencias” (p. 282).

Postura digna de mención en torno al contenido de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad por omisión advertida la constituye la expresada por la autora Urosa (2005); expresa que, conforme se desprende del artículo constitucional regulatorio de la figura objeto de reflexión, el juez constitucional debe limitarse a establecer el plazo a otorgar al legislador así como los lineamientos, de ser necesarios, para la corrección de la omisión declarada pero nunca, conforme arguye, determinar el contenido de la ley cuyo texto va a ser objeto de elaboración por parte del órgano parlamentario; permitir lo contrario implicaría una clara violación al principio de separación de poderes que, según aclara la autora citada, no se menoscaba con la incorporación en nuestro ordenamiento constitucional del instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Volviendo con el criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal de Justicia, revelador se muestra la postura asumida por dicha Sala cuando, mediante fallo N° 1582 del 12 de junio de 2003, afirmó lo que a continuación se copia:

Las decisiones emanadas de las acciones de inconstitucionalidad por omisión y en que la Sala Constitucional, en virtud del mantenimiento de la integridad, efectividad y la supremacía constitucional, consagradas en los artículos 334 y 335 constitucionales, llene los vacíos que puedan hacer inoperantes a las instituciones desde el punto de vista constitucional en virtud de tal omisión, tienen carácter estrictamente provisionales hasta tanto el órgano a quien se le imputa la omisión, cumpla con su obligación constitucional, y así se declara.

Perentorio resulta destacar en relación a los efectos producidos por las decisiones que en torno a las demandas por inconstitucionalidad se emitan, que las mismas adquieren el atributo de cosa juzgada material por lo que, una vez declarada la inconstitucionalidad

Carlos Fuentes Espinoza

reclamada, no será necesario que otro sujeto ruegue, de nuevo, la misma declaratoria por parte del Tribunal cúspide de la jurisdicción constitucional.

Examinando el tratamiento que el Derecho Comparado, específicamente el neogranadino, le ha dado al tipo de decisiones emitidas por la Corte Constitucional en el marco de declaratorias de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la autora Ibagón (2002) explica que son tres las modalidades de sentencias de las que se ha hecho valer la Corte cúspide de la jurisdicción constitucional del vecino país; a saber:

- Sentencias interpretativas: en este tipo de fallos, se analizan las diversas interpretaciones que se pueden efectuar respecto a un mismo texto normativo, excluyéndose la que resulte contraria a la Constitución.
- Sentencias integradoras aditivas: a través de esta modalidad, la Corte no se pronuncia respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma denunciada sino que procede a integrar los supuestos excluidos por la misma; en este caso estamos ante la presencia de inconstitucionalidad por omisión relativa.
- Exhortos constitucionales: abarcan desde consejos hasta formas más coactivas; están referidas a advertencias al legislador para que reglamente un determinado dispositivo constitucional.

Del mismo modo y continuando con el recorrido por el derecho foráneo, la jurisprudencia española a través de su Tribunal Constitucional dispuso que a pesar de la existencia de derechos necesitados de desarrollo legislativo, los mismos contienen un contenido mínimo esencial que en todo caso habrá que garantizar su aplicabilidad; de esta manera, dicho Tribunal al declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa ha procedido a hacer uso de sentencias contentivas de recomendaciones al legislador, de decisiones denominadas manipulativas aditiva o constructiva, de fallos que declaran la inconstitucionalidad parcial de la norma objeto de omisión relativa y los que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad de la norma cuestionada (Morales, 2001).

Carlos Fuentes Espinoza

En lo que concierne a la solución aportada por la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, imprescindible resulta su comentario. En efecto, la norma contenida en su artículo 207 dispone dos etapas, consideradas por quien suscribe, sucesivas; la primera está referida a la intimación al legislador para que dentro de un plazo determinado por el juez dicte el texto omitido objeto de declaratoria de inconstitucionalidad; la segunda constituye una consecuencia de la primera; es decir, si el legislador desacata la orden impartida por el Poder Judicial, éste procederá, sin efectos *erga omnes*, a integrar el vacío normativo mediante la utilización de la analogía, los principios generales de derecho o, incluso, el derecho extranjero; asimismo, se prevé que ante la imposibilidad de llenar el vacío producido por el legislador el juez constitucional ordenará una reparación patrimonial al afectado por la inacción legislativa (Morales, 2001).

Descrita la posición que tanto la doctrina vernácula como la extranjera asumen respecto al contenido de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, considera quien suscribe fijar una postura propia en relación a este tema de tan encontradas visiones.

En este sentido y tal como se mencionara al comienzo de estas palabras, el principio de supremacía constitucional se erige como el fundamento a través del cual se debe conducir el Poder Público Nacional; de esta manera, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa se concibe como un instrumento más de defensa de la Constitución digno de ser defendido; además, dicho principio, a juicio de quien presenta estas ideas, constituye base suficiente para alentar una postura cónsona con el rol más activo del ente jurisdiccional con competencia constitucional. Es decir, ante la ausencia de desarrollo de un precepto constitucional y, en consecuencia, ante la ausencia de eficacia del mismo, el Poder Judicial no puede quedarse inmóvil ante la situación originada por la inacción del legislador pues, como se mencionara, se está ante un derecho catalogado como del más alto rango.

Carlos Fuentes Espinoza

Sin embargo, la postura narrada de ningún modo implica abogar por la sustitución del órgano natural para la elaboración de textos normativos por el juez constitucional, esto es, el reemplazo del Poder Legislativo por el Poder Judicial. De lo que se trata es de conciliar las funciones atribuidas a ambos poderes en aras de la eficacia real de las normas previstas en el Texto Constitucional.

Aunado a lo señalado y tal como enseña el profesor Casal (2004), “La división de los poderes no puede ser concebida como la atribución, con carácter de exclusividad, de cada una de las principales funciones públicas a conjuntos orgánicos determinados, por cuanto son múltiples los supuestos de interrelación y de mutua influencia entre cada uno de éstos” (p. 188).

En torno a la idea asomada, precisión interesante digna de comentar la constituye la expuesta por el autor Sagués (2002) en relación al cambio de conciencia experimentado en la cultura constitucionalista y que avala, de algún modo, una actitud activista del órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional; en este sentido, expone el autor que, a pesar de las posiciones antagónicas en torno al rol de los tribunales constitucionales al ejercer su labor traducidas en el conservadurismo y en el activismo, la sociedad cada vez con mayor frecuencia reclama del Poder Judicial soluciones no aportadas por el Legislativo ni por el Ejecutivo pues, conforme afirma, “situaciones injustas que otrora se soportaban, hoy resultan ya inadmisibles” (p. 618).

Ordenamiento digno de imitar para el autor de estas líneas lo representa el de la Provincia de Río Negro, en Argentina; en efecto y tal como se explicara en su momento, el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la conducta omisiva del legislador al tiempo de intimarlo para que proceda a regular la norma fundamental objeto de violación; si el Poder Legislativo incumple la orden emanada del juez constitucional, éste procede a integrar el vacío normativo producido por la abstención acusada a través de la utilización de la analogía, los principios generales del derecho y el derecho extranjero.

Carlos Fuentes Espinoza

Es decir, si la Sala Constitucional declara la inconstitucionalidad omisiva acordando un plazo al legislador para que sancione el respectivo cuerpo normativo absteniéndose éste de elaborarlo, dicha Sala deberá tornar operante la norma constitucional privada de eficacia estableciendo, al menos, criterios jurídicos generales a ser utilizados por el Poder Judicial ante la resolución de un caso particular. A fin de cuentas, será la correcta interpretación y, por tanto, utilización de esta potestad otorgada por el constituyente al juez constitucional la que concilie las funciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Tal vez fue esta la razón que condujo al autor Sagués (2002) a comentar la excesiva intromisión que pudiera generarse en el ordenamiento venezolano al instituir el artículo 336 numeral 7° de nuestra Constitución la posibilidad de dictar lineamientos para la corrección al legislador inactivo; argumenta que, ante un uso indebido de dicha potestad por parte de la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal, pudiera usurpar dicha Sala funciones que no le corresponde al inmiscuirse en la previsión que debe contener el texto normativo objeto de omisión; igualmente, concuerda en que dicha frase prevista en el dispositivo constitucional citado pudiera aceptarse siempre que se limite a la determinación tanto del tiempo como de la materia a ser objeto de desarrollo por parte del legislador.

Asimismo, imperante resulta comentar que la misma Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal ha reconocido sus límites como jurisdicción constitucional ante la ausencia de ejecución voluntaria por parte del legislador; así, dicha Sala argumentó que “...Lo anterior se dispone con estricto apego a los límites del juez constitucional, en los supuestos de ejecución forzosa de fallos de control de omisiones legislativas, tal como se expuso en la sentencia de esta Sala del 31 de mayo de 2004 (caso Ley Orgánica del Poder Municipal)” (Sentencia N° 91 del 02 de marzo de 2005).

Límites estos que, por cierto, se enmarcan bajo la figura de la auto limitación o *self restraint* que conforme explica la autora Escudero (2001) “limita a través de la utilización de la prudencia, la posibilidad de éstos de utilizar los poderes otorgados en protección de la Constitución, para actuar fuera de las limitaciones impuestas a su cargo”

Carlos Fuentes Espinoza

Resumiendo, somos contestes en que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ostente la potestad de dictar lineamientos para la corrección de la omisión inconstitucional declarada y que, en caso de incumplir el legislador con dicho mandato, intervenga la Sala citada estableciendo criterios generales de aplicación de la norma constitucional en cuestión para que, de esta forma, se garantice la fuerza normativa de los preceptos incluidos en el Texto Fundamental pues, conforme explica el autor Bazán (2000), “el control sobre las omisiones inconstitucionales no apunta a habilitar un ‘arma’ para convalidar ‘indebidas interferencias’ de la judicatura en los restantes órganos estatales. De lo que sí se trata es de evitar que la mora legislativa (o la de los órganos competentes) bloqueen la fuerza normativa de la Constitución”

SOBRE LA DESIGNACIÓN DE LOS RECTORES DEL CNE POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ HACIENDO USO DEL INSTITUTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

Aspecto digno de reflexión lo constituye la recurrente designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral (CNE) por parte de la Sala Constitucional del máximo Juzgado vernáculo haciendo uso del instituto procesal objeto de estudio.

En efecto, desde hace poco más de tres lustros, la Sala detentora de la jurisdicción constitucional en Venezuela ha venido ejerciendo funciones propias del Poder Legislativo al designar a las personas que, en su momento e incluso actualmente, ocuparon y ocuparán el cargo de rector del ente comicial referido.

En este sentido, a continuación efectuaremos un breve repaso de las designaciones efectuadas e incorporaremos un somero comentario en torno a aspectos de inusitada relevancia:

1) Mediante sentencia de fecha 25 de agosto de 2003, expediente N° 03-1254, la Sala Constitucional, ante la demora en la designación de los miembros del CNE por parte de la Asamblea Nacional de la época, procedió a efectuar dichos nombramientos con efectos temporales hasta tanto el Órgano Legislativo nacional ejecutara la competencia constitucionalmente asignada.

Carlos Fuentes Espinoza

2) A través de fallo N° 1865 del 26 de diciembre de 2014 y ante recurso interpuesto por el propio presidente de la Asamblea Nacional de entonces, la Sala Constitucional, vista la imposibilidad alegada de alcanzar la mayoría prevista en el artículo 296 de la Constitución (dos terceras partes) luego de agotadas las fases necesarias para el nombramiento de los rectores, procedió a realizar la designación de los rectores que habrían de ejercer los cargos correspondientes conforme se dictaminó en la decisión identificada.

3) En sentencia N° 1086 del 13 de diciembre de 2016 y esta vez con fundamento en un supuesto desacato incurrido por la Asamblea Nacional, se declara la omisión legislativa y se designan, por siete años conforme se prevé en el artículo 296 de la Constitución, a dos de los rectores del CNE cuyo período había expirado.

Como aspecto digno de resaltar, la Sala Constitucional reconoce que la AN había llevado a cabo actos tendientes a la designación de dichos funcionarios pero, aunado al desacato citado y conforme arguyó la Sala mencionada, dicho Cuerpo Parlamentario demostró falta de diligencia al ejercer dicha labor.

Otra de las peculiaridades de obligatoria mención contenida en la decisión reseñada es que, de acuerdo a lo que se desprende de su texto, a los rectores nombrados se les designa para el período 2016-2023, por lo que luce incomprensible la más reciente designación de los cinco rectores del ente comicial -junio de 2020- considerando que se estaría desconociendo el mandato constitucional proveniente de la propia Sala (en el acápite siguiente se hará mención de esta decisión). En este sentido y respecto a una de las designaciones efectuadas (Socorro Hernández), se estaría anulando de forma abrupta su designación mientras que, en la otra (Tania Damelio), se estaría reiniciando el período de siete años consagrado en la *lex superior*.

4) Mediante decisión N° 68 del 05 de junio de 2020, de nuevo con fundamento en el supuesto desacato incurrido por la Asamblea Nacional, se vuelve a declarar la omisión legislativa y se designan, posteriormente a través de providencia N° 70 del mismo mes y

Carlos Fuentes Espinoza

año, a los rectores principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral por el período comprendido en el artículo 296 de la Constitución.

Como se mencionó durante la descripción del fallo anterior, en la sentencia emitida en el mes de diciembre del año 2016 se designan a dos de los rectores del ente comicial para el período 2016-2023; en este sentido y de acuerdo al contenido de la decisión objeto de comentario, pareciera dejarse sin efecto el nombramiento de dos rectoras para, en su lugar, efectuar una nueva designación pero, esta vez, de la totalidad de los miembros que componen el Órgano rector en lo que a la materia electoral en Venezuela respecta.

Otra de las curiosidades de imposible evasión ocurridas en el marco de las designaciones realizadas es el referido a la "valoración positiva" que efectúa la Sala Constitucional, en decisión posterior a la comentada (N° 69 del 10/06/2020), en torno a la labor ejecutada por el Comité de Postulaciones Electorales como órgano adscrito al CNE. En este sentido, la Sala mencionada le otorga un plazo de setenta y dos (72) horas a la Asamblea Nacional a los fines de que remita el listado de ciudadanos preseleccionados para integrar el Cuerpo Colegiado Electoral. El hecho paradójico de semejante accionar es que, tanto en la sentencia publicada en diciembre de 2016 como en la N° 68 de junio de 2020, se declara la ausencia de eficacia y validez de cuanto acto emane del Órgano Parlamentario relacionado con la designación de los rectores que habrán de conformar el CNE. Esto es, si cada uno de los actos efectuados por la Asamblea Nacional tendientes al nombramiento de los rectores resulta carente de validez jurídica debido al supuesto desacato en el que dicho Cuerpo habría incurrido, ¿cómo se puede "valorar positivamente como hecho político" la labor realizada por el Comité de Postulaciones Electorales enmarcada en la función comentada al punto de otorgarle un plazo de setenta y dos horas a los fines de que remita la lista de ciudadanos preseleccionados?

Asimismo, no debemos pasar por alto un par de procedimientos que ignoran los extremos consagrados en el artículo 296 de la Constitución. En efecto, el primero está referido al momento de nombramiento de los rectores que habrán de conformar el ente comicial. En este sentido, debemos precisar que de los cinco miembros del Consejo, tres son postulados por la sociedad civil en tanto los dos restantes son promovidos por las

Carlos Fuentes Espinoza

facultades de ciencias políticas y jurídicas de las universidades nacionales y por el Poder Ciudadano. En lo que al momento de designación respecta, la norma en cuestión prevé que los tres postulados por la sociedad civil serán nombrados por la Asamblea Nacional al inicio de cada período mientras que los otros dos a la mitad del mismo; esto es, se efectúa el nombramiento de forma separada. El caso es que, como muestra de la más crasa de las violaciones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia procedió a designarlos en un mismo momento a través de un solo acto, en el caso que nos ocupa mediante sentencia jurisdiccional. El segundo de los desconocimientos del artículo constitucional está relacionado con la escogencia del Presidente que encabezará al Cuerpo Colegiado; así, el dispositivo de máximo rango prevé que el Consejo, en su seno, elegirá al rector que detente la posición señalada. Pues bien, la tantas veces reseñada Sala del máximo Juzgado impidió que los rectores designados escogieran a su Presidente sino que, al contrario, procedió ella misma a nombrarlo cortando de raíz cualquier vestigio de independencia que los recién designados funcionarios hubieran tenido a bien manifestar.

En otro orden de ideas y tal como se asomara, en los dos últimos fallos reseñados se declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa con base en el supuesto desacato incurrido por la Asamblea Nacional. Con relación a dicha figura en la que ha venido incurriendo el Parlamento al hacer caso omiso a fallos judiciales emanados de la Sala Electoral del TSJ relativos a la orden de desincorporación de tres diputados electos por el estado Amazonas, indispensable resulta destacar el estrecho vínculo que la Sala Constitucional ha establecido entre dicha figura y la inconstitucionalidad por omisión legislativa. En efecto, a partir del instante en la que se produjo el supuesto desacato por parte del Órgano Legislativo (fallo N° 260 del 30 de diciembre de 2015 emitido por la Sala Electoral del TSJ) no sólo se ha declarado la nulidad de actos normativos producidos por el Poder Legislativo (ver fallos Nros. 808 del 02/09/16, 1012, 1013 y 1014 del 25/11/16 y N° 1 del 06/01/17) sino que, además y como se adelantara, se ha declarado la procedencia del instituto previsto en el artículo 336.7 de la Constitución como si de una relación causa-efecto se tratara. Esto es, mientras se persista en el supuesto estado de desacato habrá motivos más que suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la abstención del

Carlos Fuentes Espinoza

parlamentario mientras que, si a éste se le ocurre acatar la orden judicial emanada de la Sala Electoral del máximo Juzgado (desincorporación de los tres diputados elegidos para el estado Amazonas) habrá superado dicho estado y, por tanto, las actuaciones ejecutadas o por ejecutar estarán revestidas de validez (ver, al efecto, sentencia publicada por la Sala Constitucional en fecha 14 de enero de 2016, expediente N° 2016-0003).

Cónsono con lo expuesto y dando por sentado el motivo de oportunidad política (el despojo de la mayoría calificada obtenida por el Poder Legislativo mediante comicios celebrados en diciembre de 2015) que tuvo a bien aducir el órgano judicial especializado en materia electoral para ordenar la desincorporación de los representantes del estado Amazonas elegidos y, por tanto, para calificar como desacato la negativa de la Asamblea en cumplir dicho mandato, lo cierto es que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, haciendo uso del instituto previsto en el artículo 336.7 de la Norma Fundamental, obvió el contenido que la sentencia debe prever al declarar la procedencia de dicho mecanismo adjetivo dispuesto para ofrecer resguardo al Texto Constitucional. Es decir, bajo el amparo del supuesto desacato incurrido por el Poder Legislativo, la Sala competente para conocer y decidir el recurso estudiado se abstuvo de establecer plazo para subsanar la mora parlamentaria y, de ser el caso, lineamientos para su corrección de acuerdo a lo que estipula la norma constitucional arriba reseñada. Tal forma de proceder genera, indubitadamente, una distorsión en el uso de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Y es que, a juicio de quien redacta estas líneas, los extremos que debe contener la sentencia que declara la procedencia del instituto analizado -plazo y lineamientos- forman parte de un complejo entramado constitucional cuyo fin no es otro que mantener a raya las potenciales tensiones que entre los Poderes Públicos pudiera surgir; de esta manera, dichos requisitos constituyen una manifestación de la coexistencia que debe imperar entre las funciones que, por expresa disposición fundamental, corresponden ejercer al Órgano Legislativo y las que están atribuidas a la Sala Constitucional en tanto se destinan a garantizar el fiel cumplimiento de los dispositivos de máximo rango. Esto es, las exigencias de plazo y lineamientos para la corrección que debe contener la decisión se revelan como

Carlos Fuentes Espinoza

una suerte de factor de equilibrio entre las funciones asignadas a ambos poderes públicos: por un lado, la Asamblea Nacional, conforme se ha explicado en esta investigación, debe ejecutar los mandatos u órdenes constitucionales a los fines de la concreción y plena eficacia de las normas de máxima jerarquía pues, de lo contrario, su ausencia de desarrollo devendría en el más craso de los desconocimientos de la *norma normarum*; por el otro, la Sala Constitucional, como máximo intérprete del Texto Fundamental y portador del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, debe garantizar la plena vigencia de cada una de las previsiones constitucionales pues, de no hacerlo, se vaciarían de contenido con las nefastas consecuencias que dicho fenómeno acarrea. En este sentido, de no haberse previsto los extremos señalados en el artículo 336.7 de la Constitución pudiera la Sala Constitucional, al declarar la procedencia de la omisión legislativa y asumir sin demora ni reparo el rol asignado al legislador, incurrir en una usurpación de funciones en desmedro del principio de separación de poderes así como del complejo mecanismo de ingeniería constitucional diseñado por el constituyente de 1999.

En definitiva, la Sala cúspide de la jurisdicción constitucional, al obviar la concesión del plazo y lineamientos para la corrección a la Asamblea Nacional en la sentencia declaratoria de la omisión parlamentaria fundada en un desacato de dudosa procedencia y, por tanto, proceder al nombramiento de los rectores del Consejo Nacional Electoral, incurre, a juicio de quien suscribe, en un evidente desconocimiento de la norma contenida en el artículo 336.7 de la Constitución vigente y, en consecuencia, en una distorsión de la inconstitucionalidad por omisión concebida como mecanismo para amparar y proteger al Texto resultante del ejercicio del Poder Originario.

**ASPECTOS A CONSIDERAR EN TORNO A LAS SENTENCIAS NROS. 03
DEL 11 DE ENERO Y 90 DEL 24 DE FEBRERO, AMBAS DEL AÑO 2017,
EMITIDAS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE JUSTICIA**

1) Mediante sentencia N° 03 del 11 de enero de 2017 la Sala cúspide de la jurisdicción constitucional, en el marco del conocimiento de una demanda de interpretación propuesta por el Jefe del Ejecutivo Nacional respecto al artículo 237 de la

Carlos Fuentes Espinoza

Constitución, procedió a interpretar la norma en cuestión y, al mismo tiempo y considerando nuevamente el supuesto desacato incurrido por la Asamblea Nacional, sentenció la omisión legislativa de índole inconstitucional. Esto es, a pesar de haberse interpuesto sólo una solicitud de interpretación de un dispositivo constitucional, la Sala citada declaró, a su vez, la procedencia del instituto objeto de reflexión.

Consecuencia de lo expuesto, la Sala tantas veces mentada dispuso que el mensaje anual a ser presentado por el Jefe del Ejecutivo Nacional se efectuara en la sede del Tribunal Supremo de Justicia y no ante el hemisciclo legislativo de acuerdo a lo que se prevé en el Texto Fundamental.

2) Mediante sentencia N° 90 del 24 de febrero de 2017 la Sala cúspide de la jurisdicción constitucional, en el marco del conocimiento de una demanda de interpretación propuesta por el Vicepresidente Ejecutivo respecto al artículo 244 de la Constitución, procedió a interpretar la norma en cuestión y, al mismo tiempo y considerando nuevamente el supuesto desacato incurrido por la Asamblea Nacional, sentenció la omisión legislativa de naturaleza inconstitucional. Esto es, a pesar de haberse interpuesto sólo una solicitud de interpretación de un dispositivo constitucional, la Sala citada declaró, a su vez, la procedencia del instituto objeto de reflexión.

En consecuencia, la Sala ubicada en el vértice de la justicia constitucional en Venezuela ordenó la presentación, tanto al Vicepresidente como al resto de los Ministros que conforman el Gabinete Ejecutivo, de las "memorias razonadas y suficientes sobre la gestión de sus despachos en el año inmediatamente anterior" ante el Tribunal Supremo de Justicia y no ante el Parlamento.

De acuerdo a lo que se desprende de la breve descripción efectuada, la Sala Constitucional, en ambos fallos y en el marco de una demanda de interpretación de dispositivos fundamentales, declaró la omisión legislativa con absoluto desapego de la norma contenida en el artículo 336.7 de la *lex superior*; lo anterior, tal como se mencionara, con fundamento en el supuesto desacato en el que incurrió el Poder

Carlos Fuentes Espinoza

Legislativo Nacional. En este sentido y conforme a lo que ya se ha esgrimido, se hace uso de un instrumento adjetivo partiendo de la configuración de una figura -desacato- de procedencia más que dudosa; al mismo tiempo y aun reconociendo que el instituto estudiado no está concebido sólo para garantizar la sanción de actos normativos *strictu sensu* sino, además, para resguardar el cumplimiento de medidas que tiendan a una eficaz aplicación de la Constitución, el Órgano que detenta la jurisdicción constitucional obvia, de forma por demás evidente, las exigencias incluidas en el artículo regulatorio de la figura estudiada en lo que al contenido de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión respecta. Proceder éste que genera, como no podría ser de otra manera, el más categórico de los rechazos al asumirse una postura a contrapelo de la voluntad que el constituyente de 1999 quiso a bien plasmar en el Texto Fundamental.

CONCLUSIONES

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa prevista en el artículo 336.7 de la Constitución constituye, a juicio de quien suscribe, un afortunado acierto por parte del constituyente pues, como se dejara entrever en su momento, dicha figura se erige en un instrumento más para el resguardo del Texto Fundamental.

Del mismo modo y de acuerdo al contenido de la norma en cuestión, los extremos allí previstos propenden al delicado equilibrio que debe imperar entre los Poderes Públicos; es decir, tal como está concebido el dispositivo constitucional se garantiza que la balanza no se incline de forma indebida hacia uno u otro de los lados sino, por el contrario, se mantenga en el punto medio del eje que la sostiene.

Por otra parte y de acuerdo a lo que se esgrimiera, somos partidarios de que ante la inacción del legislador así como la procedencia de la omisión advertida, la Sala Constitucional establezca un plazo y los lineamientos para la corrección dirigidos al parlamentario pasivo; de transcurrir dicho lapso y persistir el legislativo en mora, el Cuerpo Colegiado de naturaleza judicial deberá intervenir con el firme propósito de no hacer nugatoria la norma constitucional objeto de ausencia de desarrollo; esto es, la carencia de concreción del dispositivo fundamental no puede impedir la fuerza normativa que irradia la *norma normarum*. Sin embargo y a pesar de lo señalado, esa intervención de la jurisdicción constitucional debe ostentar una naturaleza provisoria o temporal pues, de lo contrario, se estaría resquebrajando el delicado equilibrio entre Poderes incurriéndose en una usurpación de funciones que trastocaría el complejo mecanismo de ingeniería constitucional diseñado por el constituyente de 1999.

Dicho lo anterior, no podemos sino manifestar nuestro más enérgico rechazo a la actuación de la Sala Constitucional del TSJ a través de la cual, basada en un supuesto desacato de la Asamblea Nacional, declara la procedencia de la omisión legislativa para, acto seguido, designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral no sólo obviando el carácter temporal o provisorio que debe ostentar esta modalidad de pronunciamientos sino,

Carlos Fuentes Espinoza

además, desconociendo de forma olímpica los extremos contenidos en el artículo 336.7 de la Constitución en lo que al contenido del fallo respecta. Cónsono con lo expuesto y a juzgar por las decisiones emitidas en la materia por la Sala destacada, se ha producido una involución no emulable por juzgado alguno. Es decir, de reconocer en sus primeros fallos la temporalidad que detentan este tipo de pronunciamientos (N° 1582 del 12 de junio de 2003) en aras de una sincera deferencia hacia el legislador, terminó desconociendo dicho carácter provisorio para inmiscuirse y usurpar las funciones constitucionalmente asignadas al Poder Legislativo (N° 68 del 05 de junio de 2020). Proceder este que, sin temor a exagerar, coloca en entredicho el funcionamiento de la jurisdicción constitucional en Venezuela.

En definitiva, nos declaramos fervientes seguidores del mecanismo procesal descrito y desmenuzado en líneas que anteceden a la actual siempre y cuando se efectúe un uso acorde al sesudo equilibrio que impuso el constituyente de finales del siglo pasado. Es la versión contenida en el artículo 336.7 de la Constitución la que aplaudimos y vitoreamos y no la que es objeto del más caro y censurable de los ultrajes.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTELA, R. (2004). Acción de Inconstitucionalidad por Omisión vs Acción por Carencia: Contribución al estudio de sus Diferencias Procesales. *Revista de Derecho Constitucional N° 9*. Caracas: Sherwood.
- BAZÁN, V. (2000). Entre las Omisiones Inconstitucionales de las Autoridades Públicas y la Necesaria Justiciabilidad de los Derechos. *Revista de Derecho Constitucional N° 3*. Caracas: Sherwood.
- CASAL, J. (2004). *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- COMBELLAS, R. (2001). *Derecho Constitucional: Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Mc Graw Hill.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.253 (Extraordinario), marzo 24, 2000.
- ESCUADERO, M. (2001, noviembre). *Declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Artículo presentado en el VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, San Cristóbal, Venezuela.
- ETO, G. (2002) *Una Defensa Constitucional: La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión*. Artículo presentado en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- IBAGÓN, M. (2002). *Control Jurisdiccional de las Omisiones Legislativas en Colombia*. Artículo presentado en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2.010). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 39.522. Octubre 1 de 2.010.
- LÓPEZ, L. (1994). *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch

Carlos Fuentes Espinoza

MÁRQUEZ, J. (2008) *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa y su Regulación en el Ámbito Jurídico Venezolano*. Artículo presentado en el VIII Congreso Venezolano de Derecho Procesal.

MORALES, M. (2001). La Justicia Constitucional. Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa. La Sala Constitucional y las Omisiones del Poder Legislativo. *Revista de Derecho Constitucional N° 4*. Caracas: Sherwood.

PEÑA, J. (2008). *Lecciones de Derecho Constitucional General* (vol. I, tom. I). Caracas: Universidad Central de Venezuela.

SAGUÉS, N. (2002) *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión*. Artículo presentado en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1556 de fecha 09/07/2002. Expediente 01-2337. Caso: *Alfonso Albornoz Niño*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/sc/julio/1556-090702-01-2337-.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 2497 de fecha 19/12/2006. Expediente 06-0195. Caso: *Fundación Latinoamericana para el Desarrollo de la Equidad, los Derechos Humanos, la igualdad de género, la diversidad cultural y la Gobernabilidad Democrática (FUNDAEQUIDAD)*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/sc/diciembre/2497-191206-06-0195.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1043 de fecha 31/05/2004. Expediente 03-1167. Caso: *Asamblea Nacional*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/sc/mayo/1043-310504-03-1167.htm> .

Carlos Fuentes Espinoza

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 2341 de fecha 25/08/2003. Expediente 03-1254. Caso: *Hermán Escarrá y otro*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/PODER%20ELECTORAL.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1865 de fecha 26/12/2014. Expediente 14-1343. Caso: *Diosdado Cabello Rondón*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1086 de fecha 13/12/2016. Expediente 16-1191. Caso: *Héctor Rodríguez Castro*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193866-1086-131216-2016-16-1191.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 68 de fecha 05/06/2020. Expediente 20-0215. Caso: *Javier Bertucci y otros*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/309870-0068-5620-2020-20-0215.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 03 de fecha 11/01/2017. Expediente 17-0002. Caso: *Nicolás Maduro Moros*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 90 de fecha 24/02/2017. Expediente 17-0239. Caso: *Tareck El Aissami*. (Versión electrónica utilizada). Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/196425-90-24217-2017-17-0239.HTML>

Carlos Fuentes Espinoza

U ROSA, D. (2005). Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Público* N° 101, 7-25

LA DOBLE CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

Daniel Rosas Rivero

Magíster en Derecho Administrativo y Tributario (Univ. Complutense) y Magíster en Gerencia Pública (IESA). Profesor Invitado de Postgrado en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Colaborador de los Observatorios de Contratación Pública de Argentina, Colombia y España. Aliado del Instituto para el Desarrollo de la Libertad de Información para el Índice de Transparencia en Contrataciones Públicas en Venezuela.

Resumen

Este trabajo aborda la concepción del principio de competencia en materia de contratación pública desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la perspectiva orgánica, entendido como la atribución de facultades de decisión a un órgano o ente público sobre una determinada materia. En segundo lugar, este trabajo fundamenta la existencia de una segunda perspectiva del principio de competencia con base en la normativa legal vigente en materia de contratación pública, desde la cual este principio puede ser también entendido desde el ámbito de la amplia concurrencia y la necesaria competitividad entre los participantes. En ese sentido, se analizan las normas legales pertinentes y sumado al sustento doctrinario internacional, se explica también la relación entre esta segunda concepción del principio de competencia y otros principios generales del Derecho Administrativo que informan la contratación pública.

Palabras clave: competencia, contratación pública, competitividad.

THE DOUBLE CONCEPTION OF THE PRINCIPLE OF COMPETITION IN VENEZUELAN PUBLIC PROCUREMENT

Abstract

This paper addresses the principle of competence in public contracting from a dual perspective. First, from an organic perspective, it is understood as the conferral of decision-making powers on a public organ or entity over a particular matter. Secondly, this work underpins the existence of a second perspective of the principle of competence on the basis of the existing Venezuelan legislation on public contracting, from which that principle can also be understood from the scope of ample concurrence and the required competitiveness among participants. In this sense, the relevant legal rules are analyzed in addition with international doctrinal support, and the relationship between this second conception of the principle of competence and other general principles of administrative law informing public procurement is also explained.

Keywords: competence, competition, public contracting.

INTRODUCCIÓN

El artículo 2 del Decreto No.1.399 mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (“Ley de Contrataciones Públicas”)¹, establece que las disposiciones del referido texto normativo deben desarrollarse respetando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, *competencia*, publicidad y simplificación de trámites.

Sin embargo, esta enumeración de principios no vino acompañada de algún tipo de concepto o definición que nos ayude a ahondar en el contenido y significado de cada principio. A primera vista ello pareciera no ser tan relevante, ya que estos principios enumerados por el legislador forman parte de los principios generales que informan el derecho administrativo. No obstante, en materia de contratación pública, el uso de la palabra *competencia* en la referida enumeración de principios puede tener más de un significado.

En tal sentido, analizaremos la normativa vigente en materia de contratación pública para encontrar y analizar algunas disposiciones que, sin definir expresamente el término *competencia*, de alguna manera nos dan a entender que la perspectiva orgánica del este de la competencia no es la única manera de entender este concepto en el ámbito de la contratación pública, pudiendo identificar al menos otra concepción distinta para tal concepto.

En otras legislaciones, esta doble concepción se representa, por un lado, por el tradicional principio de competencia orgánica y, por el otro, por el denominado principio de libre competencia y concurrencia que hacen referencia al ámbito de la mayor afluencia de participantes y de la competitividad entre ellos. Sin embargo, como veremos, el legislador venezolano no diferenció ambos principios, sino que para ambas concepciones utilizó sin distinción alguno la palabra *competencia*.

¹ Decreto No.1.399 mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (G.O. número 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014).

De esta manera, este trabajo explica que la palabra *competencia* en la legislación de contratación pública venezolana puede ser entendida, en primer lugar, en su concepción tradicional desde el punto de vista orgánico, es decir, desde el entendimiento de dicho concepto como la atribución de facultades de decisión que se otorgan a un ente u órgano administrativo sobre una determinada materia. Y, en segundo lugar, desde su concepción de libre concurrencia y competitividad, la cual debe existir y fomentarse entre los participantes de las distintas modalidades de selección de contratistas.

En ese sentido, ahondaremos en el análisis de esta segunda concepción del principio de competencia en la contratación pública venezolana, para explicar y delimitar su importancia durante las distintas fases de este procedimiento administrativo especial, en cuyo análisis incluiremos la relación del referido principio con otros principios generales del derecho administrativo que son de especial relevancia en la materia.

I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA

1. El principio de competencia orgánica en la legislación venezolana.

Generalmente, al referirnos al Principio de Competencia como uno de los principios que informan la actividad administrativa, tendemos a pensar inicialmente en su acepción tradicional, es decir, desde una perspectiva orgánica.

Desde esta perspectiva, la doctrina entiende la competencia como la medida de las potestades que puede ejercer un órgano o ente público, operando la regla general de que solo puede actuarse de conformidad con lo establecido en la norma². Entonces, entendemos primeramente este principio desde el punto de vista de atribución de facultades de acción y decisión en el marco de la organización administrativa pública, en el cual se otorgan parcelas de acción bien definidas.

² Alí José Daniels Pinto, «Consideraciones sobre el régimen sancionatorio en las contrataciones públicas», en *La contratación pública en Venezuela*, editado por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Caracas: FUNEDA, 2015), 96.

Este principio deviene de nuestra Constitución, que en su artículo 137 dispone: “*La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”. Con base en lo anterior podemos entonces afirmar, que la competencia se constituye en un límite al ejercicio del poder, ya que, de conformidad con nuestro texto fundamental, la actividad de la Administración debe someterse al ejercicio de las atribuciones reconocidas constitucional y legalmente.

Así mismo, nuestra carta magna impone importantes consecuencias al ejercicio ilegítimo de competencias en sus artículos 25 y 138, que disponen:

Artículo 25: Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Artículo 138: Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

En consecuencia, la principal sanción por la emisión de actos que contravengan la Constitución y la Ley, por carecer totalmente de competencia o extralimitarse en las que fueron asignadas, es la nulidad e ineficacia del acto, acompañado de las distintas responsabilidades de tipo personal que recaerán sobre el funcionario actuante.

Ahora bien, el desarrollo legislativo más importante del Principio de Competencia, entendido desde la perspectiva orgánica, lo encontramos en el Decreto No. 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (“Ley Orgánica de la Administración Pública”)³. Así, tenemos que el artículo 26 define este principio indicando que:

Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos. Toda actividad

³ Decreto No. 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O. número 6.147 Extraordinario del 17 de noviembre de 2014).

realizada por un órgano o ente manifiestamente incompetente, o usurpada por quien carece de autoridad pública, es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes. Quienes dicten dichos actos, serán responsables conforme a la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores.

Esta regulación es bastante amplia, imponiendo importantes obligaciones de hacer sobre quien sea titular de una competencia, así como también estableciendo las consecuencias jurídicas de su ejercicio irregular.

De igual manera, el referido texto normativo también reconoce el principio de competencia como elemento esencial de otros principios que informan la actividad administrativa. Al respecto, en primer lugar, tenemos que el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que establece el Principio de Legalidad, reconoce que la asignación, distribución y ejercicio de las competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

En segundo lugar, el Principio de Lealtad Institucional previsto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, según el cual los órganos y entes de la Administración Pública actúan y se relacionan de conformidad con una serie de deberes, entre los cuales el principio de competencia cumple un rol fundamental, entendiendo que: (i) se debe respetar el ejercicio legítimo de las competencias, (ii) se deben ponderar todos los intereses públicos involucrados en el ejercicio de las competencias propias, (iii) se debe facilitar la información que le sea solicitada sobre la actividad que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública en el ejercicio de sus competencias, y (iv) se debe prestar la cooperación y asistencia activa que pudieran requerir los órganos y entes de la Administración Pública en el ámbito de sus competencias.

En tercer lugar, el principio de competencia también es fuente de otros principios como es el caso del Principio de Descentralización Territorial previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, conforme al cual la Administración Pública

Nacional puede descentralizar competencias y servicios públicos en los estados, distritos metropolitanos y municipios, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, con el propósito de incrementar la eficiencia y eficacia de su gestión. De igual manera, los estados podrán descentralizar competencias y servicios públicos, en los distritos metropolitanos y los municipios.

Finalmente, tenemos que el principio de competencia desde la perspectiva orgánica también se entiende como una limitación para la creación y modificación de órganos y entes de la Administración Pública, ya que el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que no podrán crearse nuevos órganos o entes que supongan duplicación de las competencias de otros ya existentes, a menos que se suprima o restrinja debidamente la competencia de éstos.

2. El principio de competencia orgánica en la legislación venezolana de contratación pública

En el marco de la contratación pública, el artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas establece lo siguiente:

Artículo 2. Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y fuerza de ley se desarrollarán respetando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites; y deberán promover la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción.

Como vemos, entre los principios con base en los cuales debe desarrollarse la Ley de Contrataciones Públicas, el legislador incluyó el principio de competencia. Sin embargo, el referido cuerpo normativo no contiene una norma que defina expresamente el alcance del referido principio en la contratación pública, por lo que, inicialmente al leer la palabra *competencia*, la primera reacción es pensar en dicho principio desde la concepción tradicional que hemos esbozado anteriormente.

De esta manera, abordando la competencia desde una perspectiva orgánica en materia de contratación pública, en primer lugar entendemos que hace referencia a que la Ley de Contrataciones Públicas establece una distribución de competencias en la materia, entre las que encontramos algunas competencias atribuidas a la máxima autoridad del órgano o ente contratante (tales como la emisión de los actos motivados y las adjudicaciones, entre otros), otras a la Unidades Usuarias y Unidades Contratantes, la Comisión de Contratación, el Servicio Nacional de Contrataciones, entre otros.

En el caso del Servicio Nacional de Contrataciones, la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 37 le atribuye una larga lista de competencias en razón de su designación como autoridad técnica en la materia, haciendo especial énfasis en el Registro Nacional de Contratistas, imponiendo la obligación de inscripción en dicho Registro por parte de todos los potenciales oferentes interesados en celebrar contrataciones con la Administración sin importar el monto de la contratación.

Por otro lado, el artículo 62 establece que la máxima autoridad del órgano o ente contratante podrá delegar sus atribuciones, de conformidad con la normativa legal vigente, lo cual, a pesar de que la norma expresamente no lo establece, en nuestra opinión no implica que las demás autoridades con competencia en contrataciones públicas no puedan también delegar las atribuciones que les reconoce el ordenamiento jurídico vigente en esta materia, ya que al formar parte de una estructura administrativa también les resultan aplicables todas las instituciones previstas en el Derecho Público, entre ellas la institución de la delegación que se encuentra regulada en los artículos 33 al 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En todo caso, en acatamiento del principio de competencia desde una perspectiva orgánica, cualquier funcionario que actúe en el ámbito de las contrataciones públicas debe necesariamente citar la base legal de su actuación, sea esta una norma expresa que le atribuya la competencia o que la misma emane de una delegación, y el ejercicio de dicha competencia debe ajustarse a los límites previstos legal y constitucionalmente para ello.

II. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETITIVIDAD Y CONCURRENCIA

Como analizamos anteriormente, entre los principios con base en los cuales debe desarrollarse la Ley de Contrataciones Públicas, el legislador incluyó en el artículo 2 el principio de competencia. Sin embargo, el referido cuerpo normativo no contiene una disposición que defina expresamente el alcance del referido principio en la contratación pública.

Haciendo un primer análisis de la norma, la carencia de una definición expresa del principio de competencia pareciera no ser tan relevante, ya que estos principios enumerados por el legislador forman parte de los principios generales que informan el derecho administrativo. No obstante, en materia de contratación pública, el uso de la palabra *competencia* pareciera tener más de un significado, ya que el legislador venezolano la utilizó no solo para referirse a la atribución de facultades de decisión sino también para referirse a la competitividad y concurrencia en los procedimientos de selección de contratistas.

En otras legislaciones no ocurre lo mismo, ya que generalmente la perspectiva de la competencia referida a la competitividad se suele enmarcar bajo el ámbito de otro principio que denominan de libre competencia o concurrencia entre oferentes. Así, en el Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo hace referencia al principio de libre concurrencia como principio enlazado a los de igualdad de trato y no discriminación; y en otros países como Colombia se ha reconocido la libre competencia o concurrencia como un principio fundamental en materia de contratación pública⁴.

Sin embargo, Venezuela no es el caso, ya que el legislador optó por utilizar la palabra *competencia* de manera indistinta, a pesar que, como analizamos de seguidas, en algunos casos dicha palabra conlleva una acepción distinta a la tradicional competencia desde el punto de vista orgánico.

⁴ Sentencia del Consejo de Estado Colombiano en Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 3 de diciembre de 2007.

1. Normas de contratación pública que hacen alusión a una segunda conceptualización del principio de competencia.

Como explicamos previamente, el legislador omitió incluir una definición de los principios enumerados en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas, entre los que destaca el principio de competencia. Adicionalmente, también explicamos que una primera conceptualización de ese principio nos lleva inicialmente a pensar en su perspectiva orgánica.

No obstante, existen algunas normas en la Ley de Contrataciones Públicas y en su Reglamento que nos demuestran que la competencia, en materia de contratación pública, tiene una segunda acepción, es decir, trae implícito otro concepto si lo analizamos desde las perspectivas de la concurrencia y de la competitividad, por lo que, en materia de contratación pública, el principio de competencia debemos entenderlo en un sentido más amplio.

En *primer lugar*, tenemos la regulación de la Contratación Directa como modalidad de selección de contratistas, el legislador, al enumerar en el artículo 101 los casos excepcionales que habilitan a proceder por dicha modalidad, en el numeral 2 incluyó aquellos en los cuales *“las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra así lo requieran o excluyan toda posibilidad de competencia”*. Es decir, el legislador utiliza la palabra *competencia* no en un sentido orgánico como presupuesto de la actividad de la Administración, sino que su uso lo entendemos en un sentido relacionado con la competitividad e incluso con la participación de múltiples oferentes en el trámite de una modalidad de selección de contratistas.

Al respecto, un análisis de la referida norma nos lleva a concluir, que si en la modalidad excepcional de contratación directa el legislador ha incluido la posibilidad de acudir a esta en caso de que no sea posible contar con un procedimiento competitivo, entonces, por argumento a contrario podemos afirmar, que en las restantes tres modalidades de selección de contratistas (Concurso Abierto, Concurso Cerrado y Consulta de Precios)

debe existir competencia, es decir, deben concurrir múltiples participantes al procedimiento de selección.

Esta necesaria concurrencia en las referidas tres modalidades de selección de contratistas tiene su fundamento legal. Así, en el caso del Concurso Cerrado y la Consulta de Precios, los artículos 86 y 97 de la Ley de Contrataciones Públicas imponen la obligación de invitar, al menos, a cinco y tres participantes, respectivamente. En el caso del Concurso Abierto, la Ley de Contrataciones Públicas no impone expresamente un mínimo de participantes requeridos para su trámite, y ello se entiende debido a que esta modalidad no depende de las invitaciones que envía el órgano o ente contratante a unas empresas previamente seleccionadas, bajo el entendido que esta se nutre de la asistencia voluntaria de los participantes sin limitaciones de mínimos ni máximos en el número de participantes, ya que, de conformidad con el artículo 79 de la Ley de Contrataciones Públicas, el Llamado a Participar de esta modalidad se hace público a través de su publicación en la página web del órgano o ente contratante y en la del Servicio Nacional de Contrataciones, en búsqueda de una mayor publicidad y concurrencia de potenciales oferentes.

En *segundo lugar*, la evidencia sobre la existencia de una segunda acepción en el uso de la palabra *competencia* en materia de contratación pública la podemos encontrar en que el reglamentista incluyó una norma para permitir la concurrencia de distintos oferentes incluso en la modalidad más excluyente en términos de competitividad y concurrencia: la Contratación Directa; estableciendo en el artículo 116 del Decreto No. 6.708 de fecha 19 de mayo de 2009 mediante el cual se dicta Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas⁵ (“Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas”), lo siguiente:

Artículo 116. En la Contratación Directa, cuando las condiciones lo permitan, se podrán solicitar al menos dos (2) ofertas, pero se podrá otorgar la adjudicación si hubiera recibido al menos una de ellas, siempre que cumpla con las condiciones del requerimiento y sea conveniente a los intereses del órgano o ente contratante.

⁵ Decreto No. 6.708 mediante el cual se dicta Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (G.O. 39.181 del 19 de mayo de 2009).

De conformidad con lo anterior, si bien el presupuesto inicial de la Contratación Directa es la existencia de una modalidad de selección de contratistas a través de la cual se adjudica directamente un determinado contrato público, no existiendo expresamente una exigencia legal mínima de participantes que deben invitarse a presentar ofertas, sin embargo, la norma reglamentaria nos indica que en aquellos casos en que las condiciones lo permitan, es posible solicitar al menos dos ofertas.

Es decir, una vez más la legislación en materia de contratación pública nos da luces sobre la doble acepción que tiene el principio de competencia, ya que aun en el trámite de una modalidad que por definición es la menos competitiva, en la que incluso es posible adjudicar a través de la solicitud de una oferta a un único oferente, no obstante, el reglamentista, en protección de una mayor concurrencia que produzca una efectiva competitividad, incluyó una norma que busca, cuando la condiciones lo permitan, garantizar una mayor concurrencia en la modalidad de contratación directa.

En *tercer lugar*, tenemos el artículo 104 de la Ley de Contrataciones Públicas, que regula lo relativo a la utilización de medios y dispositivos de tecnologías de información y comunicación en la contratación pública, estableciendo lo siguiente:

Artículo 104. Las modalidades de selección de contratistas previstas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, pueden realizarse utilizando medios y dispositivos de tecnologías de información y comunicaciones que garanticen la transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, *competencia*, publicidad, autenticidad, seguridad jurídica y confidencialidad necesaria.

Desde nuestra perspectiva, la mención a la palabra *competencia* en la norma antes transcrita no guarda relación alguna con la perspectiva orgánica del principio de competencia orgánica, ya que, por un lado, el solo uso de medios y dispositivos de tecnologías de información y comunicación no pueden por sí mismos garantizar el correcto ejercicio de una competencia asignada a un órgano o ente contratante, ya que ello es una responsabilidad del funcionario actuante, quien debe verificar la existencia y límites de su

competencia como elemento de control previo de la actividad que despliega y luego indicar el origen de esa competencia en el acto administrativo o función que despliegue.

Y por otro lado, analizando los demás principios incluidos en dicha norma entendemos que estos hacen referencia a principios relacionados con el derecho al libre acceso a la información y a otros relacionados con la seguridad de la información que se comparte. Es por ello, que entendemos que la mención a la palabra *competencia* en la referida norma debe interpretarse necesariamente bajo una óptica distinta a la generalmente entendida y aceptada para el principio de competencia, es decir, desde la doble óptica de la concurrencia y la competitividad, una nueva manera de ver la competencia en el Derecho Administrativo.

Para nosotros, esta norma contenida en el artículo 104 debe entenderse desde una segunda óptica de la competencia, que apunta en el sentido de la utilización de medios electrónicos en el trámite de las modalidades de selección de contratistas debiendo garantizar la mayor concurrencia posible de participantes en el trámite de estas, asegurando un tratamiento igual y uniforme para todos los participantes, todo ello en resguardo de la competitividad que debe imperar entre los participantes en el trámite de las modalidades de selección de contratistas.

Y, en *cuarto lugar*, tenemos dos supuestos de rechazo de las ofertas previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 76 de la Ley de Contrataciones Públicas, que establecen:

Artículo 76. En el proceso posterior de examen y evaluación de las ofertas, se deberán rechazar aquellas que se encuentren dentro de alguno de los supuestos siguientes: (...)

4. Que diversas ofertas provengan del mismo proponente.
5. Que sean presentadas por personas distintas, si se comprueba la participación de cualquiera de ellas o de sus socios, directivos o gerentes en la integración o dirección de otro oferente en la contratación.

Al analizar estos supuestos de descalificación, lo primero que se evidencia es que no hay una mención expresa al término *competencia*. Sin embargo, un análisis de ambos supuestos de descalificación nos lleva ineludiblemente a afirmar que el legislador quiso

proteger no solo la posibilidad de que distintos oferentes concurren a un mismo procedimiento de selección de contratistas (principio de competencia desde la perspectiva de la concurrencia), sino que dicha concurrencia plural debe ser efectiva y generar a su vez una rivalidad real entre partes no relacionadas (principio de competencia desde la perspectiva de la competitividad), al establecer como supuesto de rechazo el hecho que un oferente presente más de una oferta, sea directamente o a través de un tercero relacionado.

Por todo lo anterior, si bien la noción orgánica del principio de competencia es absolutamente correcta, se mantiene vigente y es parte fundamental de los principios generales que informan el Derecho Administrativo, no obstante, en el área de contratación pública este principio no debe entenderse únicamente desde el punto de vista orgánico, sino que el uso de la palabra *competencia* en la legislación venezolana de contratación pública también debe entenderse desde una doble perspectiva que involucra necesariamente la sana y libre concurrencia de participantes y la real y efectiva competitividad entre participantes no relacionados, todo ello como garantía de una participación plural y equitativa de distintos oferentes, con el fin de obtener una adjudicación que verdaderamente haya sido contrastada con el mercado y que contenga una estructura de costos razonable y eficiente, de la cual se derive la oferta que mejor convenga a los intereses de la Administración.

Esta segunda manera de entender el principio de competencia viene dada por el hecho que las modalidades de selección de contratistas son básicamente concursos públicos en los cuales los administrados compiten entre sí para lograr ser seleccionados como la mejor oferta, es decir, esencialmente las contrataciones públicas pueden ser catalogadas como procedimientos administrativos de selección de carácter competitivo o de oposición.

De esta manera, por un lado, los procedimientos de selección de contratistas son un mecanismo de asignación de contratos que pretende suplir las deficiencias de información de los oferentes por la vía de organizar una competencia *ex ante* por la venta y adquisición de un determinado producto, obra o servicio; y por otro lado, el órgano o ente contratante fundamenta la participación en criterios objetivos y competitivos de selección de quien en

definitiva le proveerá del producto, bien o servicio, asumiendo que cada participante en el proceso presenta su oferta de manera independiente a los demás⁶.

Esta particularidad nos da una nueva visión para entender la competencia no solo como la atribución de facultades de acción y decisión sobre un asunto o materia específica, sino también nos permite entender este principio como el respeto a la idea central implícita en el sistema de contrataciones públicas que no es otra que buscar la coexistencia de diversos oferentes que sean independientes entre sí durante el trámite de las modalidades de selección de contratistas, de forma de contar con la mayor concurrencia y competitividad posible que permita que la selección que en definitiva se realice sea producto de un proceso participativo y competitivo que garantice una adjudicación en favor de ofertas más eficientes y que han sido debidamente contrastadas con el mercado.

2. Importancia del principio de competencia en la contratación pública visto desde la doble óptica de la competitividad y la concurrencia.

La importancia de asegurar la competencia en los procedimientos de contratación pública viene dada por el hecho que, al asegurar la concurrencia de la mayor cantidad de ofertas posibles y que además estas provengan de oferentes distintos y no relacionados, los órganos y entes contratantes pueden tener una mayor certeza de que la oferta que resulte adjudicada sea verdaderamente la que mejor conviene a sus intereses. En tal sentido, Gimeno Feliú entiende que, sin una competencia real, las contrataciones públicas resultan más costosas para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos⁷.

En ese mismo orden de ideas, según Gordillo, interesa lograr el mayor número posible de oferentes para que las posibilidades de comparación sean más amplias, a fin de

⁶ Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile, *Compras públicas y libre competencia* (Chile: Fiscalía Nacional Económica de Chile, acceso el 19 de julio de 2020, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011-1.pdf>, 7.

⁷ José María Gimeno Feliú, «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control», *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, No. 2 (2016), 2.

que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual⁸.

En igual sentido, Mañes Martínez entiende que la contratación pública debe estar diseñada para “favorecer el máximo número de participantes posibles, evitando restricciones en el mercado y garantizando la mejor relación calidad precio”⁹. Para Djankov *et al*, la promoción de sistemas y procesos de contrataciones públicas eficientes y transparentes, a través de mercados competitivos, puede contribuir a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, por medio de la creación de nuevos bienes y servicios públicos, una mejor calidad de estos y menores precios¹⁰.

Desde el punto de vista económico, la garantía de la competitividad tiene efectos trascendentales en el gasto público, ya que según el informe sobre Colusión y Corrupción en la Contratación Pública realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en promedio entre el 15 % y el 20 % del Producto Interno Bruto de las naciones desarrolladas es destinado a la contratación pública¹¹. Solo en España¹², la contratación pública representa aproximadamente el 20 % del Producto Interno Bruto, y en el resto de Europa el panorama es muy parecido, ya que las autoridades públicas son grandes consumidores, gastando cerca de 1,8 billones de euros anualmente, lo cual representa cerca de 14% del Producto Interno Bruto de la Unión Europea¹³. Estos datos reflejan el peso y la importancia que tienen las compras públicas desde el punto de vista económico, por lo que el aseguramiento de la competencia es un eje fundamental para

⁸ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo12.pdf, 491.

⁹ Eva Mañes Martínez, «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, No. 6 (2015), 393.

¹⁰ Simeon Djankov *et al*, *Public Procurement Regulation and Road Quality* (Washington: Banco Mundial, 2017),

https://www.researchgate.net/publication/321039112_Public_Procurement_Regulation_and_Road_Quality, 2.

¹¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *Policy Roundtables, Collusion and Corruption in Public Procurement* (Paris: OECD Publishing, 2010), <http://www.oecd.org/dataoecd/35/19/46235884.pdf>, 16.

¹² «¿Qué es el OBCP?», Observatorio de Contratación Pública de España., acceso el 10 de julio de 2020, <http://obcp.es/que-es-el-obcp>

¹³ «What is GPP?», Comisión Europea, acceso el 14 de julio de 2020, https://ec.europa.eu/environment/gpp/what_en.htm

contar con compras públicas eficientes y transparentes, y para resguardar y gastar eficientemente los recursos públicos.

Por otro lado, la importancia del principio de competencia desde la perspectiva de la competitividad también lo podemos ver desde la óptica de los efectos perversos que traen los problemas asociados a la falta de esta. Así, para Serrano-Pinilla¹⁴:

...la prevención y represión de prácticas comerciales restrictivas, entre las cuales se encuentran aquellas que impiden la adjudicación de contratos estatales en condiciones de competencia, tienen un efecto directo sobre el crecimiento productivo del país. Se puede afirmar incluso que la pérdida en eficiencia que produce la adjudicación de un contrato estatal permeado por colusión o por corrupción tiende a ser mayor que la pérdida derivada de la colusión que se produce en transacciones privadas. Esto porque el bien o servicio objeto de un contrato estatal normalmente impacta la mayoría de los sectores en la economía, en especial cuando está relacionado con proyectos de infraestructura. Así, por ejemplo, la adjudicación de una obra de infraestructura vial que resulta de una colusión o de actos de corrupción no solo afecta el mercado de obras civiles, sino también todas aquellas empresas que utilizan la infraestructura vial para distribuir, importar o exportar sus bienes o servicios.

Conforme a lo anterior, la ausencia de competencia en la contratación pública trae como consecuencia una serie de efectos económicos negativos no solo sobre el presupuesto público del órgano o ente contratante, sino que estos efectos repercuten en los distintos actores económicos asociados a la contratación. Por ello, la Administración, durante las distintas etapas del procedimiento de contratación, debe asegurarse de incluir en el diseño de las mismas los elementos necesarios para proteger y garantizar la competencia efectiva entre los participantes y oferentes.

3. Garantía del principio de competencia durante el diseño de la contratación.

El diseño de un proceso de contratación pública óptimo es un problema muy complejo y no existe una receta única para todos los casos. Una buena planificación es fundamental al momento de diseñar un procedimiento administrativo de contratación, ya

¹⁴ Felipe Serrano-Pinilla, «El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 19 (2011), 155.

que este viene precedido de un conjunto de decisiones fundamentales que han sido adoptadas en una etapa previa, lo cual incluye decisiones sobre qué comprar, cuándo hacerlo, cada cuanto tiempo, a quién convocar, cómo diseñar el proceso, cuáles serán los criterios de adjudicación, entre otros¹⁵. Cada una de estas decisiones son determinantes para el comportamiento de los participantes en los procesos y, por tanto, condicionan los resultados de los esfuerzos invertidos en el diseño y gestión de estos.

En esa planificación previa, Mañes Martínez¹⁶ reconoce la importancia de incorporar el principio de competencia -entendido este a partir de la perspectiva de la concurrencia y competitividad- desde las etapas iniciales de diseño del procedimiento de contratación, al afirmar:

Van a ser los órganos de contratación, a través de la adopción de la decisión discrecional de abrir un procedimiento de contratación, de la definición de la necesidad a satisfacer mediante la actividad contractual, de la determinación del procedimiento contractual y de la decisión de adjudicar el contrato a uno u otro licitador en función de las determinaciones fijadas en el expediente, quienes determinen el estándar mínimo aplicativo de dicho principio en la contratación pública, siendo insuficiente que el principio se contemple en la normativa, sino que su efectiva aplicación, requiere una actitud procompetitiva de los sujetos intervinientes.

En tal sentido, son los órganos y entes contratantes los responsables de velar por la correcta aplicación del principio de competencia, incorporando en el diseño de las modalidades de selección de contratistas los elementos necesarios y suficientes para resguardar la concurrencia y fomentar la competitividad entre los participantes. Como afirma Martínez Fons¹⁷, al diseñar las prescripciones técnicas se debe permitir el acceso en condiciones de igualdad a los oferentes, sin que la inclusión de las exigencias de orden

¹⁵ Fiscalía Nacional Económica, *Compras públicas y libre competencia*, 7-8.

¹⁶ Eva Mañes Martínez, «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», 392.

¹⁷ Daniel Martínez Fons, *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública* (España: Fundación Alternativas, 2009), http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/f04408dde31c25ad9d03a44a1cddb9f6.pdf, 12.

técnico pueda tener por efecto la creación de obstáculos injustificados sobre la competencia.

En el caso de la legislación venezolana, esa planificación comienza con las denominadas Actividades Previas que ocurren antes del trámite de la modalidad de selección de contratistas, las cuales deben realizar los órganos y entes contratantes y que se encuentran previstas en el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas de Venezuela, resultando aplicables en la sustanciación de todas las modalidades de selección de contratistas y también en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades previstos en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas. Estas Actividades Previas son las siguientes:

- a) Preparar el presupuesto base;
- b) Incluir la programación presupuestaria;
- c) Elaborar de las especificaciones técnicas de la obra, bien o servicio a contratar;
- d) Determinar las ventajas económicas y técnicas de la contratación;
- e) Inclusión en la programación anual de compras (si es aplicable);
- f) Elaborar el modelo del contrato;
- g) Notificar al órgano competente en la planificación central (solo si el procedimiento tiene carácter plurianual);
- h) Evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, estimando las cantidades de bienes servicios u obras a contratar; y
- i) Realizar la precalificación legal, financiera y técnica de los participantes (en Concurso Cerrado, Consulta de Precios o de una Contratación Directa).

El objeto de imponer la realización de las Actividades Previas, tal como lo indica el artículo 2 de la Ley, es garantizar la oportuna contratación, ello con base en un reconocimiento explícito sobre la importancia del principio de planificación en materia de contratación pública. Asimismo, la obligatoria realización de las Actividades Previstas en el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas también persigue que la

selección de contratistas se realice apegada al ordenamiento jurídico que regula a la Administración Pública, imponiéndose así la obligación de realizar ciertos trámites administrativos previos, que imponen otros instrumentos jurídicos como presupuestos de la actividad desplegada por la Administración Pública, por ejemplo, en materia presupuestaria¹⁸.

De esta manera, cada uno de estas Actividades Previas se constituyen en distintas etapas o fases de un solo procedimiento administrativo especial, como lo es el procedimiento de selección de contratistas, gracias a cuyo trámite la Administración Pública va formando su voluntad en la determinación del oferente más idóneo para contratar la actividad objeto de licitación, hasta concluir con la adjudicación, una vez se han tramitado todas las etapas del procedimiento, es decir, una vez se ha cumplido totalmente el proceso de formación de voluntad de la Administración.

En tal sentido, la formación y ejecución de las Actividades Previas debe realizarse siempre teniendo presente la necesidad de incorporar normas y mecanismos que fomenten y protejan la concurrencia y la competitividad en el proceso de selección de contratistas. Al respecto, Serrano-Pinilla¹⁹ entiende que la primera variable relevante para generar competencia en la contratación pública es el diseño de procedimientos que garanticen la participación del mayor número de potenciales oferentes, lo cual debe ejecutarse implementando las siguientes acciones:

- (i) la eliminación de restricciones innecesarias para participar, tales como controles en el tamaño, composición o naturaleza de las empresas que van a participar;
- (ii) la supresión de altas garantías monetarias como condición para participar, ya que ello impide la realización de ofertas de empresas pequeñas;
- (iii) permitir la participación de empresas extranjeras;

¹⁸ Daniel Rosas Rivero, «La importancia de las actividades previas al proceso de selección de contratistas en la legislación venezolana aun frente al COVID-19», *Observatorio de la Contratación Pública de Argentina* (2020), <http://obcp.com.ar/opiniones/la-importancia-de-las-actividades-previas-al-proceso-de-seleccion-de-contratistas-en-la>

¹⁹ Felipe Serrano-Pinilla, «El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico», 171-172.

- (iv) evitar la utilización de largos plazos entre la calificación de los oferentes y la adjudicación del contrato;
- (v) promover la reducción de costos administrativos para participar en la licitación;
- (vi) de ser posible, permitir la división de un contrato en varios procedimientos, de tal forma que se garantice la participación de pequeñas empresas especializadas en la prestación de bienes o servicios particulares;
- (vii) en aquellos mercados que por definición son competitivos, se debe evitar adjudicar dos o más contratos al mismo oferente; e
- (viii) implementar fuertes mecanismos para publicitar la apertura del proceso de selección de contratistas, de tal forma que todos los posibles oferentes estén enterados de la posibilidad de competir.

Adicionalmente, Serrano-Pinilla explica que en el diseño de la modalidad de selección de contratistas durante la ejecución de las Actividades Previas también se debe contar con una buena redacción del pliego de condiciones, en la cual la definición de los requisitos sea clara, se concentre en el objeto del contrato (el resultado que se quiere lograr) y no tanto en la forma de hacerlo (el medio utilizado para lograr el resultado) y que permita, en la medida de lo posible, la utilización de productos sustitutos al momento de ejecutar el contrato, siempre y cuando se logre el resultado esperado.

En tal sentido, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-713 de la Sala Plena de fecha 7 de octubre de 2009, reconoció que la etapa de diseño de la contratación es de vital importancia y que un existe un verdadero deber de abstención por parte de la Administración en la imposición de condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección de contratistas, y que en consecuencia resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cualquier cláusula limitativa que no tengan respaldo legal o constitucional, ya que ello impediría la mas amplia oportunidad de concurrencia y atentaría contra los intereses económicos de la Administración.

Es por todo lo anterior que resulta de suma importancia que en la etapa de diseño de la modalidad de selección de contratistas, los órganos y entes contratantes analicen cada norma y cada requisito que incluyan en los pliegos de condiciones o en las invitaciones a

presentar ofertas, de forma de asegurarse que las mismas no imponen límites a la competencia sino más bien incentivan la mayor concurrencia y competitividad entre los potenciales oferentes.

4. Garantía del principio de competencia durante la ejecución de la modalidad de selección de contratistas.

Las consideraciones sobre el principio de competencia desde la perspectiva de la necesaria competitividad y concurrencia en los procedimientos de selección de contratistas guardan una estrecha relación con otros principios de nuestro ordenamiento jurídico, en particular con los principios generales que informan los procedimientos administrativos.

En tal sentido, en materia de contratación pública existen principios específicos que constituyen los cimientos sobre los que se erige la misma, es decir, son los pilares donde se asientan los acuerdos de voluntades en los que es parte una persona pública estatal²⁰. Para Rodríguez-Arana²¹, en materia de contratación pública los principios son tan relevantes debido a que sostienen todo el entramado normativo de la contratación, de forma que se asegure que la regla esté presidida por los postulados del Estado de Derecho, a saber, la objetividad, la transparencia, la igualdad de trato y la motivación de las adjudicaciones, todo lo cual son materias que han sido disciplinadas por estos principios generales que han sido llevados al cuerpo de las principales normas que regulan la contratación pública.

Adicionalmente, podemos indicar que existe una particularidad muy importante frente a otras materias especiales de Derecho Público, que radica en el hecho que la declaración de principios que realiza el Artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas es de obligatoria aplicación, al establecerse su inobservancia como un supuesto generador de

²⁰ Ximena Pinto Nerón y Pablo Zak Godoy, «Aplicación de la libre competencia al obrar del Estado Uruguayo» (tesis para optar al título de Máster en Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo, 2012), 87, http://www.um.edu.uy/docs/APLICACION_DE_LA_LIBRE_COMPETENCIA_AL_OBRAR_DEL_ESTADO_URUGUAYO.pdf

²¹ Jaime Rodríguez-Arana, «Los principios del Derecho global de la contratación pública», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 66 (2011), 40.

responsabilidad administrativa, lo cual se encuentra previsto en el artículo 166 numeral 3 de la Ley de Contrataciones Públicas.

De allí deviene la importancia de estudiar la relación entre el principio de competencia y los distintos principios que informan la actividad administrativa en materia de contratación pública, en el marco de la ejecución de las modalidades de selección de contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas. A continuación, realizamos un análisis entre algunos de estos principios generales que son de mayor relevancia en materia de contratación pública y en particular por su importante relación con el principio de competencia desde una perspectiva de competitividad y concurrencia.

4.1 El principio de igualdad entre los participantes u oferentes.

Este principio implica que se confiera un trato igualitario a los oferentes, teniendo presente las desigualdades preexistentes, es decir, implica que debe tratarse igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Este principio implica también la necesidad de conferir igualdad de oportunidades y por ende la expresa prohibición de discriminación o desigualdad de cualquier especie.

Algunos autores como Rodríguez-Arana²² han reconocido la importancia del principio de igualdad entre los oferentes en la contratación pública, como la verdadera columna vertebral de los procedimientos de selección de contratistas, y otros autores como Jinesta Lobo²³ han entendido que solo podemos garantizar la competencia de los participantes u oferentes a través del aseguramiento de condiciones igualitarias para todos.

También se ha indicado que este principio resulta complementario de los demás que informan la actividad de contratación pública de la Administración, en particular con el principio de competencia desde una óptica de competitividad y concurrencia, ya que la participación en condiciones igualitarias de todos los potenciales oferentes, garantiza la libre concurrencia o competencia de éstos con el propósito de resultar adjudicatarios del

²² Juan Pablo Cajaville Peluffo, *Sobre derecho administrativo, Tomo II* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007), 311.

²³ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación administrativa, Tomo IV, Tratado de Derecho Administrativo* (Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010), 217.

contrato administrativo que se ofrece públicamente, de modo que se trata de principios complementarios²⁴.

Al respecto debemos resaltar, que nada hacemos al contar con la mayor concurrencia posible en un procedimiento de selección de contratistas, si imponemos límites a la competitividad, por ejemplo, dispensando un trato disímil a personas que se encuentren en una misma situación jurídica, ya que, estas diferencias no justificadas en el fondo atentan contra la competitividad, pues colocan barreras más altas a ciertos participantes a la vez que a otros se les otorgan ventajas sin justificación alguna.

Por tanto, los principios de igualdad y competencia guardan una estrecha relación, ya que el trato beneficioso o malicioso que sea injustificado hacia uno o más de los oferentes, en definitiva, produce un efecto importante sobre sus ofertas, ocasionando que las mismas no sean un fiel reflejo del mercado. Incluso, las limitaciones infundadas hacia algunos oferentes pudieran ser de tal envergadura que le prohíban o limiten sustancialmente su participación en el proceso, de forma que la concurrencia al mismo se vea severamente diezmada.

Adicionalmente, el principio de igualdad en la contratación pública entendido como garantía de la competitividad entre los participantes debe ser celosamente resguardado por los órganos o entes contratantes, debiendo procurar que todos los participantes cuenten con la misma información (en tiempo, calidad y cantidad), que se les apliquen las mismas reglas y criterios, que en esencia las condiciones de participación no varíen entre los participantes durante la sustanciación del procedimiento de selección y que el tratamiento que se dispense a todos sea uniforme.

En virtud de lo anterior, cualquier tratamiento preferencial, tanto desde el punto de vista de interpretación legal como de acceso a la información, debe ser entendido como una ventaja innecesaria que atenta contra una sana e igualitaria competencia.

²⁴ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación administrativa, Tomo IV, Tratado de Derecho Administrativo*, 217.

4.2 El principio de imparcialidad.

Para Pinto Nerón²⁵, la imparcialidad es un principio universalmente aceptado en materia de procedimiento administrativo, e implica conferir un tratamiento igualitario y sin sesgos, previendo las instituciones de inhibición y recusación como garantía a efectos de su cumplimiento.

En nuestras palabras, este principio supone el deber de transparencia de la administración de actuar sin designio anticipado ni a favor ni en contra de un posible oferente o participante por algún motivo o factor de índole subjetivo, es decir, que no tengan una justificación legal, objetiva y proporcional que fundamente el trato diferente.

Este principio es de suma importancia en materia de contratación pública, ya que intenta prevenir, por ejemplo, que algún elemento subjetivo como las relaciones familiares, la subordinación laboral, la amistad o enemistad, de alguna manera influyan en la persona que tiene la responsabilidad de tomar una decisión.

En el ámbito europeo, al principio de imparcialidad se le conoce como principio de objetividad, y se le ha reconocido su carácter transversal, ya que resulta aplicable a todas las fases de un contrato público, desde la preparación y adjudicación, pasando por los efectos de este durante su ejecución y hasta su extinción mediante el cumplimiento por las partes de sus respectivas contraprestaciones²⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, las normas generales en materia de inhibición administrativa las encontramos en los artículos 36 al 40 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁷, que han servido de fundamento para las normas especiales en materia de contratación pública, que establecen lo siguiente:

²⁵ Ximena Pinto Nerón, «Contratación pública y régimen anticorrupción», en *La contratación pública y el sistema nacional anticorrupción* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2020), 236.

²⁶ Miguel Ángel Bernal Blay, «El principio de objetividad en la contratación pública», *Revista Documentación Administrativa*, No. 289 (2011), 132.

²⁷ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos Publicado (G.O. número 2.818 Extraordinario del 01 de julio de 1981).

Artículo 17. Las Comisiones de Contrataciones se constituyen válidamente con la presencia de la mayoría de los miembros que representen las tres áreas que la conforman, sus decisiones y recomendaciones serán tomadas con el voto favorable de la mayoría. Todo lo relativo al régimen de inhabilidades y disolución, se regulará en el Reglamento del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Artículo 25. Los integrantes de las Comisiones de Contrataciones del Poder Popular, deben inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia les atribuye la Ley de Contrataciones Públicas, en los casos señalados como causales de inhabilización establecidos en la Ley que regula los procedimientos administrativos.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, establece:

Artículo 18: Los miembros y los representantes que conformen las Comisiones de Contrataciones, deben inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia les atribuye la Ley de Contrataciones Públicas, cuando:

1. Personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés en el procedimiento.
2. Tengan amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.
3. Hayan intervenido como testigos o peritos en el procedimiento en que participan, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna. Quedan a salvo los casos de revocación de oficio y de la decisión del recurso de reconsideración.
4. Tengan relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

Del análisis de ambas normas podemos colegir, que su fundamento radica en el establecimiento de importantes limitaciones al ingreso de elementos subjetivos en la toma de decisiones en materia de contratación pública, de forma de preservar la idea fundamental del sistema de contratación pública, según la cual, las decisiones deben tomarse con base en los supuestos, normas y requisitos previstos en la Ley, el Reglamento y el Pliego de Condiciones de la contratación, de la manera más objetiva posible, de forma que todos los funcionarios que participan en el trámite de la modalidad de selección de contratistas, en

especial aquellos que componen la unidad usuaria y la unidad contratante, mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.

La relación entre los principios de imparcialidad y competencia es de importancia notoria en la contratación pública, ya que solo se puede garantizar y promover la sana y libre concurrencia así como la competitividad entre oferentes, si se cuenta con funcionarios e instituciones públicas que tomen sus decisiones con base en elementos estrictamente objetivos, sin involucrar sus sentimientos, opiniones o experiencias personales, ni ninguna otro elemento subjetivo, en el proceso de toma de decisiones.

Por otro lado, también se ha reconocido que el principio de igualdad de los oferentes se relaciona con el de imparcialidad, por cuanto no existe posibilidad de trato igualitario donde no se verifica la neutralidad y objetividad necesaria²⁸.

En resumen, el principio de imparcialidad en el ámbito de la contratación pública garantiza que todos los oferentes participen y sean evaluados en igualdad de condiciones y de forma plenamente competitiva, sin elementos subjetivos que impidan o restrinjan su participación ni disminuyan sus posibilidades de competir, de forma que el procedimiento se ajuste exclusivamente a los parámetros de calificación y evaluación establecidos en forma clara, concreta y completa en las normativas legales y reglamentarias así como en el pliego de condiciones, los cuales deben apuntar a la determinación de la oferta que en conjunto ofrezca las mejores condiciones para la ejecución del objeto propuesto.

4.3 Los principios de publicidad y transparencia.

El Artículo 141 de nuestra Constitución reconoce la transparencia como uno de los pilares fundamentales de la Administración Pública, y el Artículo 143 establece el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, se reconoce el

²⁸ Ximena Pinto Nerón y Pablo Zak Godoy, «Aplicación de la libre competencia al obrar del Estado Uruguayo» 89.

derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de ciertos límites en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.

Adicionalmente, la transparencia es uno de los principios rectores de los deberes y conductas de los servidores públicos respecto a los valores éticos que han de regirlos²⁹, y exige de todo servidor público la ejecución diáfana de los actos de servicio y el respeto del derecho de toda persona a conocer la verdad, sin omitirla ni falsearla, en observancia de las garantías establecidas en el artículo 143 de la Constitución.

En nuestras palabras, el principio de publicidad implica que todas las personas puedan conocer los procedimientos de contratación, a efectos de encontrarse en posibilidad de presentarse y participar en los mismos.

Algunas de las normas de contrataciones públicas que representan el principio de publicidad las podemos encontrar en el carácter público de los actos de recepción y apertura de sobres (Artículo 91 de la Ley de Contrataciones Públicas), carácter público del presupuesto base en todas las modalidades de selección de contratistas (Artículo 59 de la Ley de Contrataciones Públicas), y la publicidad de la información contenida en el Registro Nacional de Contratistas (Artículo 46 de la Ley de Contrataciones Públicas), entre otros.

Similarmente, en materia de contratación pública la transparencia implica tener acceso a toda la información y criterios sobre los cuales se fundamenta el procedimiento administrativo, siendo explicado por algunos autores como Delpiazzo con la metáfora de que la actividad de la Administración pueda verse a través de un cristal³⁰.

El principio de transparencia en materia de contrataciones públicas se materializa entonces en el acceso de los participantes a toda la información relacionada con el procedimiento de selección de contratistas; derecho a contar con normas, criterios y reglas

²⁹ Resolución No. CMR-016-2013, mediante la cual se dicta el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos de este Organismo (G.O. número 40.314 del 12 de diciembre de 2013).

³⁰ Citado por Ximena Pinto Nerón, «Contratación pública y régimen anticorrupción», 234.

claras y de aplicación uniforme; derecho a ser informados veraz, oportunamente y al mismo tiempo de todas las decisiones, actos e incidencias del procedimiento; en líneas generales, se materializa en el derecho a conocer, en igualdad de condiciones, todos y cada uno de los elementos sobre los cuales gira y se fundamenta el procedimiento de selección de contratistas, sin que se oculte información en beneficio de una de las partes, es decir, sin que una de las partes tenga una ventaja sobre el resto de los participantes en el conocimiento de tales reglas y parámetros. *A priori*, pudiéramos pensar que esta transparencia de reglas, criterios e información debería también incluir el derecho de acceso al expediente administrativo, pero ya veremos más adelante la incongruencia del legislador en ese sentido.

Estos principios, en el ámbito de la contratación pública, buscan garantizar la igualdad en el acceso a la información pública y en el acceso a los criterios con base en los cuales los órganos y entes contratantes fundamentan sus decisiones. De esta manera, estos principios garantizan la escogencia objetiva de los contratistas y fomentan la competencia entre los oferentes, como resultado de un proceso en el que:

- (i) los interesados puedan conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se adopten;
- (ii) todas las actuaciones sean públicas y los expedientes disponibles a todos los participantes del proceso; y
- (iii) que la decisión se fundamente en los requisitos públicos, objetivos y transparentes contenidos en el pliego de condiciones, los cuales deben ser de posible comprobación e implementación.

Estos presupuestos de la actividad de la Administración que incentivan la publicidad y transparencia en las contrataciones públicas, en definitiva, también abonan en favor del principio de competencia -visto desde una perspectiva de concurrencia y competitividad- ya que este solo puede desarrollarse adecuadamente en un ambiente en el cual las normas e información del procedimiento son de libre y público acceso por todos los participantes.

No obstante, producto de la regulación que nuestro ordenamiento jurídico y la propia Ley de Contrataciones Públicas han establecido sobre los principios de publicidad y transparencia, la aplicabilidad de estos ha sido severamente trastocada, encontrando en la actualidad severas limitaciones.

En primer lugar, en el Concurso Cerrado, la Consulta Precios y la Contratación Directa, no existen anuncios públicos de licitación, sino que el funcionario sustanciador cumple con las exigencias de ley, al invitar a presentar oferta a cinco, tres o una sola persona o empresa, según sea la modalidad de que se trate, debiendo justificar su elección únicamente con base en algunos criterios muy genéricos previstos en el ordenamiento jurídico que rige la materia. Tales criterios de selección son tan amplios que pueden ser cumplidos con la invitación de un número indeterminado de personas³¹, y el ordenamiento jurídico no establece criterios estrictos ni demasiado objetivos para que el funcionario sustanciador pueda llegar a reducir tal número indeterminado a tan solo cinco, tres o una sola persona³².

En segundo lugar, en materia de acceso al expediente administrativo de selección de contratistas, tenemos que el artículo 20 de la Ley de Contrataciones Públicas, curiosamente bautizado por el legislador con la frase: *Carácter Público del Expediente*, autoriza al acceso al expediente pero solo una vez “*culminada la selección del contratista*” estableciéndose que expresamente que “*los oferentes tendrán derecho a solicitar la revisión del expediente y requerir copia certificada de cualquier documento en el contenido*”.

Entonces, de conformidad con la referida norma, se limita el acceso al expediente sólo a los oferentes y únicamente luego de culminado el procedimiento de selección de

³¹ Los poderes discrecionales del funcionario sustanciador son sumamente amplios en esas tres modalidades de selección de contratistas, ya que, utilizando criterios muy amplios y genéricos previstos en el ordenamiento jurídico, el funcionario sustanciador debe reducir el universo de cerca de 177.201 personas naturales y jurídicas inscritas en el Registro Nacional de Contratistas (conforme al último dato disponible que corresponde al año 2015), para cumplir los mínimos exigidos por la Ley de Contrataciones Públicas para cada modalidad de selección de contrastas, a saber, invitar a un mínimo que varía entre 1 y 5 potenciales oferentes, dependiendo de la modalidad de selección de que se trate.

³² Daniel Rosas Rivero, «El oscuro sistema de modalidades de selección de contratistas en Venezuela», *Observatorio Colombiano de Contratación Pública* (2019), <http://www.occp.co/el-oscuero-sistema-de-modalidades-de-selecci%C3%B3n-de-contratistas-en-venezuela>

contratistas. Esta regulación supone, por ejemplo, que un participante que no calificó para la etapa de presentación de ofertas no tiene derecho de acceso al expediente administrativo, al igual que algún ciudadano u organización que desee acceder a información sobre la contratación. Y más grave aún, también supone que un oferente (es decir, un participante que sí calificó a la etapa de presentación de ofertas) debe esperar a que finalice el procedimiento de selección de contratistas para poder revisar el expediente y poder presentar cualquier tipo de reclamo³³.

Estas limitaciones de acceso al expediente atentan contra la publicidad y la transparencia del proceso, así como contra la competitividad, ya que imponen grandes limitaciones al derecho de los participantes de conocer en tiempo real todos los elementos sobre los cuales se va formando la voluntad de la Administración y además incorpora importantes restricciones para controlar el poder de la unidad contratante, de forma que las posibles desviaciones e imperfecciones del proceso se puedan corregir a tiempo, en todo caso, antes que se otorgue la adjudicación.

Lo anterior no es casualidad, sino que forma parte de una verdadera política de legalización de la opacidad, ejecutada paulatinamente por el Estado a través de distintas acciones y reformas implementadas en los últimos 20 años, provocando que la transparencia haya cedido terreno frente a la implantación de un sistema de gobierno que coloca obstáculos, incluso legales, para la libre publicación de información oficial de todo tipo. A modo de ejemplo, un estudio de Transparencia Venezuela determinó que al menos 475 instrumentos de rango legal y sublegal contienen disposiciones que legalizan la opacidad de la información oficial³⁴.

³³ Daniel Rosas Rivero, «El supuesto carácter público del expediente de contratación», *Blog de la Revista Derecho y Sociedad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* (2019), www.derysoc.com/blog/el-supuesto-caracter-publico-del-expediente-de-contratacion/

³⁴ Transparencia Venezuela, *Es legal pero injusto* (Caracas: Transparencia Venezuela, 2014), <https://transparencia.org.ve/es-legal-pero-injusto/>

Por otro lado, un reciente estudio³⁵ de la legislación venezolana en materia de contrataciones públicas que aplicó el Índice de Transparencia en Contrataciones Públicas, encontró, en el Indicador de Transparencia, que nuestra legislación en la materia solo cumple con el 21,11 % de los estándares internacionales, quedando posicionado como una legislación con un nivel bajo de cumplimiento en materia de transparencia, lo cual nos ubica en la posición 32 de este indicador, y en la posición global 34 entre 37 países que han aplicado el referido Índice.

Como corolario de la situación antes descrita, es evidente que la legislación venezolana en materia de contratación pública contiene limitaciones importantes en materia de publicidad y transparencia que también afectan la competencia entendida como principio informa la actividad administrativa de contratación pública, a través de la imposición de serias limitaciones en la publicidad y transparencia del proceso, que en definitiva abonan el terreno para una mayor discrecionalidad y corrupción, lo cual restringe de manera importante la aplicación del principio de competencia desde una óptica de competitividad.

Sin embargo, durante el diseño de la modalidad de selección de contratistas algunas de estas imperfecciones de nuestro ordenamiento jurídico puede ser corregidas por la unidad contratante, por ejemplo, invitando mas participantes que solo el mínimo exigido por la Ley de Contrataciones Públicas, de forma de asegurar que se reciban una mayor cantidad de ofertas.

5. Garantía del principio de competencia durante la ejecución del contrato.

Entendemos que la concepción sobre el principio de competencia desde la perspectiva de la competitividad y concurrencia en los procedimientos de selección de contratistas, no solo se encuentra enmarcada en la etapa de sustanciación de la modalidad de selección, sino que exceden de esta, debiendo incluso respetarse este principio durante la ejecución del contrato que derive del trámite de la modalidad de selección.

³⁵ Olga Alviarez, Alberto Gil Martínez y Daniel Rosas Rivero, «Metodología del Índice de Transparencia en Contrataciones Públicas, Caso: Venezuela», en *Índice de Transparencia en Contrataciones Públicas, Caso: Venezuela* (pendiente de publicación).

De esta manera, las ideas de sana competencia, igualdad, respeto y diversidad de participantes deben mantenerse durante la ejecución del contrato, de forma que las posibles modificaciones que se introduzcan durante la administración y ejecución contractual, deriven directamente de hechos que eran verdaderamente imprevisibles al momento de sustanciar la modalidad de selección y que de ninguna manera alteren injustificadamente los elementos esenciales sobre los cuales versó el procedimiento de selección de contratistas.

En tal sentido, la renegociación de un contrato que ha sido previamente adjudicado mediante el trámite de una modalidad de selección de contratistas, debe tener presente que principios como el de igualdad de los oferentes, rigen en todas las etapas de los procedimientos competitivos de contratación, es decir, desde el diseño del procedimiento de contratación, pasando por la sustanciación de la modalidad aplicable e incluyendo la etapa de firma y ejecución del contrato, ya que se entiende que cualquier renegociación de los contratos públicos no puede implicar una vulneración a los principios y normas que rigieron el procedimiento de adjudicación³⁶.

Este tema es de tal importancia que incluso algunos autores como Dromi³⁷ tienen una posición radical en cuanto a la modificación de los contratos, entendiendo que cualquier modificación del contrato implica tácitamente una novación, al afirmar:

(...) pues sobre la base inicial de la voluntad contractual se reedifica un contrato revisado, modificado, renovado o reconvertido. Las obligaciones contractuales se extinguen, junto con sus accesorios y accesorias. De modo tal que las obligaciones nacidas de la renegociación o reconversión sustituyen a las anteriores..

Al respecto, el autor asume una posición que implicaría entonces que cualquier contrato que sea posteriormente renegociado o modificado constituiría en sí mismo un

³⁶ Ximena Pinto Nerón y Pablo Zak Godoy, «Aplicación de la libre competencia al obrar del Estado Uruguayo» 129.

³⁷ Roberto Dromi, *Renegociación y reconversión de los contratos públicos* (Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2003), 145.

nuevo contrato y por ende una violación a la legislación de contratación pública, ya que equivaldría a una adjudicación directa de un contrato sin procedimiento previo alguno.

Nuestra posición es un poco más conservadora, entendiendo que el principio de competencia desde la perspectiva de la competitividad trasciende al procedimiento de selección de contratistas, de forma que sus fundamentos básicos no pueden ser objeto de ninguna manipulación que haya sido previsible al momento de tramitar el procedimiento de contratación, ya que si *a posteriori* se alteran injustificadamente las condiciones bajo las cuales los participantes presentaron sus ofertas, y esos nuevos elementos a introducir resultaban previsibles al momento de la tramitación de la modalidad de selección, básicamente estaríamos estableciendo, por un lado, una preferencia en favor del contratante de la cual no gozaron los demás oferentes durante el proceso, y por el otro, estaríamos incorporando elementos previsibles que no fueron contrastados entre los oferentes ni con el mercado.

Con base en lo anterior, consideramos que estaríamos en presencia de modificaciones que atentarían contra el principio de competencia desde una perspectiva de competitividad, por ejemplo, si el órgano o ente contratante introduce variaciones en las especificaciones técnicas de la obra, bien o servicio, sin que exista una fundamentación de emergencia o imprevisibilidad; o si, por ejemplo, se pretende modificar la oferta presentada, todo ello luego de haber otorgado la adjudicación y sin razones imprevisibles que lo justifiquen. Situaciones como éstas, indudablemente colocarían al adjudicatario en una posición de ventaja respecto a los demás competidores, al otorgársele un beneficio del cual no gozaron los demás participantes, y por ende afectaría la competencia, entendida esta desde una perspectiva de necesaria y real competitividad entre todos los participantes.

En tal sentido, los órganos y entes contratantes al momento de la ejecución del contrato deben ser sumamente celosos en el mantenimiento tanto de las ofertas como de las disposiciones contractuales que fueron acordadas originalmente, y siempre que se presente alguna situación que pretenda variar, bien la oferta o el contrato, estas deben evaluarse bajo la lupa de la imprevisibilidad, de forma de asegurar que, salvo situaciones extraordinarias,

Daniel Rosas Rivero

en todo momento se mantengan las condiciones iniciales con base en las cuales participaron los demás oferentes y que sirvieron de base para el debido contraste entre las ofertas presentadas.

CONCLUSIONES

El Principio de Competencia inicialmente es entendido de manera unidimensional desde su perspectiva orgánica, referido a la atribución de facultades de decisión sobre un área o materia específica. Sin embargo, en materia de contratación pública, este principio tiene una doble perspectiva, ya que también hace alusión a la necesaria concurrencia y competitividad que debe existir entre los participantes, lo cual es un elemento propio e innato en este tipo de procedimientos administrativos.

La existencia de esta segunda perspectiva del principio de competencia no es una invención doctrinal, sino que emana de la misma naturaleza de la contratación pública, ya que este tipo especial de procedimiento administrativo se nutre y busca principalmente la máxima concurrencia de participantes de forma que estos puedan competir real y efectivamente entre ellos, y que la Administración pueda contar con diversas ofertas que permitan contrastar posiciones y elegir la que más conviene a sus intereses.

En tal sentido, tanto la Ley de Contrataciones Públicas como su Reglamento, si bien enumeran los principios generales bajo los cuales debe desarrollarse la actividad de contratación pública, sin embargo, omitieron definir expresamente el contenido y alcance de cada uno. En el caso del principio de competencia, si bien esto es una importante imprecisión que pudiera sembrar dudas sobre la existencia de la doble concepción que fundamentamos, sin embargo, tanto la Ley como el Reglamento incorporan normas específicas de las cuales claramente se puede colegir la existencia de un principio de competencia distinto al tradicional principio de competencia orgánica, ya que dichas normas contienen referencias expresas y directas que dan luces sobre la existencia de un principio de competencia que incluye una doble visión de concurrencia y competitividad, la cual es propia de los procedimientos administrativos de contratación pública.

Al respecto, esta segunda concepción de la competencia desde una doble visión de concurrencia y competitividad tiene sus particularidades, en especial en lo referente a su impacto en el transcurso del procedimiento administrativo de contratación pública, ya que

debe ser celosamente protegido por los órganos y entes contratantes desde la etapa de diseño de la contratación, pasando por la fase de tramitación de la modalidad de selección de contratistas e incluso durante la etapa de ejecución contractual.

Adicionalmente, en la fase de sustanciación de la modalidad de selección de contratistas, esta segunda concepción de la competencia tiene una relación muy estrecha con otros principios que informan este procedimiento administrativo especial, como son los principios de igualdad, imparcialidad, publicidad y transparencia; cuyo diseño e implementación están intrínsecamente relacionados con la protección del principio de competencia desde una doble perspectiva de concurrencia y competitividad.

Por ello podemos afirmar, que el principio de competencia desde una doble perspectiva de concurrencia y competitividad no se encuentra aislado y que además tiene una importancia fundamental en la actividad de contratación pública que ejecuta la Administración, ya que es el eje central y base fundamental de estos procedimientos administrativos especiales, que por naturaleza buscan la participación de múltiples oferentes en condiciones de igualdad, de forma que la contratación que la Administración realice sea la que verdaderamente más conviene a sus intereses.

A modo de corolario podemos entonces afirmar, que corresponde al órgano o ente contratante velar por la preservación del principio de competencia en sus dos concepciones, a saber, tanto en la legalidad de la actuación de todos los funcionarios que participen en el trámite del procedimiento, así como en el establecimiento y la preservación de las condiciones necesarias que permitan la realización de un procedimiento verdaderamente competitivo en el que se fomente y proteja la máxima concurrencia de participantes y en el que estos puedan efectivamente rivalizar en la adjudicación del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

ALVIAREZ, Olga, Alberto Gil Martínez y Daniel Rosas Rivero. «Metodología del Índice de Transparencia en Contrataciones Públicas, Caso: Venezuela». En *Índice de Transparencia en Contrataciones Públicas, Caso: Venezuela* (pendiente de publicación).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «El principio de objetividad en la contratación pública». *Revista Documentación Administrativa*, No. 289 (2011): 129-150, doi: 10.24965/da.v0i289.10072

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre derecho administrativo, Tomo II*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

Comisión Europea. «*What is GPP?*». Acceso el 19 de julio de 2020 https://ec.europa.eu/environment/gpp/what_en.htm

DANIELS PINTO, Alí José. «Consideraciones sobre el régimen sancionatorio en las contrataciones públicas». En *La contratación pública en Venezuela*, 75-148. Caracas: FUNEDA, 2015.

DJANKOV, Simeon, Tania Ghossein, Asif Islam y Federica Saliola. *Public Procurement Regulation and Road Quality*. Washington: Banco Mundial, 2017. https://www.researchgate.net/publication/321039112_Public_Procurement_Regulation_and_Road_Quality.

DROMI, Roberto. *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2003.

Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile. *Compras públicas y libre competencia* (Chile: Fiscalía Nacional Económica de Chile, 2011), <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011-1.pdf>.

- GIMENO FELIU, José María. «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control». *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, No. 2 (2016): 1-12.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. http://www.gordillo.com./pdf_tomo2/capitulo12.pdf.
- JINESTA LOBO, Ernesto. *Contratación administrativa, Tomo IV, Tratado de Derecho Administrativo*. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010.
- MAÑES MARTÍNEZ, Eva. «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos». *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, No. 6 (2015): 389-432.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel. *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. España: Fundación Alternativas, 2009. http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/f04408dde31c25ad9d03a44a1cddb9f6.pdf.
- Observatorio de Contratación Pública de España. «¿Qué es el OBCP?». Acceso el 15 de julio de 2020. <http://obcp.es/que-es-el-obcp>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *Policy Roundtables, Collusion and Corruption in Public Procurement*. Paris: OECD Publishing, 2010. <http://www.oecd.org/dataoecd/35/19/46235884.pdf>.
- PINTO NERÓN, Ximena y Zak Godoy, Pablo. «Aplicación de la libre competencia al obrar del Estado Uruguayo». Tesis para optar al título de Máster en Derecho Administrativo Económico. Universidad de Montevideo, 2012. http://www.um.edu.uy/docs/APLICACION_DE_LA_LIBRE_COMPETENCIA_AL_OBRAR_DEL_ESTADO_URUGUAYO.pdf.

- PINTO NERÓN, Ximena. «Contratación pública y régimen anticorrupción». En *La contratación pública y el sistema nacional anticorrupción*, 227-253. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. «Los principios del Derecho global de la contratación pública». *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 66 (2011): 29-54.
- ROSAS RIVERO, Daniel. «El oscuro sistema de modalidades de selección de contratistas en Venezuela». *Observatorio Colombiano de Contratación Pública* (2019), <http://www.occp.co/el-oscurο-sistema-de-modalidades-de-selecci%C3%B3n-de-contratistas-en-venezuela>.
- ROSAS RIVERO, Daniel. «El supuesto carácter público del expediente de contratación». *Blog de la Revista Derecho y Sociedad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* (2019), www.derysoc.com/blog/el-supuesto-caracter-publico-del-expediente-de-contratacion/.
- ROSAS RIVERO, Daniel. «La importancia de las actividades previas al proceso de selección de contratistas en la legislación venezolana aun frente al COVID-19». *Observatorio de la Contratación Pública de Argentina* (2020), <http://obcp.com.ar/opiniones/la-importancia-de-las-actividades-previas-al-proceso-de-seleccion-de-contratistas-en-la>.
- SERRANO-PINILLA, Felipe. «El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico». *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 19 (2011): 147-181.

Daniel Rosas Rivero

Transparencia Venezuela. *Es legal pero injusto*. Caracas: Transparencia Venezuela, 2014.

<https://transparencia.org.ve/es-legal-pero-injusto/>

PERSPECTIVAS PÚBLICO-REGULATORIAS DE UNA REVISIÓN LEGAL NECESARIA EN LA INDUSTRIA PETROLERA VENEZOLANA

Eddward J. Rangel Medina

Abogado egresado de la Universidad Metropolitana (2019). Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos de la Universidad Metropolitana-CENDECO (febrero 2020). Abogado Asociado de la Práctica de Derecho y Gestión Ambiental Estratégica de D'Empaire.

Resumen:

El presente trabajo tiene como propósito sentar bases sobre el panorama jurídico y político-económico del negocio petrolero en Venezuela. Se pretende esgrimir cómo –desde reformas bien pensadas y estrategias de desregulación del negocio– la implementación de una nueva política pública petrolera enfocada en la apertura de la industria podría, en un corto a mediano plazo, reactivar la economía venezolana. Esto gracias a la participación justa y equitativa del sector privado, nacional o extranjero, con el Estado en las actividades *Upstream* y *Downstream*. En este sentido, buscando presentar una propuesta adaptada a la realidad venezolana, se parte del estado actual de participación de capital privado en la industria petrolera, revisando una posible adaptación del marco regulatorio vigente. Luego, se señalan aspectos fiscales sobre el sector de los hidrocarburos que necesitan una evaluación hacia la eficacia-eficiencia del sistema de tributos, para finalmente proponer un posible nuevo esquema público-regulatorio de apertura del sector.

Palabras clave: Hidrocarburos, petróleo, Derecho Regulatorio, tributos, capital privado, *compliance*, reforma legal.

PUBLIC-REGULATORY PERSPECTIVES OF A NECESSARY LEGAL REVIEW IN THE VENEZUELAN OIL INDUSTRY

Abstract:

This paper has the purpose of laying the foundations on the legal and political-economic panorama of the oil business in Venezuela. It's intended to wield how –from well-thought reforms and business deregulation strategies– the implementation of a new petroleum public policy focused on the industry opening could, on a short to medium term, reactivate the Venezuelan economy. This can be achieved thanks to a just and equitable, national or foreign, private sector involvement with the State in the *Upstream* and *Downstream* activities. In this sense, hoping to deliver a proposal adapted to the Venezuelan reality, we start from the current state of the private capital investment in the oil industry, reviewing a possible adaptation of the regulatory framework. Then, fiscal aspects on the hydrocarbons sector which need an evaluation towards the efficacy-efficiency of the tax system are pointed out, to finally propose a possible new public-regulatory scheme to open the sector.

Keywords: Hydrocarbons, oil, Regulatory Law, taxes, private investment, compliance, legal reform.

INTRODUCCIÓN

Por casi 100 años, la industria petrolera venezolana ha sido el principal motor de la economía nacional, generando en sus mejores momentos miles de millones de dólares en ganancias para las arcas del Estado. Así pues, no es sorpresa que este sector haya sido el más regulado en el país, siendo ejemplo de modelos de negocios para exportar a otros países petroleros en la década de los años sesenta. Justo ahora, a un siglo de la primera Ley de Hidrocarburos sancionada en Venezuela, vemos en retrospectiva las diversas modalidades que, casi de forma cíclica, han sido aplicadas sobre el ejercicio de las actividades relacionadas con los hidrocarburos. Estos ciclos han ido desde un esquema totalmente amplio de regalías a base del régimen de minas o una simple concesión administrativa de los yacimientos hacia el privado, pasando paulatinamente por la reserva legal de la propiedad de los recursos y actividades sobre los yacimientos hacia la década de los setenta, decayendo incluso la estricta regulación a finales del siglo pasado en búsqueda de financiamiento privado, hasta la llegada de un régimen de participación “mixta” que poco a poco fue sustrayendo la riqueza y eficiencia operativa de una industria tan prometedora en el mundo como la nuestra.

Habida cuenta de esto, nos encontramos actualmente en un aparente nuevo ciclo hacia la apertura petrolera, en la que el Estado, paternalista-empresario, nuevamente requiere de mayor incentivo e impulso financiero para afrontar los grandes daños que una política estatista-clientelista ha ocasionado a la industria de los hidrocarburos. Y como es costumbre para el país, esto requiere de una revisión exhaustiva y casi “quirúrgica” sobre el marco legal vigente, para actuar de forma planificada, eficaz y sostenible hacia la recuperación total del negocio petrolero en el país, de la mano del sector privado, claro está –pero esta vez, en igualdad de condiciones, como estándar mínimo–. Es por esto por lo que, en estas próximas páginas esgrimiremos una aproximación sobre el lente público-regulatorio del estado actual de participación de la inversión privada en la industria petrolera, tomando en cuenta elementos hacia una apertura económica y de rehabilitación paulatina del sector. Señalaremos asimismo las carencias y ventajas de la principal ganancia para un Estado involucrado en el negocio: la fiscalización y régimen fiscal sobre

cada segmento de la actividad petrolera. Para finalizar, sintetizaremos los elementos económico-jurídicos que deberían constituir la formulación de una nueva política pública petrolera que, más allá de las reformas legales, puedan hacer eficaz el cambio de modelo que tanto reclama la industria y que tanto necesita la vida económica venezolana.

I. DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA INDUSTRIA NACIONAL DE LOS HIDROCARBUROS

Previo al análisis de los elementos que constituyen el marco regulatorio vigente en Venezuela con respecto al ejercicio de actividades en la industria petrolera nacional, cabe primero hacer una debida referencia al papel que juega, ha jugado y puede jugar, bajo un esquema legalmente factible en la actualidad, el particular como inversionista en cada una de las fases o etapas de la cadena de valor del negocio de los hidrocarburos en el país. A efectos jurídicos es mucha la tarea que queda por hacer para que dicho régimen de “apertura” en el negocio de los hidrocarburos en el país pueda suceder. Y es que, en cualquier caso, ante un proceso de inclusión de personas jurídicas o naturales facultadas para ejercer actividades en el sector petrolero, cabe necesariamente preguntarnos como punto de partida: ¿Puede la Inversión Privada Nacional o Extranjera participar en las actividades de hidrocarburos en Venezuela bajo el marco legal vigente?

La respuesta a esta interrogante, es concreta, pero amerita de una minuciosa explicación. Y es que, en un principio, *sí*, bajo el marco legal vigente los privados pueden participar en las actividades que componen la cadena de valor de los Hidrocarburos en Venezuela. Sin embargo, este “sí” depende de qué actividad se pretenda realizar. Más aún, el *sí* depende de si lo que se busca con esa participación privada en el negocio de los hidrocarburos es mantener el esquema actual o, más bien, vislumbrar nuevas formas de participación, en donde las condiciones sean más beneficiosas para el inversor y para el propietario del recurso. Estas condiciones y propuestas serán explicadas en las próximas páginas de este primer aparte.

De manera somera cabe aclarar que, en Venezuela; a pesar de existir una amplia normativa legal y técnica que regula la actividad de los hidrocarburos, son tres las normas fundamentales en la que ha de enfocarse la respuesta a la interrogante formulada; a saber:

Eddward J. Rangel Medina

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, La Ley Orgánica de Hidrocarburos² y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos³. En este sentido, y de la revisión del texto constitucional se puede observar que en el artículo 12 de la Carta Magna califica como “*bienes de dominio público y, por lo tanto, inalienables e imprescriptibles (...) los yacimientos de hidrocarburos*”. Con esto, el constituyente aseguró que los yacimientos de hidrocarburos, tanto líquidos como gaseosos, pertenecen a la República y ésta con fundamento en el artículo 113 *eiusdem* puede entonces otorgar concesiones para su explotación.

En este sentido, queda claro de manera preliminar que, un particular podría participar sin duda alguna, a través de un procedimiento concesionario de la actividad petrolera o de hidrocarburos gaseosos, según se trate el caso. Sin embargo, el texto constitucional va más allá al reservarse en su artículo 302, “*la actividad petrolera y otras industrias*”, además de asegurar conforme a su artículo 303 “*la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) (...) exceptuando la de las filiales, empresas y cualquier otra que se haya constituido como consecuencia del desarrollo de negocios ... (de ésta)*”. Habida cuenta de lo anterior, el constituyente si bien reserva a la República la totalidad de las acciones de PDVSA o del ente que la sustituya, y no hace lo propio respecto de sus filiales⁴, pudiendo por tanto la ley orgánica en la materia regular la participación del privado en el negocio, al menos a ese nivel corporativo. Aquí vemos como el condicionamiento de la participación privada en el negocio petrolero va cobrando forma.

Ya en el rango legal de la normativa nacional vigente se encuentra la Ley Orgánica de Hidrocarburos; que en su artículo 3 reitera que los yacimientos pertenecen a la República, esta vez de forma específica respecto de los líquidos. En cuanto a la materia que nos ocupa, es de especial atención referirse al artículo 4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, ya que en él “*se declaran de utilidad pública y de interés social*” las

¹ Garay, Juan. *La Constitución Bolivariana (1999)*. (Caracas: Corporación AGR, S.C., 2013).

² Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.443 de fecha 24 de mayo de 2006.

³ Presidencia la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999.

⁴ Criterio también compartido por Mata-García, César. *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 95.

actividades que abarcan toda la cadena de valor de los hidrocarburos líquidos, incluidas las obras (superficiales o no) necesarias para su realización. Al respecto, vemos como esta normativa ya establece rasgos bastante restrictivos con respecto a las obras, infraestructura e incluso propiedad de inversiones desarrolladas por lo privados en la realización de actividades del negocio petrolero.

Una vez dentro de la cadena de valor, la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece en su artículo 22 las condiciones para que un particular pueda realizar actividades de *Upstream* (Exploración & Explotación) o “primarias”. Habida cuenta de esto, la norma establece la posibilidad de la ejecución de estas actividades sólo por El Estado mediante empresas de su exclusiva propiedad o por empresas “mixtas operadoras” con capital social en donde su participación accionaria sea más del cincuenta por ciento (50%). Para esto, el Estado, a través de La Ley de Contrataciones Públicas y el procedimiento especial de la Ley Orgánica de Hidrocarburos puede escoger a uno o varios privados nacionales o extranjeros para ser su socio con una participación minoritaria en la ejecución de las actividades primarias a través de la figura de Empresa Mixta⁵. Ahora bien, más abajo en la cadena, a nivel *Midstream* (refinación e industrialización de hidrocarburos líquidos) la Ley en los artículos 10 y 50, permite que dichas actividades puedan ser realizadas por el Estado y los particulares, “conjunta o separadamente”, en un esquema de Empresa Mixta con participación accionaria del Estado distinta y no necesariamente mayoritaria. Finalmente, a nivel *Downstream* (comercialización) de la cadena de valor de los hidrocarburos líquidos en Venezuela, la Ley Orgánica señala que las actividades de comercialización (exterior) de hidrocarburos naturales sólo pueden ser realizadas en un esquema de Empresas del Estado, por lo que las empresas que produzcan derivados de hidrocarburos deben venderles a éstas únicamente. Sin embargo, del texto del mismo artículo 58 y 10 *eiusdem*, se entiende que lo

⁵ Mata-García, César. *Manual de Derechos de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 123.

Eddward J. Rangel Medina

relativo a la comercialización de hidrocarburos líquidos sintéticos⁶, está abierta a la participación privada, así como a Empresas Mixtas y del Estado.

Dos normas posteriores a la Ley Orgánica de Hidrocarburos restringieron el ejercicio de esta actividad al capital privado por su cuenta, el Decreto N° 1648 del 15 de enero de 2002 y la Ley de Petroquímica en los que se reserva al Estado el comercio exterior de “*derivados de los hidrocarburos*”, además de imponer esta ley especial la constitución obligatoria de Empresas Mixtas en un esquema de mayoría accionaria del Estado para ejercer actividades de *Downstream* en Venezuela⁷. En lo referente al Comercio Interior, la Ley Orgánica establece en su artículo 60 y 61 que las actividades de “suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de productos derivados de hidrocarburos” puede ser ejercida por personas naturales y jurídicas, con el debido permiso otorgado por el Ministerio de Energía y Petróleo, e incluso fija la posibilidad de establecer precios de productos en bandas que fomenten la libre competencia en el mercado interno.

So pena de lo anterior, y en lo que nos atañe a la participación privada en el sector de los hidrocarburos en Venezuela, una vez más esta oportunidad de inversión privada en la cadena de valor fue restringida y reservada en lo que respecta a las actividades de “*intermediación para el suministro de combustibles líquidos*” (así como el transporte por cualquier vía) para el Estado a través de sus empresas en la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos. Dicha Ley, además, reserva los establecimientos de expendio de combustible (Estaciones de Servicio) al Estado, para su abanderamiento a empresas como PDVSA, o la filial que ésta designe.⁸

Debemos señalar que los principios aplicables al negocio petrolero son igualmente plasmados en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, a excepción de las formas de participación del capital privado en cada una de las fases de la cadena de valor. Sin

⁶ Por “hidrocarburos naturales” entiéndase aquellos no sometidos a procesos de industrialización, sino solo tratamiento inicial, y por “sintéticos” entiéndase productos de petroquímica -refinación-. Mata-García, César. *Manual de Derechos de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 156.

⁷ Ver artículos 5 y 16 de la Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.203 de fecha 18 de junio de 2009.

⁸ Ver arts. 1, 2 y 4 de la Ley, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.019 de fecha 18 de septiembre de 2008.

Eddward J. Rangel Medina

embargo, a diferencia de las Ley Orgánica de Hidrocarburos, según el texto del artículo 2, 22 y 30 de la Ley de Hidrocarburos Gaseosos, todas las actividades que conforman la cadena de valor de los hidrocarburos gaseosos no asociados pueden ser realizadas por el Estado directamente, a través de empresas de su total propiedad o Empresas Mixtas, en cualquier proporción accionaria o de manera separada por los privados, a quienes sólo les será aplicable el debido permiso o licencia que atañe a cada actividad.

Como colofón de este primer aparte para dar respuesta a la interrogante inicial, es importante acotar que tanto que tanto en el caso de las actividades de hidrocarburos líquidos como de hidrocarburos gaseosos, existe la posibilidad para el privado, según sea la modalidad de participación, de ejercer todas las actividades de la cadena de valor bajo el esquema de *integración vertical*, siempre que éste conserve libros contables separados por cada una de ellas.

A este punto de esta corta disertación, podemos afirmar, tal como se asomaba al inicio, que en efecto la respuesta a la interrogante inicial es “SÍ, pero depende”. El capital privado, extranjero y sobre todo el nacional, puede participar de manera extensa y en diversas formas en cada una de las etapas de la cadena de valor de los hidrocarburos, sea petróleo o gas, bajo el marco legal vigente. Sin embargo, si la historia no tan reciente de Venezuela nos ha enseñado algo es que, mientras más se intente regular un sector económico, menos rentable y llamativo será para los inversionistas.

Es de nuestro criterio que si de verdad se quiere reactivar la industria petrolera y la del gas en nuestro país, debe buscarse menos la regulación extrema que beneficie al Estado y dar paso a la apertura que reforme el marco no solo jurídico sino económico-político para ofrecer estabilidad, seguridad y reglas claras del juego para volver a generar confianza en aquellos que, del otro lado del negocio -los privados-, también han buscado reinventar su modelo de negocio desde hace 100 años; todo lo cual señalaremos y propondremos en las páginas que siguen.

II. LOS “IMPUESTOS INSTRUMENTALES”, LA PARAFISCALIDAD Y EL PROBLEMA CON LA AUSENCIA DE FISCALIZACIÓN SOBRE EL NEGOCIO DE LOS HIDROCARBUROS EN VENEZUELA:

2.1. La regulación fiscal sobre la actividad petrolera en Venezuela:

Habida cuenta de un examen necesario sobre el régimen regulatorio para el ejercicio de las actividades en la industria de hidrocarburos nacional, es pertinente aclarar que en Venezuela aún existen grandes inconvenientes fiscales-regulatorios que hacen ineficaz e ineficiente la recaudación tributaria a las arcas del Estado en lo que siempre ha sido la industria más importante y de mayor retribución monetaria para el país; a lo que conlleva realizar un análisis más específico sobre el régimen fiscal y tributario aplicable a los hidrocarburos en el país.

A modo de aclaratoria, resaltamos que en este aparte nos enfocaremos en el estudio de las figuras tributarias, parafiscales y aquellas de derecho público que intervienen en la actividad regulatoria económica del Estado frente a las operaciones del sector de los hidrocarburos en Venezuela, con especial énfasis al régimen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, las ventajas especiales presentes en los Términos y Condiciones de Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas y la contribución especial establecida en la Ley De Reforma Parcial Del Decreto N° 8.807 Con Rango, Valor Y Fuerza De Ley Que Crea Contribución Especial Por Precios Extraordinarios Y Precios Exorbitantes En El Mercado Internacional De Hidrocarburos. Con esto, no pretendemos tomar en cuenta el efecto de aquellas contribuciones parafiscales, Impuesto al Valor Agregado e Impuesto Sobre La Renta sobre la actividad de los hidrocarburos, toda vez que su análisis y propuesta de reforma extralimitan los objetivos de una reforma legal “quirúrgica” o mínima necesaria que se plantea como base para futuras propuestas de revisión de política pública regulatoria en el país, tomando como ejemplo aquellas propuestas actualmente en curso que se centran en la LOH y la normativa especial sobre los Hidrocarburos en el seno de la Asamblea Nacional.

Eddward J. Rangel Medina

Habida cuenta de esto, a la fecha, es principalmente la Ley Orgánica de Hidrocarburos en su Capítulo VI la que establece las obligaciones fiscales para quienes realizan las actividades petroleras en el país, independientemente del nivel en la Cadena de Valor; pero que se centra en las Empresas Operadoras como sujetos pasivos de la obligación tributaria. Sin embargo, en lo referente a la recaudación y régimen de los impuestos y regalías, la doctrina ha diferido tradicionalmente de otorgarle naturaleza tributaria a figuras especiales del sistema fiscal de los hidrocarburos como las regalías; todo lo cual veremos más adelante.

En este sentido, el artículo 44 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece la *Regalía* como el derecho de participación patrimonial del Estado sobre el crudo extraído del yacimiento, siendo gravable el 30% sobre el ingreso proveniente de la explotación de este, no así sobre el enriquecimiento neto como otros tributos. Es justo por esto por lo que la doctrina ha criticado a esta Regalía por no ser tributo⁹, ya que son considerados más bien como pagos por aprovechamiento del recurso natural al Estado venezolano. En este sentido, al aplicarse como el derecho que corresponde a la República directamente sobre el ingreso, se ha entendido que la regalía tiene la función de moderar el riesgo para el Estado en el negocio petrolero, siendo una figura utilizada a manera de trasplante sobre otras actividades de explotación de recursos también reservados o propiedad del Estado, dada la volatilidad especial del mercado petrolero y otros *commodities* que puede alterar su valor de venta en las fases posteriores a la explotación directa del campo (tratamiento inicial, refinación, etc). Sobre la base de esta premisa, al no ser la regalía prevista en esta ley un tributo, mal pueden aplicársele los principios constitucionales y legales del Derecho Tributario (entiéndase, principio de no confiscatoriedad, proporcionalidad, progresividad, entre otros). Los “sujetos pasivos” de esta regalía son directamente las empresas operadoras a quienes se ha adjudicado el yacimiento explotado, con una alícuota de 30% de yacimientos petroleros. Lo propio ocurre respecto de los hidrocarburos gaseosos en régimen especial, sólo que aplicando un 20%. La base de cálculo de esta regalía es aplicable a la medición de volumen en los patios de tanques de hidrocarburos.

⁹ Kwan Lista, Michelle. *Naturaleza Jurídico-Fiscal de la Regalía Petrolera en Venezuela*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004), 107.

En cuanto al régimen impositivo en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, resaltamos primero el *Impuesto Superficial* que equivale a 100 U.T. por cada kilómetro cuadrado no explotado del área designada a la Empresa Operadora por año. Esta alícuota aumenta 2% por los 5 primeros años de operaciones y luego 5% por cada año operativo. Por otro lado, el *Impuesto de Consumo Propio* fija una alícuota a gravar de 10% sobre el precio de venta de mercado nacional de cada metro cúbico de combustible consumido por las empresas operadoras en el ejercicio de sus actividades. Cabe destacar que el precio de venta del combustible en el país es publicado por el Ministerio de Energía y Petróleo, aun cuando la base imponible está establecida en la ley.

El *impuesto de extracción* es también establecido en el artículo 48 *eiusdem*, a través del cual se grava un tercio (1/3) del valor de los hidrocarburos líquidos extraídos de un yacimiento. Sobre este, también la doctrina ha criticado su figura como una no tributaria, sino más bien de Regalía del 33,33% del valor de hidrocarburos extraídos; siendo además violatorio del principio de reserva legal en cuanto a la competencia y medio legal de determinación del valor. Finalmente, con respecto a los “impuestos” establecidos en la Ley, el *Impuesto de Registro de Exportación* obliga al pago del 0.1% del valor total de los hidrocarburos exportados. Sin embargo, entra aquí la confusión en cuanto a quién paga dicho impuesto y su eficiencia, ya que en el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la exportación de hidrocarburos (comercialización) está reservada a las empresas del total propiedad del Estado, siendo que legalmente, para poder exportar el crudo, la empresa operadora mixta debe venderle el crudo a PDVSA a través de sus filiales, quien se encargará a su vez de exportar el crudo al mercado internacional según el artículo 27 *ejusdem*.¹⁰ Habida cuenta de esto, al ser PDVSA a través de sus filiales, cuya participación accionaria es 100% propiedad del Estado venezolano, la persona jurídica sobre la que recae la actividad de exportación del crudo, parece contraproducente o al menos poco práctico esta figura que obliga al exportador a pagar a las arcas del Ministerio dicho monto, es decir, el estado pagándose a sí mismo. Lo anterior, so pena de interpretación que, tal como ocurre en la realidad, sea la empresa mixta quien deba pagarla

¹⁰ Esto, con excepciones de autorización del Ministerio de venta directa del crudo por parte de empresas mixtas a compradores internacionales.

alcuota por exportación del crudo, aun cuando esta actividad en realidad sea realizada por empresas del Estado como intermediario.

Cabe aclarar a este punto que en este trabajo solo se analizarán los impuestos y regalías establecidas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, no así las contribuciones especiales y ventajas desarrolladas en otros instrumentos legales que versen sobre hidrocarburos.

2.2. Crítica y vinculación del régimen fiscal de los hidrocarburos como “impuestos instrumentales”:

La doctrina tributaria y regulatoria general que ha estudiado el marco legal vigente de hidrocarburos en Venezuela ha denominado a la interacción que existe entre los Impuestos de Consumo Propio, Superficial, de Extracción y de Registro de Exportación como “Impuestos Instrumentales”¹¹, en el sentido de que dichas figuras aparentemente tributarias no tienen verdaderamente un propósito de recaudación fiscal, sino que actúan como figuras de fiscalización pasiva en donde el contribuyente de manera necesaria consigna a la Administración Tributaria información clave sobre la producción y operatividad de la actividad petrolera, que se complementa con un aporte simbólico al Tesoro Nacional o al patrimonio del ente que se designe como sujeto activo; esto con el objeto de facilitar al Estado, típicamente en cabeza del Ministerio de Energía y Petróleo, el conocimiento del estado actual de la industria petrolera, al no contar este con una estructura institucional de fiscalización activa lo suficiente y necesariamente fuerte como para abarcar todos los sectores de la industria. A esta interacción de los impuestos especiales sobre las actividades sobre la cadena de valor de los hidrocarburos como “instrumentales” se le agrega la vinculación que tiene la regalía, no como tributo sino como figura de derecho público regulatoria, al sistema de recaudación no sólo fiscal sino de información financiera; lo cual evaluaremos a continuación.

¹¹ Denominación tomada de García-Mata, César. “Derecho de los Hidrocarburos”, en *Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos*. (Caracas: UNIMET-CENDECO, 2019); referente a la utilización de impuestos, tasas, regalías y contribuciones especiales como forma de recaudación pasiva de información fiscal sobre el sector industrial petrolero venezolano, a falta de una infraestructura robusta capaz de fiscalizar la actividad del sector.

Eddward J. Rangel Medina

En otras palabras, estos impuestos y regalías fungen como forma de fiscalizar para un Estado que no cuenta con un aparato institucional destinado a tal fin, debido a décadas de mala gestión institucional y organizativa, que pone en cabeza del particular (sujeto pasivo) no solo garantizar la veracidad de estas cifras que consigna con sus declaraciones sino también mantener la información sobre el funcionamiento de la industria nacional al día para uso y consumo muchas veces solo conocido por la Estatal Petrolera o por el Ministerio con competencia en la materia. Prueba de esta “exclusividad” en el manejo de la información es el hecho del retraso exorbitante de publicación de Estados Financieros de PDVSA, S.A. *Casa Matriz* desde el año 2016 para conocimiento del público sobre el Estado oficial verdadero de la industria venezolana de los hidrocarburos; información que, por demás debería ser de acceso público tal como el estado financiero del país, por ser PDVSA, S.A.– dueña indirecta –a través de la Corporación Venezolana de Petróleo o CVP– de la mayoría de acciones de todas las empresas mixtas operadoras del país y que, a su vez, es de propiedad total del Estado. Para explicar el funcionamiento instrumental de estos impuestos, contribuciones fiscales y figuras regulatorias de derecho público nos centraremos en la regalía, el impuesto de extracción y la ventaja especial establecida en la condición N°6 antes mencionada, haciendo un comentario final sobre la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos.

En este sentido, el texto del artículo 48.4 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos establece la posibilidad de que el particular deduzca del pago del Impuesto de Extracción lo pagado como regalía del artículo 44 *ejusdem* y la regalía como ventaja especial del 3.33% establecida por mandato del artículo 36 de la LOH presente en la Condición N° 6 para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas¹². Es decir, que en el ejercicio de

¹² Cabe mencionar sobre esta condición sancionada por la Asamblea Nacional en fecha 31 de marzo de 2006 mediante publicación de Gaceta Oficial N° 38.410, que si bien este porcentaje de la alícuota impositiva del 3.33% originalmente se separaba en un 1.11% de aporte a la creación de un Fondo de desarrollo endógeno y el 2.22% restante a acreditar y pagarse a los municipios en cuyo territorio se realizaba la explotación del yacimiento –en un esfuerzo por apoyar la fiscalización y recaudación municipal–; la misma división fue modificada mediante Gaceta Oficial N° 39.273 de fecha 28 de septiembre de 2009 cambiando el porcentaje del 1.11% hacia los municipios e invirtiendo los montos de recaudación, a ser enterados ahora el 30% de ese 1.11% al municipio en donde se realiza la actividad petrolera, y el 70% restante a los demás municipios en

Eddward J. Rangel Medina

declaración y pago de estas contribuciones, la Empresa Mixta deduce del 33.33%, un 30% por concepto de regalía pagada, y del restante también deduce la totalidad de 3.33% por ventaja especial de regalía; lo que se traduce en que, en realidad, el contribuyente paga a la Administración Tributaria el 33.33% de sus ingresos pero puede deducir de éstos las ventajas especiales, rebajando el monto, y de ser el importe superior al 33,33% se pagará sólo la diferencia al Estado. De esta manera, la declaración de este ejercicio sirve no solo como prueba que demuestra la razón de no haber enterado el monto integro correspondiente a estas tres contribuciones, sino que también la base imponible utilizada para el cálculo del monto a pagar sirve a efectos fiscalizadores para conocer cuánto ha extraído en volumen de hidrocarburos el administrado, incluyendo el tipo de crudo según el precio establecido para su venta.

Sobre la base de lo anterior, cabe mencionar también que, la contribución especial establecida en la Condición N° 6 ha sido catalogada como una contraparte de la figura de “*Shadow Tax*” o *Impuesto Fantasma* en el derecho anglosajón, por ser también un mecanismo de control por parte del fisco para asegurar el pago del contribuyente. Esto, toda vez que esta contribución especial obliga a pagar todos los 20 de abril de cada año la diferencia entre el 50% del valor de los hidrocarburos extraídos, y el valor del monto sumatorio total resultante del pago de (i) regalías, (ii) Impuesto Sobre La Renta, (iii) demás tributos basados en ingresos –brutos o netos, incluyendo, pero no limitados a las contribuciones parafiscales de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación o *LOCTI*, Ley Orgánica de Drogas, Ley Orgánica del Deporte, Ley de impuesto Grandes Transacciones Financieras, Ley del Régimen de Prestación de Empleo, Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Habitación (*BANAVIH* o *FAOV*), Ley del Instituto de Capacitación y Educación Socialista o *INCES*) y Ley del Seguro Social o *SSO*– y el monto correspondiente al 1% de utilidades generadas por el sujeto pasivo y calculadas antes del pago de impuestos, según lo establecido en la Condición N° 10 del instrumento *ejusdem*.

donde se tuviera presencia, pulverizando cualquier tipo de apoyo eficaz de esta figura a las recaudaciones fiscales municipales por una actividad tan productiva monetariamente como la de ellos hidrocarburos.

Eddward J. Rangel Medina

Lo anterior quiere decir que, al restar el monto pagado por contribuciones especiales y parafiscales entre el correspondiente al 50% de valor de los hidrocarburos extraídos, esta contribución emanada de la Condición N° 6 sólo tiene una función de asegurar el pago por el ejercicio fiscal realizado en materia de las actividades relacionadas con los hidrocarburos, siendo casi irrelevante y totalmente ineficaces los elementos del cálculo de la base imponible y la alícuota impositiva, al ser estos una figura “fantasma” cuya naturaleza no es de tributo ni regalía; teniendo como único fin asegurar la consignación de información fiscal a través de un tedioso sistema de cálculo para el contribuyente con una declaración impositiva casi nula o no representativa en términos monetarios.

Igual caso sobre el cálculo del importe a pagar como tributo atañe a los demás impuestos establecidos en el artículo 48 de la Ley y su propósito más allá de la recaudación, a saber: *el Impuesto Superficial, Impuesto de Consumo Propio, el Impuesto de Extracción e Impuesto de Registro de Exportación*. Al respecto, *el Impuesto Superficial* utiliza como base imponible la extensión por kilómetro cuadrado no explotado del área delimitada otorgada mediante Decreto de transferencia a la Empresa Mixta, multiplicado por 100 Unidades Tributarias que no corresponden al Fisco Nacional, lo que en la actualidad lo ubica en Centésimas de Bolívares Soberanos aumentando en 2 a 5% por año, monto que significa un aporte nulo al patrimonio del Ministerio de Energía y Petróleo.

El mayor problema con este impuesto radica no en el hecho de que, nuevamente, el particular proporciona información al Estado de cuál es el aprovechamiento que está teniendo del área asignada por un tiempo delimitado. Para nuestro criterio, el mayor problema de este impuesto tiene dos vertientes:

- i. Por un lado, el problema con la ausencia de fiscalización activa del Estado, que causa que se utilice una figura ficticia de tributo que no tiene propósito de recaudación en absoluto; lo cual a su vez recae en:
- ii. Que no exista una verificación de si las cifras de áreas explotadas son verídicas o no. Esto hace que la carga de la prueba recaiga no en el administrado sino en el Estado, quien en la actualidad venezolana es incapaz de abarcar todos los campos y yacimientos.

Estos dos problemas, a nuestro criterio, hacen que el Impuesto Superficial sea inútil e ineficaz, por no cumplir con su presunta naturaleza de tributo al recaudar una suma cercana al 0% y además no asegurar ni siquiera la información que consigna la Operadora al Ministerio, ya que no existe un aparato fiscalizador que pueda hacer presión, validar cifras o incluso sancionar, en caso que aplique, ya que con la sanción se afecta a la misma industria petrolera nacional, por no haber atractivo alguno a que un nuevo *Socio B*¹³ se interese por tomar control de una Empresa Mixta y la haga “productiva”¹⁴. En cualquier caso, recordemos que en nuestra normativa legal vigente y según el artículo 22 de la LOH, las actividades primarias –entiéndase exploración y explotación– pueden ser realizadas bien sea bajo la participación exclusiva del Estado a través de la creación de empresas estatales o públicas 100% de PDVSA, S.A., a través de la CVP, o bien a través de la participación o esfuerzo conjunto con accionistas de capital privado mediante la constitución de Empresas Mixtas; siendo cualquiera de estas dos figuras las titulares del cumplimiento de la obligación tributaria como sujetos pasivos.

De forma adicional, es necesario resaltar que, tal como se buscaba en un principio con la etapa de la apertura petrolera en la década de los años 1990, este tipo de impuestos fueron creados con el objeto doble de obtener información de la inversión y esfuerzos en sísmica y perforaciones que las entonces *Asociaciones Estratégicas y Convenios de Servicios Operativos* –modelos de *joint ventures* utilizados para la asociación del Estado con empresas de capital privado en el negocio petrolero en Venezuela, con características de participación accionaria distintas previas a la figura de las Empresas Mixtas– realizaban sobre el área asignada; buscando además incentivar con las condiciones apropiadas de

13 Entendemos “Socio B” como aquel tercero particular privado, nacional o extranjero, que a través del procedimiento establecido en los artículos 33, 34 y 37 de la LOH, participa en el proceso de oferta y licitación iniciado por la República con el objeto de convertirse en el socio estratégico que detendrá la participación igual o inferior al 49% de las acciones sobre la Empresa Mixta creada por Decreto Presidencial y habilitadas mediante Decreto de Transferencia para ejercer las actividades primarias previstas en el artículo 9 *ejusdem*. Esto, entendiendo que el “Socio A” será aquel que detente el 51% o más de las acciones de la *EEMM*, que por mandato legal y derivada de la reserva constitucional sobre los yacimientos (art. 302 CRBV) se encuentra en cabeza del Estado a través de la *CVP*, filial de PDVSA, S.A. (Art. 303 CRBV).

¹⁴ Aquí nos referimos especialmente a la facultad del Ejecutivo de revocar el Decreto de transferencia de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Condición 7ma de los Términos y Condiciones.

Eddward J. Rangel Medina

mercado la inversión privada, nacional o extranjera, en el país, con la contrapartida de una cierta vigilancia por parte del Estado, si los objetivos de plan de desarrollo de yacimiento no eran cumplidos.

El gran inconveniente radica en que, al no haber un Estado que garantice la seguridad jurídica de inversiones ni tampoco sea capaz de fiscalizar cifras generadas en todas las áreas adjudicadas, el impuesto superficial pierde todo tipo de funcionalidad en la actualidad venezolana.

Por otro lado, el Impuesto de Consumo Propio usa la *instrumentalización* más bien para determinar qué cantidad de hidrocarburos explotados por el particular son aprovechados como combustible y no llegan a formar parte de la cadena de valor y comercialización especialmente. Este “impuesto” fue pensado particularmente para diferenciar la medición del impuesto de extracción, una vez medido en los patios de tanques y, en el entendido de que la inversión y participación, sea privada –mediante *EEMM*– o totalmente públicas –a través del mandato de empresas públicas o del Estado según la Sección Segunda del Capítulo III de la LOH–, en las empresas operadoras alcanzara el nivel de industrialización mediante la integración vertical del negocio.

Sin embargo, en la actualidad venezolana y debido a la reserva de comercialización del mercado interno de combustible mediante la Ley Orgánica de Reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos, parece sin sentido medir el uso de combustibles diversos derivados de los hidrocarburos en la operación de las empresas operadoras. Aquí, además, el 10% de alícuota impositiva sobre la base de cada metro cúbico de combustible utilizado, calculado al valor del mercado nacional de combustibles como el gasoil, gasolina y diésel, resulta en una recaudación más que mínima, considerando además que este “impuesto” viola el principio de reserva legal por fijar el valor de los combustibles una autoridad distinta a la legislativa bajo ley formal.

La crítica principal a este impuesto es que, bajo el marco regulatorio actual venezolano de los hidrocarburos, pierde su funcionalidad tanto fiscal como regulatoria del uso y consumo de derivados de hidrocarburos como combustible; esto al ser además la

Eddward J. Rangel Medina

misma PDVSA o una empresa estatal que a estos efectos designe quien está autorizada para transportar y vender el combustible directamente al operador o empresa.

Asimismo, el Impuesto de Registro de Exportación es quizás uno de los “impuestos” más instrumentales y cuya finalidad fiscal debe ser reevaluada bajo el marco legal vigente venezolano. El doble propósito de este tributo es claramente expresado en el texto del artículo 48.5 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el cual se enfoca en que el Ministerio con competencia en la materia obtenga del particular una declaración del volumen, grado *API*, contenido de azufre y destino del total de hidrocarburos a exportar. En este sentido, consideramos que, de todos los tributos y contribuciones establecidas en este capítulo de la Ley, el impuesto de registro de exportación es el que debe ser mayormente tomado en cuenta para una verdadera reestructuración fiscal de los hidrocarburos en el país.

Es verdaderamente necesario para la Administración Tributaria, Aduanera y para la Autoridad competente en la materia conocer el volumen, características y destino de exportaciones del principal rubro industrial del país, además de ser una de las etapas en la cadena de valor del negocio petrolero más estratégicas para poder gravar tanto la actividad de comercialización final del crudo como bien de principal exportación hacia el consumidor final. No obstante, bajo la realidad actual venezolana, la funcionalidad de este tributo es meramente informativa instrumental, en la que interviene en cierta medida aún la fiscalización activa de la Administración Aduanera pero que pierde una gran oportunidad de recaudación de fondos por una actividad primordial tanto para el sector petrolero como para la actividad económica formal del país.

Finalmente para este aparte, es importante mencionar y hacer una crítica a una figura fiscal que, si bien no forma parte de los tributos y contribuciones parafiscales circunscritas al régimen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, si ha sido sancionada con el objeto de aprovechar cada oportunidad de la cadena de valor de los hidrocarburos para aumentar la regulación tributaria sobre una industria tan volátil como la actividad petrolera. Es el caso de la Ley De Reforma Parcial Del Decreto N° 8.807 Con Rango, Valor Y Fuerza De Ley Que Crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos, publicada en la Gaceta

Eddward J. Rangel Medina

Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.114 de fecha 20 de febrero de 2013. El objeto de esta ley es el de prever una contribución mayor ante fluctuaciones de precios del crudo a nivel del mercado internacional, en respuesta al aumento de precios del petróleo entre el 2002 al 2008 y el posterior *boom* del 2009 al 2012 que alcanzó precios históricos de hasta 120 USD por barril. El sistema implementado por esta ley fue el de dividir las contribuciones especiales pagaderas al FONDEN mensualmente entre *Precios exorbitantes* –entendido como el valor del crudo en un rango mayor a 80 USD– y *Precios extraordinarios* –entendido como el valor del crudo en un rango igual o menor a 80 USD– del barril de crudo.

De esta forma, la ley establece que, cuando el valor del crudo internacional constituya un precio extraordinario, el contribuyente deberá pagar la alícuota correspondiente al 20% sobre la diferencia del precio del petróleo y el precio que se haya establecido en la Ley de Presupuesto del respectivo ejercicio fiscal; mientras que cuando el valor constituya un precio exorbitante: (i) de 80 a 100 USD, la alícuota sería de 80% sobre la diferencia de precios sobre la Ley de Presupuesto, (ii) de 100 a 110 USD con alícuota de 90%, y (iii) cuando sea superior el valor de 110 USD por barril, aplicaría una alícuota del 95% sobre la diferencia de precios. El efecto, valor e imposición regulatoria a esta figura fiscal es conocida en el derecho anglosajón como “*Windfall taxes*”, entendiéndose estos como una sobretasa o sobreimposición regulatoria fiscal sobre sectores de la economía beneficiados de la expansión económica, con el propósito de redistribuir el exceso de ganancias para ingresos del Estado y su reinversión pública. Sin embargo, el mayor problema con los *Windfall taxes* como el de esta contribución especial es que puede llegar a asfixiar o limitar el interés en la inversión privada debido a que las ganancias deducidas de impuestos pueden representar un riesgo mayor para las industrias.

Es justo este el problema con la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos de Venezuela, y cómo, a pesar de no ser utilizada como instrumental, representa un gran problema y es poco práctico para mantener inversiones actuales y atraer nuevas inversiones al mercado de los hidrocarburos en nuestro país. De esta manera, y aun cuando desde el 2014 el precio del

Eddward J. Rangel Medina

crudo internacional no ha aumentado a más de 75 USD por barril, la posibilidad de un nuevo aumento por encima de los 80 USD por barril representaría bajo la ley vigente una crisis sin precedentes para los pocos inversionistas aun presentes en las Empresas Mixtas de los hidrocarburos en Venezuela, y al mismo tiempo puede llevar la producción nacional al punto de quiebre sin retorno. Y es que, si bien es cierto que un mayor aumento en los precios de crudo internacional representaría un aumento general en las ganancias de la industria petrolera, debemos recordar que tanto las empresas mixtas, las operadoras estatales, como las demás que hacen vida en distintas actividades a distintos niveles de la cadena de valor de los hidrocarburos en el país, están sujetas a cumplir con una gran cantidad de obligaciones tributarias y parafiscales que representan un *government intake* – ventaja o ganancia total del Estado a través de la fiscalización tributaria sobre el ejercicio de las actividades reguladas como la de los recursos naturales, hidrocarburos, minas, energía, entre otras– de casi el 95%¹⁵ sobre la totalidad de las ganancias de la industria; por lo que aumentar el control y regulación fiscal sobre el negocio no necesariamente conllevaría a un aumento en la tributación del Estado, y podría desalentar –aún más– a los inversionistas que, históricamente, han apoyado el crecimiento y estabilidad que tanto necesita nuestra industria nacional.

2.3. Propuesta de revisión y adecuación del régimen fiscal-tributario a la realidad venezolana actual en el negocio de los hidrocarburos:

Tras las críticas argüidas en la sección anterior nos proponemos en este último apartado hacer una revisión y señalar una adecuación necesaria del régimen fiscal de los hidrocarburos a la realidad venezolana actual, enfocado en una apertura a la inversión privada, fortalecer la recaudación formal de tributos hacia la Administración Tributaria Nacional y reestructurar la fiscalización activa del Estado sobre la actividad petrolera; tomando la figura de tributos como un mecanismo de apoyo, pero no de única fuente de

¹⁵ Referencia de estimación establecida por distintos autores en estudios realizados por la Cámara Petrolera de Colombia (CAMPETROL), La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y en estudio de Maldonado-Veloza, Francisco. “Venezuela y petróleo hoy: La restauración del excepcionalismo rentista”. En *Revista Actualidad Contable FACES*, vol. 19, núm. 32, (2016), Mérida: Universidad de los Andes.

información sobre la explotación, comercialización y exportación final del crudo en Venezuela.

Ante esto, creemos pertinente aclarar de forma preliminar que el uso de la figura de impuestos instrumentales por el Estado venezolano en el sector de hidrocarburos no es aislado del panorama internacional de las Administraciones en concentrar la actualización de información estratégica de forma expedita de una determinada actividad económica de gran relevancia como lo es la petrolera para Venezuela.

En la región solamente, a modo de ejemplo, países como Colombia y Chile¹⁶ han usado este método en el sector energético para facilitar la consolidación de cifras y datos de productividad, mientras grava ciertas actividades. La fiscalización activa del Estado tiene sus límites en lo que respecta a la capacidad humana y de organización jerárquica de la Administración Pública como gran gestor público. En otras latitudes, empero, esta limitación de fiscalización se ha combatido con inversión tecnológica y actualización de métodos de recaudación más estratégicos, incluso “quirúrgicos” si se quiere en fases de la industria clave.

En Venezuela, sin embargo, esta falta de capacidad humana en la fiscalización activa se ha combatido, erróneamente con la “trasplatación de esquemas” dentro de la cadena de valor de los hidrocarburos, y prácticamente cualquier sector que involucre un cierto servicio o utilidad pública; esto abusando de los impuestos instrumentales y descentralizando en exceso la recaudación hasta el punto de hacer casi imposible para el particular cumplir de forma cabal con todas las obligaciones tributarias, fiscales y parafiscales relacionadas con el sector.

De esta forma, si bien los impuestos instrumentales no son una figura para ser usada de forma desordenada y sin fiscalización organizada, son una solución necesaria a mantener bajo el esquema actual venezolano, con el objeto de relajar el peso sobre la Administración

¹⁶ Es el caso de la regulación de la actividad petrolera y de gas mediante decretos en Colombia y el régimen fiscal sobre la explotación de recursos naturales en Chile, sobre todo en minería, que ha facilitado la recaudación proporcional y eficaz de tributos. Basado principalmente en la experiencia compartida de la industria colombiana (Contraloría General de la República -República de Colombia-, *Política Pública Explotación de Hidrocarburos*. Bogotá: Colección CGP, 2014).

y su escasa capacidad de fiscalización a corto plazo; pero cuyo uso debe reformarse para facilitar su cumplimiento y funcionalidad para el sujeto pasivo, inclusive para ser una puerta hacia el incentivo en inversión privada y recuperación del sector petrolero nacional.

Habida cuenta de lo anterior, basado en diversos proyectos de reforma a la normativa legal de hidrocarburos en Venezuela¹⁷ y en nuevos modelos de política petrolera discutidos actualmente, el autor cree que el futuro de la industria debe considerar estos lineamientos para hacer más eficaz y eficiente la recaudación fiscal de la actividad petrolera en el país:

- i. Eliminar la Regalía del 30% establecida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, junto al Impuesto de Extracción y su deducción junto a la regalía como ventaja especial establecida en la Condición N°6 de los Términos y Condiciones de las Empresas Mixtas. Esto debido a su absoluta ineficacia y despropósito fiscal que corrompe cualquier referencia a los principios del derecho tributario y significan una carga para la deducción y declaración de la obligación fiscal para el sujeto pasivo.

En cambio, para sustituir estas tres figuras se plantea establecer una regalía única del 30% sobre el valor total de los hidrocarburos extraídos, a ser pagados directamente al órgano competente en materia de hidrocarburos –Ministerio– y que, a la vez, establezca la obligación al sujeto pasivo (Empresa Mixta o Estatal, específicamente) de informar los volúmenes de hidrocarburos y sus características extraídos del yacimiento.

- ii. Reformar la funcionalidad del impuesto superficial a ser gravado, para que tenga un doble propósito de vigilancia activa sobre la productividad de los yacimientos del área delimitada asignada y, al mismo tiempo, favorecer con beneficios fiscales la continua inversión en las mismas. En este sentido, se propone extender su base imponible a una alícuota impositiva más real, cercana al 1% del valor de

¹⁷ Nos referimos especialmente a los Modelos de reforma propuestos en las distintas comisiones de la Asamblea Nacional sobre el Anteproyecto de Reforma Parcial de Ley Orgánica de Hidrocarburos (con borrador de fecha 1/10/2019) y el Anteproyecto de Reforma del Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas.

Eddward J. Rangel Medina

hidrocarburos producidos en el área delimitada anualmente por cada km² no explotado. Al mismo tiempo que se fortalezca una fiscalización activa para evaluar, de un mediano a largo plazo, las inversiones realizadas en el yacimiento. En caso de observar un aumento en la productividad del área, la administración tributaria podrá otorgar beneficios y créditos fiscales para promover de alguna forma la inversión.

Este impuesto debe ser pensado como uno instrumental que incentive la inversión privada, no castigar al particular. Su acción a corto plazo, sin embargo, está supeditada a que se establezcan condiciones de seguridad jurídica de inversiones en un mercado de libre competencia, para que exista un verdadero interés en impulsar la producción petrolera con capital privado. Hasta tanto esto no suceda, este impuesto no puede cumplir con su función instrumental ni fiscal de forma efectiva.

- iii. Eliminar el impuesto al consumo propio, puesto que su objeto es absurdo y su aplicabilidad obsoleta en la realidad venezolana imperante. Esto se reduce a que, si el mercado interno de comercialización de combustible está reservado a empresas del Estado, la información o función instrumental de consumo de combustible la está obteniendo directamente de cada despacho realizado a la operatividad de los yacimientos en las áreas delimitadas.

Asimismo, y debido a la falta de inversión y regulaciones tan drásticas sobre la industrialización, actualmente la transformación petroquímica de hidrocarburos en derivados sintéticos que puedan ser usados como combustible es nula, debido también a la no rentabilidad de una operatividad de integración vertical de inversionistas privados parte de las Empresas Mixtas; por lo que casi en su totalidad el combustible utilizado por las empresas es importado, pero distribuido por PDVSA Petróleo S.A. La eliminación de este impuesto debe más bien servir de base para evaluar las políticas sobre la industrialización de hidrocarburos y el mercado interno de sus derivados en Venezuela.

Eddward J. Rangel Medina

- iv. De igual forma, consideramos como una de las reformas más necesarias en la reestructuración fiscal del sector petrolero, replantear la aplicación del Impuesto de Registro de Exportación como el más importante impuesto instrumental. No solo este impuesto debe aumentar su alícuota impositiva para aprovechar un punto tan estratégico en la cadena de valor como la exportación de crudo al consumidor final, sino que debe ser apoyado por una fiscalización activa que verifique el estado actual de la industria y apoye en la reactivación de la industria que más aporta al fisco en cuanto a exportaciones se refiere en el país. Sin embargo, para que este impuesto pueda tener un verdadero impacto para los ingresos del Estado, debe acompañarse con medidas que aumenten la inversión y por ende la producción de crudo en el país a niveles óptimos.

- v. Finalmente, eliminar la figura de precios exorbitantes y extraordinarios como base para pago adicional de contribuciones por aumento de precios de crudo a nivel internacional, y sustituir, más bien, por un sistema de incentivos de inversión y fiscalización eficaz constante que pueda mantener la recaudación y generar ingresos para el Estado ante una eventual alza del mercado; propuesta que desarrollaremos en el próximo aparte.

III. ASPECTOS ECONÓMICO-JURÍDICOS DE UNA PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA PETROLERA HACIA UN MODELO DE APERTURA

3.1. Lineamientos para el diseño de una política petrolera:

Tomando en consideración distintas experiencias de implementación de políticas públicas en el sector de energía a nivel mundial y, en específico, el papel del Estado como regulador, empresario y propietario, cualquier lineamiento que siga la reforma jurídico-

económica del modelo de negocios petrolero venezolano, debe tomar en cuenta los siguientes factores¹⁸:

- i. *La Historia del negocio petrolero desde sus inicios en Venezuela*: los ciclos de regulación y apertura, las experiencias y aprendizajes, aciertos y desaciertos de las decisiones políticas orientadas no a formular política de Estado, sino una línea de plan de gobierno.
- ii. *Las implicaciones geopolíticas*: consideraciones del mundo globalizado y de los mercados energéticos emergentes como aliados estratégicos y consumidores potenciales (Asia, Europa), así como limitaciones políticas al negocio internacional (sanciones impuestas por EE. UU. y cuotas OPEP).
- iii. *Medidas económicas*: las cuales deben considerar el Estado para solucionar la crisis energética y del sector de los hidrocarburos, si lo que se busca es que la industria petrolera sea el engranaje que impulsa la política económica nacional; sincerando precios de combustible, abriendo participación privada en etapas estratégicas y atractivas de la cadena de valor.
- iv. *Manejo de la industria*: reformulación y reestructuración del esquema corporativo, funcional y jerárquico de Petróleos de Venezuela, S.A., (Casa Matriz), sus filiales diversas con objeto distinto al de explotación y aprovechamiento del recurso petrolero; así como la reestructuración institucional del Ministerio de Energía y Petróleo como ente regulador, que pueda recobrar su capacidad fiscalizadora e incentive la competencia y reglas del juego justas para los actores (El Estado, las empresas operadoras y los consumidores¹⁹).

3.2. La Propuesta:

Los anteriores lineamientos nos llevan a proponer que la nueva política petrolera del negocio venezolana orientada hacia la reforma jurídica y esquema económico de

¹⁸ Basado principalmente en anotaciones de Dobarro, Dolores, “Política Petrolera”, en *Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos*, (Caracas: CENDECO-Universidad Metropolitana, 2019).

¹⁹ Mata-García, César, *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela* (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 84.

participación privada debe enfocarse en las actividades de *Upstream* y *Downstream*, como solución a corto y mediano plazo que reactive el incentivo de inversión privada sobre las actividades de explotación y subsiguiente generación de ingresos provenientes de renta de estaciones de servicios dadas en concesión a las privadas, así como la libre competencia en un mercado libre de bandas en precios de combustible y apertura del transporte y cabotaje de este por privados y no sólo por PDVSA o sus filiales autorizadas.

Con esto, creemos que de la industria debe, al menos, tomar en consideración, los siguientes puntos para una verdadera participación justa y rentable del privado, ya sea nacional o extranjero en el negocio:

- i. *Replantear el esquema de las Empresas Mixtas.* Con esto se planea disminuir la participación accionaria del Estado venezolano en las Empresas Mixtas preestablecidas y por establecer, sugiriendo un porcentaje de 20/80% o menos para con el Estado frente al privado. De esta manera, el Estado solo detendrá una cantidad mínima de control sobre la *joint venture* con ventajas especiales que garanticen el control en decisiones claves sobre el recurso propiedad del Soberano, pero a la vez velar por que las inversiones privadas sean respetadas. Esta propuesta viene atada a que, transcurrido un tiempo estimado de cinco (5) años, al recuperar la inversión, el Estado pueda aumentar paulatinamente su participación hasta un máximo de equidad en el negocio (50/50%);
- ii. Para garantizar la confianza en la inversión del privado, nacional o extranjero, en el sector, *se otorgarán beneficios* como bonos de entrada que aseguren la participación accionaria:
 - a. Para acompañar esta medida, se requiere una reforma en los llamados *impuestos instrumentales*, con el cual el Estado venezolano actualmente detenta un *government take* del 95% sobre el valor total de la inversión. Esta reforma, consideramos, debe enfocarse en eliminar los tributos establecidos en el Capítulo VI de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, al poder estos deducirse del pago de regalías de 30% y 33,33% de Impuesto de Extracción. El régimen de recaudación

Eddward J. Rangel Medina

fiscal entonces se centraría simplemente en la regalía por la producción (explotación) (30%) mensual de crudo, siendo aplicable de los impuestos establecidos actualmente en el artículo 48 de la Ley sólo aquellos correspondientes a la exportación. Con esto se busca relajar la tasa impositiva sobre la actividad, dando mayores beneficios a los inversionistas, y, de la mano con una subsiguiente iniciativa de reestructuración jerárquica de la Autoridad Nacional en Petróleo, fortalecer la *fiscalización activa*²⁰ para obtención efectiva de la información;

- iii. *Revisar* las normativas que prohíben, de forma equívoca, la celebración de contratos de servicios operativos entre Empresas Mixtas y terceros contratistas, para economizar al Socio B la operatividad de la actividad petrolera. Esto incluye en especial la errónea interpretación de los Términos y Condiciones N° 3 y artículo 25 de la Ley, de forma que sea más económicamente viable la contratación de servicios operativos y financiamientos, siempre que sean suscritos válidamente por el Socio B o la Empresa Mixta en documentos separados que no atenten contra el orden público venezolano y no se ceda, en su totalidad, la función operadora;
- iv. *Reevaluar una estrategia* más económicamente rentable para el privado que vender el hidrocarburo líquido directamente a PDVSA, esto con el objeto de acceder a mejores mercados, de los cuales el Estado también se beneficiará. Esto busca, eliminar el precepto establecido por el artículo 57 de la Ley Orgánica y el Término y Condición N° 4;
- v. *Liberar totalmente las actividades aguas abajo* de mercado interno respecto de la venta de combustible y abanderamiento de PDVSA en Estaciones de Servicios; para con esto incentivar la competencia y activar una venta de combustible al público en bandas más real en comparación al precio internacional, y garantizar un ingreso de *fee* por parte del Estado a quien, bien sea privado o Socio B en Empresa Mixta autorizada para administrar el establecimiento de venta, realice la actividad.

²⁰ Ver referencia de propuesta en Carmona, Juan. (2018). *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela: Volumen II*. (Caracas: 2018).

CONCLUSIONES

Tal como mencionábamos al inicio de este trabajo, creemos que, si algo hay que recuperar de “la historia regulatoria de la industria petrolera venezolana” son las vías legales que han tomado los distintos gobiernos que, con diversas motivaciones político-económicas, han sacudido la manera de hacer negocios y agotado las figuras en las que se relacionan los particulares con el Estado. Lamentablemente, la mala gestión del Estado venezolano como regular e inexperiencia como gestor privado a la cabeza de PDVSA, en los últimos 15 años al menos, ha significado el desaprovechamiento de las mayores ganancias que cualquier administración haya tenido en nuestra historia contemporánea; desencadenando así que actualmente Venezuela cuente con un saldo de cientos de empresas (*E&E*, actividades primarias o *upstream*) y tantos más de contratistas que cesaron operaciones, así como decenas de demandas por incumplimiento de condiciones contractuales en los diversos esquemas de *joint ventures* implementados.

Ante esto, nuestra tarea entonces como abogados es apelar al sentido común, la innovación, eficiencia y efectividad a la hora de asesorar y formular –más que leyes vacías o en blanco– políticas públicas petroleras enfocadas hacia un mundo globalizado, pensado a largo plazo y que apunten hacia el desarrollo y diversificación de la industria energética nacional, tomando el petróleo como el gran engranaje que unirá todos los sectores productivos de la economía venezolana.

Como reflexión final de estas cortas pero precisas aproximaciones jurídico-políticas, el autor pretende que estas propuestas sobre la reactivación del sector, así como otras tantas que se han estado gestando en las mentes de quienes le preceden en experiencia y conocimiento, sirvan como base para educar a las nuevas generaciones de abogados –y a los venezolanos en general– hacia la necesidad viable y pronta de ejecutar mínimas reformas que, junto a políticas fiscales y regulatorias bien asesoradas, busquen un socio igualitario para el Estado, disminuyendo la carga como gestor-regulador-empresario, y que llamen al capital privado a participar del negocio y reactivar la industria nacional a su productividad potencial.²¹

²¹ Esto tiene certeza en cuanto al comentario realizado por el autor cuando comenta que, *ante el inicio de un nuevo ciclo petrolero, hay que garantizar, de manera técnica-legal-económica-contractual, los intereses de*

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Venezuela N° 38.443 de fecha 24 de mayo de 2006.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica De Reordenamiento Del Mercado Interno De Los Combustibles Líquidos*. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.019 de fecha 18 de septiembre de 2008.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas*. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.203 de fecha 18 de junio de 2009.

CAMPETROL. *Carga tributaria del sector petrolero colombiano*. (2014), Disponible en: <http://campetrol.org/wp-content/uploads/GDS/2015/mayo/GDS-20150514-2.pdf> (Consultado el 28 de noviembre de 2019).

CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal. Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela: Volumen II, 2018.

Comisión de Energía y Petróleo de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2019). Anteproyecto de Reforma Parcial de Ley Orgánica de Hidrocarburos (con borrador de fecha 1/10/2019).

todos y cada uno de los participantes de la industria de los hidrocarburos en Venezuela. Mata-García, César. *Manual de Derechos de los Hidrocarburos en Venezuela*. (Caracas: Editorial Arte, 2016), p. 292.

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.
2019-2020
ISSN: 0255-5328

Eddward J. Rangel Medina

Comisión de Energía y Petróleo de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2019). Anteproyecto de Reforma del Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas.

Contraloría General de la República -República de Colombia-, Política Pública Explotación de Hidrocarburos. Colección CGR, 2014.

DOBARRO, Dolores. (2019). *“Anotaciones de Materia Política Petrolera”*, Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos. Caracas: CENDECO-Universidad Metropolitana, 2019.

GARAY, Juan. La Constitución Bolivariana (1999). Caracas: Corporación AGR, S.C., 2013.

KWAN LISTA, Michelle. *Naturaleza Jurídico-Fiscal de la Regalía Petrolera en Venezuela*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

MALDONADO-VELOZA, Francisco. *“Venezuela y petróleo hoy: La restauración del excepcionalismo rentista.”* *Actualidad Contable FACES*, vol. 19, núm. 32. Mérida: Universidad de Los Andes, 2016.

MATA-GARCÍA, César. *Manual de Derecho de los Hidrocarburos en Venezuela*. Caracas: Editorial Arte, 2016.

OTENZA, Carlos. *“El Reventón: Una historia del petróleo en Venezuela”*. (I, II y III). Caracas, 2007-2014.

Eddward J. Rangel Medina

Monitor ProDaVinci. “Anuncian aumento de la gasolina a 0,50 dólares por litro en 200 estaciones y esquema de subsidios”. Prodavinci. Disponible en: <https://prodavinci.com/anuncian-aumento-de-la-gasolina-a-050-dolares-por-litro-en-200-estaciones-y-esquema-de-subsidios/>. (Consultado el 20 de julio 2020).

FAES, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y REPRESIÓN INJUSTIFICADA DEL CRIMEN EN VENEZUELA

Manuel Alejandro Romero Zapata

Abogado cum laude egresado de la UJAP en 2020. Integrante del departamento corporativo (mercantil / laboral) del escritorio jurídico “Se Habla Derecho S.C.”. Consultor técnico en criminalística, balística forense y delincuencia organizada agremiado en la Sociedad Venezolana de Consultores en Criminalística.

Resumen:

Desde la creación en el año 2017 del comando de “Fuerzas de Acciones Especiales”, se ha venido presentando en Venezuela una actuación policial que ha sido denunciada, de acuerdo a diversas organizaciones de ámbito internacional como la ONU, y víctimas anónimas, como arbitraria y plagada de diversos atropellos legales como las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada de personas; todas envueltas en una justificación de reprimir los altos niveles de delincuencia en Venezuela. Dicho escenario guarda una relación directa con una teoría propia de la filosofía del derecho penal conocida como “Derecho penal del enemigo”, la cual establece una serie de consecuencias derivadas de la represión del enemigo mediante leyes penales punitivistas y falta de regulación judicial, y cuyas semejanzas con los resultados colaterales de las operaciones ejecutadas por el referido comando policial permiten evidenciar un escenario perjudicial para la sociedad venezolana, y una necesaria revisión de la legislación tendiente a regular los hechos delictivos y su prevención.

Palabras claves: Filosofía del derecho, derecho penal del enemigo, delincuencia, Venezuela, administración de justicia, fuerzas de Acciones Especiales

FAES, CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND UNJUSTIFIED REPRESSION OF CRIME IN VENEZUELA

Abstract:

Since the creation in 2017 of the Special Actions Forces command (“Fuerzas de Acciones Especiales” in Spanish), A police action has been presented in Venezuela that has been denounced, according to various international organizations like the ONU, and anonymous victims, as arbitrary and plagued by various legal abuses such as extrajudicial executions and the forced disappearance of people; all wrapped up in a justification to suppress the high levels of crime in Venezuela. This scenario is directly related to a theory of the philosophy of criminal law known as "Criminal law of the enemy", Which establishes a series of consequences derived from the repression of the enemy through punitive penal laws and lack of judicial action, and whose similarities with the collateral results of the operations carried out by the aforementioned police command reveal a scenario that is detrimental to Venezuelan society, and a necessary revision of the legislation tending to regulate criminal acts and their prevention.

Keywords: Philosophy of law, criminal law of the enemy, crime, Venezuela, administration of justice, special actions forces (FAES).

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

(Omissis) ...Habida cuenta del perfil de las víctimas, el modus operandi de las operaciones de seguridad y el hecho de que con frecuencia las FAES mantienen una presencia en las comunidades después de concluida la operación, al ACNUDH le preocupa que las autoridades puedan estar utilizando a las FAES y a otras fuerzas de seguridad como instrumento para infundir miedo a la población y mantener el control social.¹

Denuncias de familiares sin atender por parte de los fiscales del Ministerio Público, exorbitantes cantidades de fallecidos por cada operación, denegaciones arbitrarias de información sobre los hechos acontecidos, rostros cubiertos que impiden la identificación sobre los funcionarios actuantes y completo hermetismo frente a los medios de comunicación; Todos y cada uno de estos elementos, reseñados en el informe inicialmente citado, dan a entender que las Fuerzas de Acciones Especiales desde su creación en el año 2017 lo que han traído es más problemas que beneficios frente a la severa problemática delictual que azota la ciudadanía desde hace más de una década.

Y es que en el momento que el informe cataloga como “Grupo de exterminio”, pareciese ser que se pudiese hablar entonces de un comando policial totalmente desconectado a los principios de la actuación policial y los preceptos y garantías constitucionales. Discurso el cual se ve opuesto a las declaraciones del ejecutivo, quien de acuerdo a lo reseñado por Ronny Rodríguez, del diario Efecto Cocuyo, el mismo se encuentra contento con los resultados operativos de dicho comando, reafirmando “Todo el apoyo para las FAES en su labor diaria para darle seguridad al pueblo de Venezuela”².

Tales declaraciones vienen presididas por una larga lista de manifestaciones públicas de apoyo, aumento de presupuesto y extensión de filas de no solamente el comando de las FAES, sino también de los distintos cuerpos de seguridad ciudadana y

¹ Michelle Bachelet, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela* (Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019), https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx

² Ronny Rodríguez, «Maduro: Todo mi apoyo a las FAES en su labor diaria para darle seguridad al pueblo» *Efecto Cocuyo*. 17 de Julio de 2019, acceso el 08 de Julio de 2020, <https://efectococuyo.com/politica/maduro-todo-mi-apoyo-a-las-faes-en-su-labor-diaria-para-darle-seguridad-al-pueblo/>

Manuel Alejandro Romero Zapata

estadal, articulándose una idea clara del gobierno del rechazo a la delincuencia, y de una *necesidad* de extender la represión y prevención de la comisión de delitos. Todo envuelto en un clima social álgido, en donde la postura del ciudadano común se ha radicalizado frente a la inoportuna respuesta ante los órganos y entes de la administración pública, y que de acuerdo a la perspectiva previamente comentada exige que se amplíe aún más el aparato represor del estado mediante la creación de nuevos cuerpos, reforzamiento del aparato jurídico y difusión de que efectivamente se están logrando resultados ante el fenómeno delictual presente.

Por consecuencia, y de forma prima facie, podría sacarse por deducción que el estado fundamenta su extensión del sistema penal a partir de un presunto reclamo de la sociedad, golpeada y aturdida por un “enemigo” que ha venido a interrumpir la convivencia pacífica ciudadana conocido como delincuencia, y que por ende el estado en su lucha de acabar con la amenaza emergente necesitará tomar las medidas necesarias, sean cuales sean, para dirimir y vencer. Pero, en medio de esta lucha y de acuerdo a lo comentado por ROSALES, el Estado ha estado extralimitándose, “Recreando graves distorsiones en el sistema, que redundan en disminución de la protección que el Estado debe a los derechos”³, excluyendo en el ínterin al “enemigo” como sujeto amparado por los textos legales fundamentales.

Toda la exégesis referida a una lucha, que en nuestro caso de estudio vendría siendo el FAES el protagonista, contra un “enemigo” llamado *delincuencia* el cual que amerita sobrepasar las normas y estándares planteados no es una problemática abordada ni tan recién como tampoco actualmente, como a su vez tampoco exclusiva del caso venezolano; desde su planteamiento en el año 1985, el “derecho penal del enemigo” no solamente aborda cada una de las ideas mencionadas sino que además otorga una visión detrás de toda esta exacerbación del Estado que busca oprimir desmedidamente a un determinado fenómeno delictual. Ideas acuñadas en el país de Alemania que tienen una similitud no

³ Elsie Rosales, Carmelo Borrego y Gilda Núñez, *Sistema penal y acceso a la justicia*. (Caracas: Universidad Central de Venezuela – Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2013). 45-47.

solamente muy grande, si no preocupante, con la situación venezolana en materia de seguridad, y más en específico, con el FAES como brazo ejecutor del terrorismo de estado⁴.

2. LUCHA, MEDIOS Y ENEMIGOS COMO ELEMENTOS ESENCIALES DE LA TEORÍA PENAL DEL ENEMIGO.

Es necesario, antes de dar una explicación exhaustiva sobre la conexión entre el FAES y la dificultad de prevalencia de los derechos y garantías frente a la existencia del referido comando, analizar muy brevemente de donde proviene la idea de la lucha contra el enemigo por parte del derecho penal, y los peligros y efectos colaterales que dicho choque de fuerzas puede ocasionar.

Günther Jakobs, jurista y catedrático alemán, se refiere en una ponencia dada en Mayo de 1985 ante el Congreso de Penalistas Alemanes a la existencia de dos clases de derecho penal; Uno, enfocado en otorgarle comunicación al ciudadano sobre las consecuencias de sus acciones frente al imperio de ley⁵, y otro que busca comunicarse con una persona calificada, determinada y apartada tanto por la sociedad misma como del mismo cuerpo normativo del conglomerado social. Esta persona, que en lo adelante de su longeva obra denominará como “enemigo”, es apartada porque por sus características y condiciones puede representar cierto riesgo no solamente para un individuo en la ocurrencia de un hecho, si no para el colectivo cívico.

Dicho enemigo, por razón de lo anteriormente expuesto, amerita entonces un trato específico al encontrarse apartado de lo que se denomina persona o ciudadano perteneciente a una sociedad. Este trato particular, que previamente había sido mencionado por

⁴ A pesar de no ser el punto focal de la presente investigación, el “Terrorismo de estado” como la conducta indiscriminada desplegada por el estado con fines de control social y terror guarda una gran similitud con determinadas naciones que se manejan en cuanto al Derecho Penal del Enemigo planteado por Jakobs y extendido por diversos autores. Es por ello que no se deja de mencionar que también el FAES pudiese comportar un Terrorismo de Estado, pero dicho planteamiento ameritaría su respectivo estudio y análisis individual.

⁵ Dentro de los términos o concepciones manejadas por el jurista, “persona” o “ciudadano” es un concepto formal y normativo que se integra dentro de las legislaciones, a partir de la realidad social de la cual parte la persona (Es decir, la naturaleza social del hombre, que en conjunto forma una sociedad, es la que determinará lo que es una persona o ciudadano). Para una descripción más amplia de la terminología buscar el artículo de Günther Jakobs, Estudios de Derecho Judicial N°20: Norm, Person, Gessellschaft, 1999.

individuos como Kant⁶ o Vouglas⁷, condiciona a este enemigo apartado y excluido, que por su grado de peligrosidad resulta ser lo suficientemente merecedor de medidas que busquen castigar y reprimir al máximo sus manifestaciones de conducta, con la diferencia o preferencia de aplicar una mayor intensidad que a cualquier otra persona que pudiese cometer un determinado hecho punible. Es por ello que Jakobs, una vez habiendo explicado las ideas transcritas, finalmente le otorga nombre a este otro derecho penal dirigido al enemigo, llamándole derecho penal del enemigo.

Dicho derecho penal del enemigo comprende entonces aquel derecho enfocado a castigar la conducta de un determinado grupo de individuos denominados como enemigos, que por su condición y características conforman un grave peligro para el ordenamiento social, y que amerita entonces la formulación y aplicación de delitos con penas más graves y la suspensión de garantías tanto procesales como de derechos inherentes comprendidos en el resto de la normativa legal. En consecuencia, puede decirse que versa principalmente sobre tres principios generales:

- Adelantamiento de la punibilidad, en el sentido de que se castiga no solamente la conducta desplegada sino también la mera pertenencia o presunción de la misma al conjunto denominado como “enemigo”.
- Penas desproporcionalmente altas en comparación con las normas enfocadas a las personas corrientes, todo con el fin de castigar a la persona por su peligrosidad y conducta, dejando el castigo del hecho como un factor secundario de plano.
- Supresión o Relativización de garantías, que según Jakobs en declaraciones recientes recogidas por el diario La Nación se debe a que dentro de los cuerpos normativos enfocados al enemigo, este “tiene menos derechos”⁸.

Esta relación entre normas penales intensificadas y enemigos a neutralizar termina convirtiéndose en una “lucha” presidida por el sistema penal, y su sustento frente a la

⁶ Immanuel Kant, *La paz perpetua* (Buenos Aires: Biblioteca Virtual Universal, 2003), edición en PDF.

⁷ Muyart de Vouglas, *Refutation des principes hasardés dans le Traité des délits et peines* (París: Gallica, 2008). Edición en PDF.

⁸ Anónimo, «El enemigo tiene menos derechos”, dice Günther Jakobs» *La Nación*. 26 de Julio de 2006, acceso el 09 de Julio de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/cultura/el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs-nid826258/>

sociedad (Entiéndase por esto la forma de que la lucha no sea rechazada ampliamente) es primeramente la existencia de una necesidad de mantener el derecho a la seguridad tanto ciudadana como del estado, y en segundo lugar que estos enemigos son merecedores de un trato más cruento y menos benigno frente a las atroces consecuencias que acarrearán sus actos.

A primera instancia, entonces, podría parecer lógico que entonces pueda existir un derecho penal enfocado a atender una amenaza específica y merecedora de un castigo mayor al común. Rousseau⁹ planteaba en su momento que el *castigo de los malvados* era uno de los dogmas positivos, necesarios para la convivencia cívica y pacífica, y tal planteamiento fue predecesor de diversas penas graves de los distintos sistemas penales que fueron surgiendo con la evolución del derecho penal. Pero a efectos de la actualidad, y bajo la opinión no solamente de Jakobs si no de juristas que analizan su obra desde otras perspectivas, es insostenible justificar la postura de un derecho penal específico como lo es el derecho penal del enemigo.

Tal afirmación trae consigo su sustento. En primer lugar nos encontramos con la lucha, el choque de fuerzas entre el sistema penal y el conjunto de individuos calificados tanto por la sociedad como por el Estado como *enemigos*. Esta lucha acarrea consigo un aspecto que implica problemas no solamente en la vista teórica y jurídica, sino también en lo fáctico; Y es la anticipación de la pena al hecho, que vendría siendo el castigo que impone la norma al momento previo de la manifestación de conducta (generalmente manifestado por el hecho de pertenencia o posibilidad de re-inserción). Este como aspecto normativo se compone de la siguiente forma, tomando como ejemplo uno de los artículos del *StGB*¹⁰ citados por el jurista alemán:

§ 129. Conformación de asociaciones criminales

(4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

⁹ Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato Social* (Madrid: Elaleph, 1999), Edición en PDF, 131-133.

¹⁰ Claudia López Díaz, *Traducción al Código Penal Alemán del 15 de Mayo de 1971, con la última reforma del 31 de Enero de 1998* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999). Edición en PDF, 56-57.

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

De acuerdo al cuerpo sustantivo penal alemán, la mera pertenencia a un grupo de asociación criminal de acuerdo a una jerarquía en particular es suficiente como para que el Estado considere a la persona como sujeto activo de un delito, y en consecuencia sufra una pena corporal. Tal supuesto quiebra, por tomar uno de los elementos esenciales de las ciencias penales, con el *iter criminis*, que de acuerdo a los planteamientos de Arteaga¹¹ para que se dé intervención de la ley penal “se hace necesaria la actuación del propósito o resolución criminal”, quedando entonces como indispensable la manifestación de una conducta que ocasione efectos al mundo exterior, ya que “aun cuando se tenga formada la resolución criminal, no procede la represión penal”. Esto no quiere decir más que la sola formación de una eventual y posible resolución criminal (En este caso, pertenecer a una asociación criminal) no basta para que los mecanismos penales sean accionados.

Como otro elemento fundamental a tomar para ilustrar el choque radical que trae la lucha penal contra el enemigo y la teoría ciencia que fundamenta los sistemas penales se puede traer al caso la acción como primer elemento de la *Teoría del Delito*. Según TENORIO¹² la acción es la ratio essendi que da razón de existencia a la norma penal, y que la misma “comprende la conducta del hombre, la cual puede expresarse en un hacer prohibido por la norma o por la ley o en un no haber ordenado”. Tal conducta descrita por el autor puede ser realizada mediante una acción y omisión, que llevan como elemento accesorio un resultado.

Partiendo entonces que la acción conforma un despliegue de conducta que lleva consigo un resultado, se puede destacar entonces que resultaría incongruente castigar la pertenencia de una persona a un determinado grupo que a efectos de la ley es delictivo, ya que no existe acción en sí; ni siquiera se está castigando el ingreso a una asociación criminal, sino más bien la mera existencia que se califica como punible dentro de la asociación, conflicto que entonces trae consigo una norma que no contiene el pilar fundamental de todo delito.

¹¹ Alberto Arteaga Sánchez, *Derecho Penal Venezolano* (Caracas: Editorial Álvaro Nora, 2012).

¹² Enrique Núñez Tenorio, *Los elementos del Delito en la dogmática jurídico-penal* (Caracas: Librería Destino, 1973), 33-38.

Manuel Alejandro Romero Zapata

Yendo ya con otra de las nociones que acarrea problemas en conjunto con la lucha, se encuentra los medios por los cuales se llevará a cabo esta lucha, tema que vendría siendo fuertemente conectado con los principios que rigen la actuación policial de acuerdo al país determinado que se esté tratando. Si hablamos entonces de que lograr la neutralización de la amenaza es el fin a lograr, en consecuencia el medio a emplear debe apuntar a este objetivo, usándose y empleándose las herramientas a la disposición con fines de que el sistema penal no defraude a la expectativa de seguridad que los ciudadanos quieren tener frente a la misma.

Pero autores de la filosofía contemporánea como Foucault¹³ señalaban que inclusive, desde el siglo XIX, la teoría del suplicio¹⁴ excesivo y la persecución desmedida era tomada en cuenta como medio a usar resultaba ineficiente; Tanto así que la conmoción social que originaban las torturas y las ejecuciones grotescas llevó consigo la evolución del suplicio como forma de corrección pública al castigo, privado y a vista de pocos, que es el que a términos actuales se sigue manejando con quizás un mayor grado de sensibilidad.

Tal relación de causalidad entre el coste político y social con las acciones desmedidas frente a un enemigo podría considerarse como un hecho y no una probabilidad. Ejemplos de ellos podría traerse la pérdida de algunos de los ex-presidentes de los Estados Unidos durante lo que ha transcurrido en el siglo XXI, de dudosa razonabilidad y justificación para la opinión pública, los cuales se fundamentaban en la lucha contra el terrorismo como enemigo a abatir; O también la inagotable batalla contra el narcotráfico, aún más extensa y complicada de reseñar, que ha demostrado por excelencia que la represión de un fenómeno (siempre inevitable) trae consigo la creación de enemigos mayores, como el caso Colombia y la convivencia que tuvieron que mantener por muchísimos años con las FARC.

Inclusive, podría traerse un ejemplo aún más emblemático como las graves consecuencias políticas, económicas y sociales traídas a partir de la entrada en vigor de la

¹³ Michelle Foucault, *Vigilar y Castigar* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2003).

¹⁴ De acuerdo a las ideas del autor, suplicio se consideraba como aquella pena corporal dolorosa y atroz, que empleaba comúnmente métodos bárbaros con fines de castigar la persona por un determinado hecho punible cometido.

Manuel Alejandro Romero Zapata

“Décima Octava Enmienda Constitucional de los EEUU” en los años 1919, a partir de la iniciativa popular de un pliego de peticiones con más de 6 millones de firmas. Dicha enmienda, que contemplaba la prohibición de consumo y distribución de bebidas alcohólicas en territorio norteamericano¹⁵, y que fue elaborada a partir de la teoría de “luchar” contra la *sinvergüenzura* y delitos que presuntamente se impulsaban el consumo de dichas sustancias, tuvo un efecto enteramente contrario al que buscaba; Según Sáenz¹⁶, se creó una delincuencia organizada jamás antes vista, en el cual “participaron desde familias respetables y secretarias que cruzaban el río Detroit entre Windsor y Detroit para ir a su trabajo diario, hasta el crimen organizado, con la complicidad de buena parte de las autoridades”, y que trajo como consecuencia una extensión de hechos punibles jamás antes vista en la historia del país en aquel momento.

Pero, no es la noción de la lucha presidida por el sistema penal contra el fenómeno a reprimir, ni el medio a emplearse en dicha lucha, la que acarrea mayores complicaciones en cuanto a análisis y defensa de la aplicabilidad del derecho penal del enemigo, ya que el concepto del *enemigo* es, sin lugar a dudas, el que se destaca como el punto de inflexión definitivo sobre la complejidad (por no decir imposibilidad) de sostener, dentro de un Estado, un modelo penalista como el que se ha venido desglosando. Y es que, ¿Qué se puede entender como *enemigo*, siendo este un concepto nacido a partir de la moralidad que maneja una sociedad?

Partiendo de la idea de que el poner punitivo manejado por el estado siempre ha discriminado desde sus inicios entre las personas y los “enemigos”, Kant¹⁷ versa sobre este concepto la idea de que se considerará aquel como enemigo cuando este niega la Seguridad como principio fundamental de la sociedad, declarando como un aspecto a tomar en cuenta para la paz perpetua que “si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa

¹⁵ No fue sino hasta 1920 que la enmienda obtuvo efecto a nivel nacional.

¹⁶ Eduardo Sáenz Rovner, «La prohibición norteamericana y el contrabando entre Cuba y los Estados Unidos durante los años veinte y treinta» *Revista de ciencias administrativas y sociales* 23 (2004), <http://www.scielo.org.co/pdf/inno/v14n23/v14n23a11.pdf>

¹⁷ Kant, *La paz perpetua*, 14-15.

seguridad”. Es decir, enemigo será quien entre en conflicto con la seguridad del otro en el estado de naturaleza del cual parte las sociedades.

Por otro lado, y con muchos años de distancia entre el anterior autor, Schmitt desarrolla de forma exhaustiva el concepto del enemigo¹⁸ ya que sobre este y su antítesis, el “amigo”, versa la gran mayoría de sus ideas para la organización y estructuración del Estado. De forma sintetizada considera este al enemigo como el *otro*; Esto quiere decir aquel que no conforma como una persona de la sociedad, *otro* el cual se encuentra reconocido y público y que no puede encuadrarse por su condición como un factor regular. Por ello es que toma la distancia como un punto elemental a considerar, ya que de acuerdo a los conceptos manejados por el autor mientras mayor sea la distancia entre un individuo y otro (ideas, pensamientos, cultos, respeto a las normas) mayor será entonces la enemistad entre los mismos, que en *macro* se convierte en el proceso mediante el cual la Sociedad crea a los enemigos, tomando en cuenta la distancia que pueda existir sobre los puntos destacados y muchos más.

Schmitt, partiendo del punto anterior, distingue que también este enemigo dentro de su concepto debe de comprender que el único el cual posee el respaldo legítimo para castigarle y reprimirle es el estado, ya que es el pueblo quien decide transferir dicha carga al quien ostenta el *imperio de la ley*. Y esto conlleva a que es el estado entonces quien podrá determinar, en representación de esa facultad otorgada por el pueblo mediante el reconocimiento, quien será amigo, o enemigo, y quien ameritará un trato específico o no, estableciéndose entonces la necesidad primaria por parte de los estados de definir los amigos y enemigos para a partir de ahí desarrollar las relaciones las cuales este deberá de ir manteniendo durante su existencia en el tiempo.

Pero lejos de aquel enemigo surgido de un estado de naturaleza, o de un distanciamiento sobre los convencionalismos y el ordenamiento jurídico, a efectos de la opinión manejada por quien suscribe las siguientes líneas Camus¹⁹ es quien más logra acercarse a la definición real, lo cual no implica que sea del todo precisa, sobre el enemigo.

¹⁸ Carl Schmitt, *El concepto de lo político* (Córdoba: Universidad de Córdoba, 2006). Edición en PDF.

¹⁹ Albert Camus, *El hombre rebelde* (Buenos Aires: Editorial Losada, 1953).

Manuel Alejandro Romero Zapata

Él, tomando en cuenta las ideas de Schmitt, toma una vertiente distinta en cuanto al significado del enemigo, a indicar que realmente quien define qué es y las pautas a seguir respecto al mismo no es propiamente el estado, sino al contrario el individuo, como particular, quien toma la decisión. No es entonces sobre la estructura que goza de poder, cuerpo normativo coactivo y extensión quien recae la plena facultad y discernimiento sobre qué es o no un enemigo, es los particulares dentro de su individualidad fáctica y psicológica quienes elaborarán dentro de sus ideas qué es un enemigo para ellos.

Y justo por este nacimiento individual del concepto enemigo, es que este resulta tan ambiguo, vacío, y susceptible a variantes de múltiples tipos. Detrás de la maquinaria política del Estado, de la administración pública, de los gobernantes y de las leyes que regulan todos los anteriores se encuentra el individuo, que en conjunto da nacimiento a la sociedad; un individuo que si bien puede ser expuesto a determinadas circunstancias que lo puedan hacer pensar de una determinada manera u otra, tendrá dentro de su libre albedrío tomar la última decisión sobre acatar o no aquello que se le pone por delante. Dicha facultad para escoger qué es lo que puede decidir y no es lo que trae problemáticas entonces frente al enemigo, porque más allá del planteamiento básico de qué es entonces enemigo o no para cada quién, ¿No es difícil por no decir imposible lograr un consenso de lo que finalmente se trate como enemigo?; Este no puede otorgársele una definición universal como qué es un objeto básico como un cuchillo, ni tampoco puede estudiarse de forma exacta como si de matemáticas se estuviese tratando.

Hablamos entonces de que el enemigo es algo que he tenido luz de los subjetivismos de las personas dentro de su consciente e inconsciente, de aquel superyó contentivo de la moralidad²⁰, ética y principios a respetar, que según Nietzsche²¹ este no hace más que cumplir fines estéticos²², de difícil e imposible consenso universal. Y es que

²⁰ Superyó: Concepto acuñado por Sigmund Freud, referido a la instancia de la psique humana que almacena la moralidad, los principios religiosos, la normativa a respetar y el deber ser en cuanto a lo ético y correcto.

²¹ Friedrich Nietzsche, *La genealogía de la moral* (Buenos Aires: Biblioteca digital universal, 2010). Edición en PDF.

²² El Filósofo alemán al realizar la afirmación de que la moral cumple fines estéticos, trae consigo el ejemplo del impacto que ocasiona la muerte de un perro en contraste con la de un insecto, destacando cómo lo

Manuel Alejandro Romero Zapata

con esto no quiere decirse que lo que se ha venido diciendo, que la sociedad es quien crea el enemigo, no es cierto; Por el contrario dicha afirmación cobra mayor relevancia al considerar que esa «creación» viene nacida de cientos de miles de creaciones unipersonales, distintas siempre entre sí, frente a fenómenos que jamás podrán ocasionar la misma e idéntica reacción frente a un conglomerado tan grande de personas que generalmente integran una sociedad.

Pareciera ser, entonces, que entonces el derecho penal del enemigo se fundamenta no solamente en una lucha que comprende una puesta en práctica obtusa, como también unos medios represivos a emplear que traen más vulneraciones al derecho que se está pretendiendo proteger, como generalmente es la justicia; Si no que además usa como pilar fundamental el Enemigo como justificación de una lucha inagotable y de un medio alternativo, un concepto del cual la humanidad lleva años tratando de definir sin lograr en la actualidad un real consenso, un artificio de la moralidad individual de los particulares que a gran escala termina convirtiéndose en una nueva excusa válida para legislar a desmedida, reprimir a mansalva y castigar a todo aquel que se decida en el momento como «*Enemigo*».

3. LAS FUERZAS DE ACCIONES ESPECIALES, O “EL GRUPO DE EXTERMINIO”.

Habiendo ya explicado con el suficiente detenimiento los conceptos relaciones al derecho penal del enemigo, es momento de trasladarlos al contexto venezolano, ligeramente tocado a los inicios del presente artículo. Se podría partir como origen de esta vertiente del derecho penal la promulgación en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5789 de fecha 26 de Enero de 2005 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada. Esta ley, con miras a abarcar las nuevas conductas delictivas cada vez más complejas y estructuradas, tuvo su origen en medio del incremento exponencial de la delincuencia dentro de la sociedad venezolana, usándose entonces como justificativo para su creación la necesidad de atender una nueva problemática que atentaba con la seguridad ciudadana.

superficial puede alterar la nación de lo que es bueno y es malo, y de cómo las cosas “lindas” podrían tener más derechos que otros menos apetecibles a la vista.

Manuel Alejandro Romero Zapata

Dentro de su articulado se trajo consigo el tipo penal de “Asociación para delinquir”, excesivamente similar al artículo del StGB que ya analizamos

Artículo 6. Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada para cometer uno o más delitos de los previstos en esta Ley, será castigado, *por el sólo hecho de la asociación*, con pena de cuatro a seis años de prisión. (*Cursivas nuestras*).

El legislador venezolano con este tipo penal empezó a castigar no solamente las conductas propias que pudiese cometer algún individuo perteneciente a este tipo de organizaciones, sino también la mera pertenencia (acto preparatorio, como se venía indicando con anterioridad) dentro de la organización. Años después, en la Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012 se promulga la reforma de la ley mencionada, quedándose como Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo²³. Esta ley, que desde su aprobación en su segunda discusión recibió severas críticas de acuerdo a lo reseñado por El País²⁴, en las cuales destacaba ideas como que la nueva ley “*viola unos 20 artículos de la Constitución venezolana, entre los que se encuentran el derecho a la participación, asociación, reunión y debido proceso*”. Tal aseveración se manejaba a partir de la amplia cantidad de personas obligadas a otorgar información sobre si tenían conocimiento de algún hecho tipificado en la ley²⁵.

Las críticas y objeciones realizadas nunca fueron estudiadas o tomadas en cuenta, ya que de acuerdo a lo reseñado por el diario La Nación, la mayoría oficialista rechazó de forma tajante las críticas que se realizaban, y el dirigente del oficialismo Diosdado Cabello

²³ A efectos de facilidad en cuanto a la lectura, en lo adelante se abreviará como LOCDOFT.

²⁴ Anónimo, «Venezuela aprueba una polémica ley contra el terrorismo» *Diario El país*, 01 de Febrero de 2012, acceso el 11 de Julio 2020, https://elpais.com/internacional/2012/02/01/actualidad/1328087927_511824.html

²⁵ Artículo 9 y 13 LOCDOFT, en donde se incluyen a las personas naturales que realicen determinadas actividades económicas como sujetos obligados a la divulgación de información sobre posibles hechos punibles como el financiamiento del terrorismo o la legitimación de capitales.

Manuel Alejandro Romero Zapata

en su momento declaró en alusión a la LOCDOFT que “*esta ley era necesaria para el país*”, como también que “*para el que no va a hacer nada malo es como si no existiera*”²⁶.

Así entonces la ley siguió su curso sin sufrir algún tipo de modificación desde el 2012 hasta la actualidad, contemplando una asociación para delinquir aún más restrictiva y radicalizada²⁷, la extensión de la no-prescripción de los delitos contemplando en la ley y aquellos que tutelen determinados bienes jurídicos privilegiados²⁸, el empleo de la asociación para delinquir como agravante general para cualquier delito cometido por un grupo calificable como delincuencia organizada²⁹, un delito del terrorismo excesivamente generalizado³⁰ y otros tantos aspectos, por no llamarles vicios jurídicos, que evidencian una fuerte característica del derecho penal del enemigo en el contenido del presente texto legal.

La anterior deja en evidencia entonces que el poder legislativo, a partir de las políticas de gobierno, terminó diseñando una ley enfocada a destruir el fenómeno de la delincuencia, que de acuerdo al Observatorio Venezolano de Violencia en el año 2012, este fenómeno concluyó con 21.692 personas fallecidas víctimas de la violencia, para una tasa de 73 muertes por cada 100 mil habitantes, en donde también se incluye la tasa de 1

²⁶ Anónimo, «Controversia en Venezuela por una ley antiterrorista» *Diario La Nación*, 02 de Febrero de 2012, acceso el 11 de Julio de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/controversia-en-venezuela-por-una-ley-antiterrorista-nid1445257>

²⁷ Artículo 37 LOCDOFT: *Quien forme parte de un grupo de delincuencia organizada, será penado o penada por el solo hecho de la asociación con prisión de seis a diez años.*

²⁸ Artículo 30 LOCDOFT. *No prescribe la acción penal de los delitos contra el patrimonio público, ni los relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como los delitos previstos en esta Ley.*

²⁹ Artículo 28 LOCDOFT. *Cuando los delitos previstos en la presente Ley, en el Código Penal y demás leyes especiales sean cometidos o ejecutados por un grupo de delincuencia organizada, la sanción será incrementada en la mitad de la pena aplicable.*

³⁰ Artículo 52 LOCDOFT. *El o la terrorista individual o quienes asociados mediante una organización terrorista, realice o trate de realizar uno o varios actos terroristas, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años.*

funcionario muerto por cada día³¹; Números los cuales no han ido en bajada sino más bien en subida³².

Pero el derecho penal del Enemigo en Venezuela no solamente conforma la emisión de un cuerpo normativo altamente punitivista, que castiga la anticipación al hecho y que otorga un amplio margen de actividad funcional frente a estos delitos; Faltaba aún un aspecto de la puesta en práctica por parte del estado venezolano de la lucha contra el enemigo, una forma o manera de reprimir de forma intensificada al enemigo de la delincuencia organizada que tantas veces se proclamaba en los medios de comunicación, y es aquí donde entra el comando de Fuerzas de Acciones Especiales.

Posterior al fracaso que representó las OLP³³ en el año 2016, y la necesidad por parte del estado venezolano de buscar una nueva manera de poder combatir contra el fenómeno delictivo, se crea el comando de Fuerzas de Acciones Especiales que fue presentado, por el entonces y actual Presidente de la República Nicolás Maduro, el 14 de Julio de 2017. Dicho cuerpo en su presentación fue acompañado de alocuciones que hacían referencias a la necesidad de crear un cuerpo de seguridad especializado para combatir el crimen organizado y el terrorismo³⁴, y fue Alexis Escalona Marrero, ex viceministro de Seguridad Ciudadana quien “*explicó detalladamente la composición y funciones del brazo táctico de la Policía Nacional Bolivariana*”. Este cuerpo, desde su presentación, ha tenido un constante aumento entre sus filas, pasando de 641 agentes concentrados en la región central del país a finales del año 2017, a ostentar 1290 a mediados de Julio del año 2018,

³¹ Anónimo, «2012 - La violencia no se detiene» *Observatorio Venezolano de Violencia*, 25 de Mayo de 2013, acceso el 12 de Julio de 2020, <https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/2012-la-violencia-no-se-detiene/>

³² Anónimo, «OVV-LACSO: Informe Anual de Violencia 2018» *Observatorio Venezolano de Violencia*, 30 de Mayo de 2018, acceso el 12 de Julio de 2020, <https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/ovv-lacso-informe-anual-de-violencia-2018/>

³³ Las OLP, abreviación de las Operación Libertad del Pueblo, fueron un conjunto de políticas de seguridad materializadas en redadas repentinas a sitios de alta peligrosidad e índice delictivo. A diferencia de las redadas practicadas por el comando del FAES, estas eran integradas por un amplio conjunto de cuerpos de seguridad, y era común la participación de cuerpos que poco o nada tenían que ver con el fenómeno delictivo a tratar como vendría siendo el DGCIM.

³⁴ Ernesto Herrera, «Venezuela – FAES: el brazo ejecutor del terrorismo de Estado» *Correspondencia de prensa*, 30 de Enero de 2019, acceso el 11 de Julio de 2020, <https://correspondenciadeprensa.com/2019/02/01/venezuela-faes-el-brazo-ejecutor-del-terrorismo-de-estado-informe-especial/>

divididos en seis divisiones dedicadas a atender los tipos delictuales contemplados en la LOCDOFT y otras leyes especiales.

A partir de su creación y de forma inmediata fue desglosándose la interminable lista de abusos, absurdos y atropellos que hoy ostenta dicho comando. A partir de una estructura militar más que policial, de acuerdo a lo reseñado por Smolansky en una exhaustiva investigación del diario Crónica Uno³⁵, el FAES no posee una real lógica sobre la seguridad ciudadana y los principios de actuación policíaca. En las líneas que conforman el detallado análisis sobre los atropellos de las FAES, se destaca que “Solo el año pasado murieron 205 personas a manos de las FAES, según Provea. Y, de acuerdo con un monitoreo de Crónica Uno —entre septiembre de 2018 y enero de 2019— al menos 42 personas murieron durante operativos de las Fuerzas de Acciones Especiales en Distrito Capital, es decir, 8,4 personas por mes, en promedio”. Tales números se concatenan con que el año 2017, el mismo en el cual se creó el comando policial, se llegó al hito histórico de presuntas ejecuciones extrajudiciales con 2.638 muertos, evidenciándose una relación bastante clara sobre la actuación del comando y las irregularidades enunciadas.

Pero, ¿Cómo es que opera el FAES, y por qué tal cantidad de ejecuciones?: La misma investigación citada ut supra logró recopilar, con la base de 42 declaraciones de víctimas indirectas y sobrevivientes, un patrón de actuación por parte del comando en el momento de ejecutar sus operaciones, en los cuales se destaca:

- Llegada a localizaciones propias de escasos recursos, sin órdenes de allanamiento ni autorizaciones judiciales.
- Bloqueo de puntos de acceso y salida, con fines de lograr una mayor contención en la población a tratar.
- Ingreso a las casas de forma violenta.

³⁵ Claudia Smolansky, « Alta letalidad de las FAES es responsable de masacres en los barrios (I)», Crónica Uno, 10 de Febrero de 2019, acceso el 11 de Julio de 2020, <https://cronica.uno/alta-letalidad-faes-es-responsable-de-masacres-en-los-barrios-i/>

Manuel Alejandro Romero Zapata

- Ejecuciones realizadas dentro de las mismas casas, o en las proximidades de la misma.
- Alteraciones al sitio del suceso para evidenciar posteriormente un enfrentamiento en contra de la autoridad.

Se destaca también en la investigación citada que los integrantes del FAES son los encargados de realizar el traslado de las personas que aún quedaban vivas a los hospitales, y que la tendencia era el próximo fallecimiento horas después debido a las heridas provocadas por el paso de múltiples proyectiles de altos calibres, propio de las armas especiales. El pretexto o justificación de tales actos, como se ha venido adelantando, ante los organismos de seguridad y el Ministerio Público es la “Resistencia a la Autoridad”, argumento el cual pierde validez al estudiar que todas y cada una de las actuaciones del FAES traen consigo una ejecución irregular, tanto que *“Entre las casi 2000 presuntas ejecuciones que ocurrieron el año pasado, Cofavic determinó que 62 % ocurrieron durante operativos especiales”*.

CONCLUSIONES

Habiéndose dejado evidenciado entonces que nos encontramos ante un comando violento, con un *modus operandi* que se evidencia por la multiplicidad de testimonios exactos y que no respeta los principios de la actuación policial, ¿Por qué entonces el estado sigue actuando de la misma manera, por no decir de forma más intensificada, en el sentido de seguir aceptando la existencia del FAES? ¿Cuál es la razón de que el FAES aún no haya sido disuelto, existiendo un aparente costo político y social de por medio que más gravámenes podrían estar ocasionando que beneficios? ¿Es acaso una política de seguridad ciega e insistente, por parte de un conjunto de personas que no han decidido aceptar la realidad de que dicho comando no resulta efectivo?

La respuesta a las preguntas planteadas no resulta ser tan visible, a primera instancia, ya que la razón del por qué entonces existe un derecho penal del enemigo es quizás un punto no tan tocado como otros a lo largo de la obra de Jakobs. Pero no por ello hay que dejar de preguntarse cuál es el verdadero motivo, escondido detrás de la maquinaria radicalizada del sistema penal que busca oprimir sin importar los medios o consecuencias a un enemigo que, en el caso venezolano, es tan notorio como la delincuencia organizada.

Preguntarse de donde proviene el fenómeno de la delincuencia organizada como «enemigo» es el primero de los puntos a pasar para llegar a la respuesta de las preguntas enunciadas. Ciertamente el *Socialismo del siglo XXI* no trajo consigo la creación espontánea de las estructuras delictivas avanzadas que hoy en día abundan dentro de la extensión territorial del estado venezolano; La delincuencia era ya una problemática que venía siendo ignorada por los gobiernos anteriores, y que venía azotando de forma silenciosa a la población que se encontraba más enfocada en la política social y la deficiente estructura de la administración pública que existía a finales del siglo XX, hecho que trajo consigo a sus finales un cambio de gobierno inédito en la historia del país.

Pero así como este enemigo no había sido del todo atendido, hay que destacar que en los gobiernos anteriores no se había alimentado dicho enemigo de la forma que sí ha

Manuel Alejandro Romero Zapata

ocurrido desde el año 2000. Factores como la decreciente inversión en la administración pública, la pérdida del poder adquisitivo en las personas que conforman la sociedad, el aumento de la clase baja, el deficiente manejo de funcionarios por parte de los organismos de seguridad ciudadana y estatal y por sobre todas las cosas la necesidad de reprimir en vez de prevenir han hecho que la Delincuencia, llegado a cierto punto, se convirtiese en un asunto que para muchos no tiene una solución más allá de una respuesta radicalizada.

Y es que dicha perspectiva de cómo responder fue la tomada por el gobierno venezolano. El problema de la seguridad no era culpa del estado venezolano, sino de una delincuencia organizada que conformaba una amenaza tan grande y amplia que no podía solucionarse de un momento a otro; un «enemigo» del cual no era responsable el estado per se, una creación originada a partir de una extensiva y ardua labor por parte de los medios de comunicación, progresivamente controlados y reprimidos por el estado, que comenzaron a vender la idea de que el enemigo a combatir era la delincuencia organizada, causante del deterioro de los barrios y de la calidad de vida del ciudadano, y que era hora ya de que los organismos de seguridad diesen la cara frente al enorme desafío que atormentaba la estabilidad cívica y pacífica de la nación.

Dicho intento de originar tal matriz de opinión se vino acompañado con una reformulación completa y paulatina de los cuerpos de seguridad ciudadana y estatal. Se extingue la DISIP y se reformula como el SEBIN, se re-estructuran órganos como el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas o la Dirección de Contrainteligencia Militar, se modifica toda la estructura de la policía mediante la Policía Nacional Bolivariana y se integra muchos años después diversas ramificaciones de los órganos, en el caso de nuestra atención el comando de Fuerzas de Acciones Especiales. Todo evidencia a simple vista una clara intención, por parte del Estado venezolano, de hacer todo lo necesario.

Pero entonces, en el momento que llegó la hora de combatir el nuevo enemigo de una vez por todas, los resultados obtenidos de forma inmediata no eran alentadores; El fenómeno de la violencia, como ya se ha evidenciado antes mediante los informes del

OVV, no había sido reprimido sino más bien intensificado; Las ejecuciones extrajudiciales, propias de la lucha violenta que el Estado asumió en contra de la delincuencia organizada, fueron en incremento; La aprehensión de presos políticos, por el pretexto del terrorismo, parecían (y parecen) nunca detenerse. A través del medio violento que había decidido optar el sistema penal venezolano no se estaba logrando más que la constante violación de derechos y garantías fundamentales.

Pero hay que entender que quizás el Estado venezolano no tuvo en ningún momento la real intención de destruir a este enemigo de la delincuencia organizada, y acabarlo completamente. Ya que, si es un consenso a nivel criminológico, psicológico y sociológico que la represión desmedida de una conducta punible trae consigo una mayor cantidad de delitos, y es un hecho de que el estado venezolano ha traído la represión desmedida en contra del «enemigo», se puede sacar por deducción de que puede estarse estimulando el fenómeno de la delincuencia organizada porque el estado mismo que la combate forma parte de dicho enemigo. Si el Sistema Penal moderno favorece la extensión de las redes de la *Delincuencia Organizada*, a un punto tal de que ya ni siquiera es combatible para ciertos cuerpos de seguridad³⁶, es porque el estado tiene interés que esta siga existiendo y que esta siga adentrándose en todos los sectores y espacios posibles, para tener una mayor facilidad al momento de operar sus propias redes, y un sistema penal con un cuerpo normativo especial, que pueda reprimir a conveniencia mediante la aplicación de tipos penales amplios o muy específicos.

Y no solamente puede que el estado esté alimentándose a sí mismo; es que también es mucho más fácil para quien tiene el imperio de ley buscar que la población crea que el «enemigo» es otro y no sí mismo, y que el enemigo es quien ha ocasionado la pérdida de la calidad de vida, en lo que respecta a seguridad, de los venezolanos. La cantidad de artículos, recursos y medios empleados a cubrir la violencia desmedida por parte de los cuerpos de seguridad en la lucha contra el crimen podría destinarse a cubrir los hechos y acontecimientos que han ocasionado que la sociedad criminal haya llegado a ese punto,

³⁶ Carlos D'hoy, «En la Cota 905 la impunidad le ganó la batalla a la policía» El universal, 04 de Agosto de 2019, acceso el 12 de Julio de 2020, <https://www.eluniversal.com/sucesos/47138/en-la-cota-905-la-impunidad-le-gano-la-batalla-a-la-policia>

Manuel Alejandro Romero Zapata

como la pésima toma de decisiones en materia económica o la constante venta de activos y pasivos por parte del «Ejecutivo» a países que conforman el eje geopolítico oriental.

Con todo lo mencionado no se busca dejar de respaldar los pocos medios de comunicación que cubren con la suficiente atención los abusos de los cuerpos de seguridad, mayoritariamente cometidos por el FAES, o que la violencia traída a partir de la delincuencia organizada en constante expansión no sea enfrentada con la fuerza y severidad regulada que podría necesitarse; La observación que se quiere realizar no es sino que la forma en que se está luchando contra el fenómeno delictivo es incorrecto, y además teóricamente insostenible, cuestión que se evidenció al momento de indicarse en el presente escrito todas las flaquezas propias del derecho penal del enemigo.

Es por ello que puede concluirse que la mencionada y explorada vertiente del derecho penal, que sigue existiendo más que nunca en los momentos que fueron escritas las siguientes ideas, ha ocasionado un sin número de daños irreparables los cuales tienen que cesar. La pretensión de algunos actores nacionales e internacionales de seguir justificando el asesinato a mansalva de presuntos delincuentes resulta a estas alturas insostenible, y la mera existencia del FAES como grupo de exterminio constituye la trágica realidad de que los DDHH en Venezuela están muy lejos de ser reconocidos, porque erróneo sería pensar que por un inmediato cambio de gabinete de gobierno o dirección del sistema penal puede rectificarse todas las fallas flagrantes que existen hoy en día en la puesta en práctica del derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT CAMUS, *El hombre rebelde* (Buenos Aires: Editorial Losada, 1953).

Anónimo, «2012 - La violencia no se detiene» *Observatorio Venezolano de Violencia*, 25 de Mayo de 2013, acceso el 12 de Julio de 2020, <https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/2012-la-violencia-no-se-detiene/>

Anónimo, «Controversia en Venezuela por una ley antiterrorista» *Diario La Nación*, 02 de Febrero de 2012, acceso el 11 de Julio de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/controversia-en-venezuela-por-una-ley-antiterrorista-nid1445257>

Anónimo, «El enemigo tiene menos derechos", dice Günther Jakobs» *La Nación*. 26 de Julio de 2006, acceso el 09 de Julio de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/cultura/el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs-nid826258/>

Anónimo, «El enemigo tiene menos derechos", dice Günther Jakobs» *La Nación*. 26 de Julio de 2006, acceso el 09 de Julio de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/cultura/el-enemigo-tiene-menos-derechos-dice-gunther-jakobs-nid826258/>

Anónimo, «OVV-LACSO: Informe Anual de Violencia 2018» *Observatorio Venezolano de Violencia*, 30 de Mayo de 2018, acceso el 12 de Julio de 2020, <https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/ovv-lacso-informe-anual-de-violencia-2018/>

Anónimo, «Venezuela aprueba una polémica ley contra el terrorismo» *Diario El país*, 01 de Febrero de 2012, acceso el 11 de Julio 2020, https://elpais.com/internacional/2012/02/01/actualidad/1328087927_511824.html

ARTEAGA SÁNCHEZ, *Derecho Penal Venezolano* (Caracas: Editorial Álvaro Nora, 2012).

CARL SCHMITT, *El concepto de lo político* (Córdoba: Universidad de Córdoba, 2006). Edición en PDF.

Manuel Alejandro Romero Zapata

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, *Traducción al Código Penal Alemán del 15 de Mayo de 1971, con la última reforma del 31 de Enero de 1998* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999). Edición en PDF, 56-57.

CLAUDIA SMOLANSKY, «Alta letalidad de las FAES es responsable de masacres en los barrios (I)», *Crónica Uno*, 10 de Febrero de 2019, acceso el 11 de Julio de 2020, <https://cronica.uno/alta-letalidad-faes-es-responsable-de-masacres-en-los-barrios-i/>

Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo (G.O. No. 39.912 del 30 de abril de 2012).

Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada (G.O. Extraordinaria No. 5.789 del 26 de enero de 2005).

EDUARDO SÁENZ ROVNER, «La prohibición norteamericana y el contrabando entre Cuba y los Estados Unidos durante los años veinte y treinta» *Revista de ciencias administrativas y sociales* 23 (2004), <http://www.scielo.org.co/pdf/inno/v14n23/v14n23a11.pdf>

ELSIE ROSALES, Carmelo Borrego y Gilda Núñez. *Sistema penal y acceso a la justicia*. (Caracas: Universidad Central de Venezuela – Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2013). 45-47.

ERNESTO HERRERA, «Venezuela – FAES: el brazo ejecutor del terrorismo de Estado» *Correspondencia de prensa*, 30 de Enero de 2019, acceso el 11 de Julio de 2020, <https://correspondenciadeprensa.com/2019/02/01/venezuela-faes-el-brazo-ejecutor-del-terrorismo-de-estado-informe-especial/>

INMANUEL KANT, *La paz perpetua* (Buenos Aires: Biblioteca Virtual Universal, 2003), edición en PDF.

JEAN-JACQUES Rousseau, *El Contrato Social* (Madrid: Elaleph, 1999), Edición en PDF, 131-133.

MICHELLE BACHELET, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para*

Manuel Alejandro Romero Zapata

los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela (Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019), https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx

MICHELLE FOUCAULT, *Vigilar y Castigar* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2003).

MUYART DE VOUGLAS, *Refutation des principes hasardes dans le Traité des délits et peines* (París: Gallica, 2008). Edición en PDF.

NÚÑEZ TENORIO, *Los elementos del Delito en la dogmática jurídico-penal* (Caracas: Librería Destino, 1973), 33-38.

RONNY RODRÍGUEZ, «Maduro: Todo mi apoyo a las FAES en su labor diaria para darle seguridad al pueblo» *Efecto Cocuyo*. 17 de Julio de 2019, acceso el 08 de Julio de 2020, <https://efectococuyo.com/politica/maduro-todo-mi-apoyo-a-las-faes-en-su-labor-diaria-para-darle-seguridad-al-pueblo/>

REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL. UNA PERSPECTIVA DESDE LA INDEPENDENCIA Y LA OBJETIVIDAD

Rafael Ángel Villavicencio Piña

Abogado egresado de la Universidad de Carabobo (2006). Especialista en derecho procesal (2015) y en derecho de familia y del niño (2018), en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Maestrando en Filosofía (UCAB). Doctorando en derecho (UCAB). Juez de mediación y sustanciación en el área de protección de niños, niñas y adolescentes años (2014-2015). Profesor de postgrado de la Especialización de Derecho Procesal y de Derecho de Familia y del Niño (UCAB).

Resumen:

La crisis que atraviesa el Poder Judicial en Venezuela tiene una génesis histórica de larga data, con diversas aristas que se esbozan en esta investigación. A fin de concretar el Estado de Derecho que a su vez garantice la democracia, crecimiento de la economía y legitimidad, se requiere de una revisión urgente del modelo actual. A tal efecto se analiza el concepto de independencia, la evolución del Poder Judicial en Venezuela, los factores actuales que aquejan su funcionamiento y se realiza una propuesta que permite la materialización de la independencia, a través de la elección de los mejores con base en criterios objetivos, que garanticen que el juez pueda ejercer su función sólo atendiendo al derecho y al contenido del expediente.

Palabras clave: Independencia judicial, Estado de Derecho, juez, objetividad.

REINSTITUTIONALIZATION OF THE JUDICIARY. A PERSPECTIVE FROM INDEPENDENCE AND OBJECTIVITY

Abstract:

The crisis that the judiciary is undergoing in Venezuela has a long-standing historical genesis, with various edges that attempt to outline this investigation. In order to achieve the rule of law that allows democracy, economic growth and legitimacy, an urgent revision of the current model is required. With this purpose, the concept of independence, the evolution of the judiciary in Venezuela, the current factors that affect its operation will be analyzed and a proposal is made that allows the materialization of independence, through the election of the best on an objective basis, that guarantee that the Judge can exercise his function only according to the law and the content of the file.

Keywords: Judicial independence, rule of law, judge, objectivity.

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho reposa sobre la base de la división de poderes, que tiene por objeto la protección de los ciudadanos, pues precisamente surge como alternativa evolutiva al sometimiento de éstos al poder detentado únicamente por el Rey; dentro de esta división se crean tradicionalmente los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (en Venezuela además se añadieron en 1999 el Ciudadano y el Electoral); electos bien de forma directa o indirecta, optándose en Venezuela con relación al Poder Judicial por un mecanismo indirecto de sus más altos cargos y los demás jueces seleccionados por concurso de oposición. Son múltiples las aristas que supone la revisión del Poder Judicial, enmarcado dentro del Sistema de Justicia, con tan deficiente actuación como el venezolano, que ha supuesto la desconfianza de los ciudadanos, y su uso como herramienta para la protección del Poder en lugar de los derechos de los ciudadanos.

Lo que supone una necesaria transición y reinstitucionalización del Poder Judicial, para lograr una efectiva tutela jurisdiccional, que implique modificaciones procesales, revisión de la estructura, competencia de los juzgados, por ejemplo, eliminación de instancias de mediación internas, una imprescindible digitalización del proceso y la materialización efectiva de la independencia jurisdiccional, entre otros aspectos.

Dada la necesidad imperativa de esa reinstitucionalización, que si bien podría hacerse a la luz de una reforma constitucional o incluso una nueva constitución, se desarrollará en la medida de lo posible sobre la base jurídica actual, en aras de facilitar la viabilidad de la propuesta. Bajo la consideración de que la constitución del Poder Judicial debe atender a la excelencia y la selección de los mejores, con base en criterios objetivos, atendiendo al contexto venezolano.

Se analiza el concepto de independencia judicial, como garantía de la República, protección de la libertad individual y mecanismo de equilibrio de poderes; que deviene en un pilar para la construcción de un aparato jurisdiccional efectivo y legítimo de resolución

de conflictos de la forma más expedita, con incentivo del comercio¹, para que cada ciudadano tenga confianza y se genere legitimidad tanto de origen como de ejercicio del Poder Judicial.

Para contextualizar la propuesta, se realiza un resumen histórico del devenir de la independencia judicial en Venezuela, que realmente no ha existido debido al predominio de caudillismos y dictaduras, con un breve período de democracia, que no logró la consolidación de sus instituciones, que conllevó entre diversos factores a la situación actual.²

De igual forma, se estudia la compleja realidad actual normativa dentro de lo relativo a la elección de los miembros del Poder Judicial, tanto de magistrados como de jueces; donde se develan instancias que actúan sobre bases nulas y que además no atienden al respeto del principio de independencia, como por ejemplo la Comisión Judicial, que ha dejado de la lado los bastiones de concursos de ingreso a la carrera judicial, estabilidad en el cargo, ingresos adecuados de los jueces, revisión del desempeño judicial, régimen disciplinario, aspectos que necesariamente deben atender a criterio objetivos, que eviten que los jueces sean objeto de afectaciones diarias como ocurre en la actualidad.

En esta investigación se sostendrá la necesidad de hacer reformas para erigir un Poder Judicial verdaderamente independiente, como bastión referencial de la sociedad, tal como ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos³. La importancia radica en asumir la

¹ Para conocer más sobre la correlativa relación entre eficiencia del sistema judicial y el mercado; Cfr. North, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990.

² Ejemplo de esta fragilidad fue la actuación de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, que mediante sentencia N° 17 de fecha 19 de enero de 1999, permitió llevar a cabo mecanismos de modificación constitucional no previstos en la constitución vigente. Lo que en definitiva conllevó a la materialización de un Golpe de Estado, pues la Asamblea Constituyente electa en el siguiente agosto irrumpió contra la Constitución de 1961 y a los poderes constituidos. Cfr. Brewer-Carías, Allan R. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*. UNAM, México. 2002.

³ Cfr. Sentencia *Trump v. Hawaii*, N° 17-965, 585 EE.UU.(2018) donde un tribunal de distrito de Estados Unidos emitió una orden preliminar de prevención de la prohibición de entrada en vigor de un decreto presidencial; que demuestra una circunstancia impensada en la Venezuela reciente de sometimiento del Poder Judicial a las actuaciones del Ejecutivo. En contraste con el caso venezolano de la Jueza María Lourdes Afiuni, quien luego de dictar una sentencia de levantamiento de medida cautelar, fue encarcelada por orden directa en un programa de televisión del, para ese entonces, presidente; para más detalle del caso ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos dictó medidas de resguardo a favor de la Jueza.

responsabilidad que corresponde como ciudadanos y especialmente como juristas para coadyuvar con la reinstitucionalización de un Poder Judicial independiente, imparcial; con la academia, honestidad y ética como aspectos resaltantes.

INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL

Concepto.

La separación de poderes⁴ es un pilar fundamental del Estado de Derecho, su origen se ubica en el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789⁵, surgió como alternativa evolutiva del antiguo régimen donde el rey concentraba todo el poder *divino*, que delegaba y utilizaba a su arbitrio. Este cambio de modelo supuso el principio básico de atomizar el poder como protección, principalmente, de la libertad de los ciudadanos, a tal fin se instauraron los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con sus funciones preponderantes⁶ de hacer leyes, materializar el contenido de éstas y, por último, dirimir conflictos y tutelar intereses jurídicos, respectivamente. Esto supuso la búsqueda de mecanismos que permitieran a cada uno cumplir a cabalidad con sus funciones sin extralimitarse, por ejemplo el principio de legalidad, constitucionalidad de ley y distintos mecanismos de contrapeso interrelacionados⁷.

⁴ En Venezuela se ha deteriorado este principio en lo práctico al punto que Luisa Estella Morales, en el año 2009, presidente, para ese entonces, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, afirmó a la prensa que “la división de poderes debilita al Estado” y que “hay que reformarla. Véase en Juan Francisco Alonso, *La división de poderes debilita al estado*. El Universal, Caracas 5 de diciembre de 2009, en: http://www.eluniversal.com/2009/12/05/pol_art_morales:-la-divisio_1683109.shtml. Véase la exposición completa de la presidenta del Tribunal Supremo en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=7342>

⁵ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 16 consagra: Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.

⁶ Se debe recordar que extraordinariamente los poderes ejercen otras funciones, *verbi gracia*: cuando el Ejecutivo dicta Reglamentos (legisla); el Legislativo lleva a cabo el juicio político del Presidente o Magistrados (enjuicia); o cuando el Poder Judicial designa a algún funcionario (acto administrativo).

⁷ Aunque actualmente hay una corriente doctrinaria que considera una relatividad de la independencia en el Poder Judicial al ser un valor político e ideológico que se inscribe en determinado contexto; Cfr. Revenga, M. Independencia y responsabilidad del juez; dos valores enfrentados. El reciente debate italiano", *Poder Judicial*, 2a. época, núm. XIV, 1989, p. 51; visión que considera que la independencia no puede, elevarse a la condición de valor absoluto, sino que posee un carácter relativo. Es necesario manifestar que esa clase de pensamiento es la que ha permitido utilizar al Poder Judicial como una rama accesoria del partido de

Al establecerse los sistemas democráticos se determinan las formas de elección de los tres poderes; con relación al Judicial no hay una forma única y adecuada, existen modelos que van desde la elección popular hasta la elección directa por parte del Ejecutivo, aunque por lo general en la elección de las máximas magistraturas participan los otros dos poderes y se establecen diversos mecanismos de elección del resto de los jueces; la relevancia de esa elección en este caso se debe a que sobre estos sujetos recaerá una de las funciones más importantes del Estado de Derecho, que es hacer cumplir el ordenamiento jurídico y resolver conflictos en todos los sectores de la sociedad incluso entre los otros Poderes; al punto que establecer juzgados independientes es uno de los mayores retos del establecimiento de las democracias⁸, que supone la elección de los candidatos de excelencia en lo ético y en lo profesional, si es que vale una perspectiva sin la otra, que suponga un atractivo para los mejores, con un salario equivalente al de un abogado en ejercicio exitoso, estabilidad en el cargo, con tipos disciplinarios claros y que se cumpla el debido proceso al momento de investigarlo e instaurar el procedimiento disciplinario.

La importancia del principio de independencia ha llevado a que se consagre como un derecho a favor de los ciudadanos en múltiples instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 10 señala:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

De igual forma, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación internacional del estado de garantizar el acceso a jueces y tribunales independientes e imparciales. Además, los Principios Básicos Relativos a la

gobierno, si bien no hay una determinada fórmula exacta para su concreción existen parámetros mínimos que lo garantizan tales como la disminución del poder y la sola sujeción del Juez al derecho.

⁸ Cfr. Ronald Chacín Fuenmayor. *El nuevo autoritarismo latinoamericano: Un reto para la democracia y los derechos humanos (análisis del caso venezolano)*. Estudios constitucionales vol.17 no.1 Santiago jul. 2019 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100015>.

Independencia de la Judicatura adoptados por el séptimo congreso de la Organización de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente⁹; establecen:

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.

12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.

Como se ve la independencia se ha constituido en un verdadero derecho para los ciudadanos, con un aspecto penal; pero también en consideración del resto de los juicios. La independencia supone una definición en abstracto a la hora de construir normativamente los poderes, tanto a nivel constitucional como legal y en concreto en el quehacer diario de los jueces. Ha sido entendida desde diversos ángulos: 1) aspecto negativo y positivo en la esfera de la actuación del juez; 2) independencia externa¹⁰ e interna 3) independencia del Poder Judicial, considerado en su totalidad y de los jueces de forma individual; y 4) Lo que en esta investigación se denomina la distinción *normativa y práctica*. Vertientes que deben ser analizadas bajo el tamiz de sí efectivamente logran el objetivo de debilitar el poder centralizado, pues de lo contrario se desdibuja el sentido del principio.

Para comprender la situación del caso en estudio adecuadamente, se debe insistir que la independencia jurisdiccional reposa primordialmente sobre la base de la división de poderes, para evitar la intervención de factores de injerencia. Su objetivo se dirige a la atomización del poder gubernamental y la ausencia de intromisiones en la actividad jurisdiccional, por ello para abordar la clasificación realizada en el párrafo anterior, se debe ir de lo más general a lo particular. De allí que lo más resaltante sea el aspecto negativo y

⁹ Naciones Unidas. Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

¹⁰ Cf r. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p 584; para quien la independencia de los jueces es garantía de una justicia no subordinada a razones de Estado o a intereses políticos contingentes; y Andrés, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT, Bogotá, 2011; p.60.

positivo de la independencia que supone, en lo negativo jueces no afectados en su juicio por factores externos de poder de distinta índole y en lo positivo que sólo esté sujeta su actuación a las fuentes del Derecho.

El siguiente aspecto se vincula con la clasificación de los agentes influyentes, si estos se encuentran dentro del Poder Judicial, *verbi gracia*: jueces superiores, homólogos o figuras vinculadas con su designación o titulares del régimen disciplinario se habla de la independencia interna; y en el caso que los agentes de influencia externos por ejemplo Ejecutivo, Legislativo, medios de comunicación, grupos de poder, se trata de la independencia externa.

También esto supone otro aspecto de doble perspectiva al entender la independencia del Poder Judicial como órgano y del juez como elemento de aquél. Como Poder, supone que no existan injerencias de los otros Poderes en su funcionamiento, debe entenderse a juicio de esta propuesta que la mayor independencia del juez considerado como individuo reflejará mayor independencia en la totalidad de este¹¹.

Por último, se tiene una visión normativa y práctica, la primera, se refiere a la forma cómo se regula en determinado sistema normativo, por lo que puede estar consagrado el principio; pero no ser suficiente para lograr su fin, aunado al hecho de que debe entenderse que existen ciertas exigencias para que una norma sea válida en este sentido, por ejemplo las leyes que regulan la estructura y designación de jueces deberían tener el carácter de orgánicas, lo que supone una calificación especial de la mayoría en el Poder Legislativo para su modificación.

Además, el contenido de las normas debe atender al fin de la independencia como principio, pues de lo contrario resultan desnaturalizadas. Y la visión práctica que viene a ser la medición que puede hacerse en la realidad de la independencia en determinado momento,

¹¹ Cfr. Nieto, Alejandro. *Testimonios de un jurista (1930-2018)*, Global Law Press-INAP, 2018, p. 199; para quien un Poder Judicial sin independencia no es poder, puesto que no puede controlar al Gobierno, que es la última garantía del sistema constitucional: el controlador no puede, por tanto, depender del controlado. Y para que una institución sea independiente es imprescindible que lo sean sus miembros.

Rafael Ángel Villavicencio Piña

que sobre todo atiende a la evaluación de los jueces en cuanto a su ingreso, estabilidad¹², formación, destitución; y revisión del desempeño considerando la celeridad de los procesos e incluso contenido de las decisiones, ámbito que no será abordado por la extensión del presente trabajo e imposibilidad de revisión de las decisiones en el Poder Judicial.

Aunque puede medirse por ejemplo cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia le otorga la razón al Poder Ejecutivo a partir del año 2004, lo que se ha visto incrementado últimamente en todos los casos de conflictos con el Poder Legislativo desde que este se encuentra conformado por una opción partidista distinta de aquél, llegando incluso al punto de suspender los poderes constitucionales del Legislativo por desacato¹³.

A efectos de este diagnóstico la mayor concreción de la independencia supone la ausencia de injerencias y se determina en la imposibilidad de que factor alguno salvo el contenido del expediente, los hechos y el ordenamiento jurídico, influyan en el juez. Eso en el ideal, la realidad es que esas injerencias se concretan mediante presiones, que existen y muy probablemente seguirán existiendo, lo que debe evitarse es que logren su objetivo.

Es bastante improbable eliminar la voluntad de diversos factores de interferir en las decisiones judiciales, por lo que se requiere proteger la figura jurisdiccional, a lo largo de su carrera¹⁴ desde antes de su designación, para que durante su labor goce de ciertas figuras que lo resguarden, mediante un ingreso que no se deba a favores o a pertenencias a factores de poder, que su estabilidad tampoco pueda verse afectada lo que incluye, la imposibilidad

¹² Cfr; Constant, Benjamín. *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 192. Quien consideraba que un juez revocable es más peligroso que un juez que ha comprado su cargo: "Haber comprado una plaza es menos corrupto que estar siempre temiendo perderla". Aunado al impacto que tiene la inestabilidad jurisdiccional en el crecimiento económico de un país, en tal sentido, consultar: Santiago Basabe-Serrano y Carolina Curvale. *Política y Gobierno*. Polít. gob vol.23 no.2 México jul./dic. 2016. Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372016000200279

¹³ Cfr; Salinas, Alejandro y Andreu, Federico, Comisionado (Chile) y Representante para Suramérica de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ). *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: Un instrumento del Poder Ejecutivo*; Canova, Antonio; Herrera, Luis y otros. *El TSJ al servicio de la Revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*. Editorial Galipán. 2014

¹⁴ La afectación de La carrera judicial es considerada como el principal factor de interferencia interna en la judicatura. Cfr. Pizzorusso, Alessandro (1990): *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema político e istituzionale* (Turín, Einaudi) p. 49; Bartole, Sergio (2008): *Il potere giudiziario* (Bologna, Il Mulino)p. 78

Rafael Ángel Villavicencio Piña

de ser trasladado o jubilado contra su voluntad y por último una gama cerrada de supuestos de responsabilidad disciplinaria que eviten normas penales en blanco o acomodaticias, hechos disciplinarios que además deben ser demostrados con pruebas evidentes y objetivas, evacuadas bajo el matiz del debido proceso; eso de forma directa e indirectamente a través de instancias de selección y disciplinarias compuestas por personas autónomas, académicamente preparadas, con un desempeño ético, con poder dividido (que a su vez evite un monopolio en la designación), que den al juez la seguridad de poder decidir a su conciencia.

Circunstancia que además debe ser complementada por una debida formación de los jueces, que les permita conocer a profundidad las fuentes del Derecho, alcance y contenido de sus competencias y principios que rigen su actuación, con las actualizaciones que en esta materia ocurran, en el entendido que el juez desde que aspira a serlo debe conocer sus funciones; pero la academia siempre es una forma de desarrollar y ahondar en una mejor administración de justicia, complementado además por un salario apropiado que le permita tener un nivel de vida adecuado a su alto desempeño, en el sentido además que sea atractivo para los mejores juristas pertenecer al Poder Judicial.

ANTECEDENTES DE AFECTACIÓN A LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ

A efectos de la presente investigación dividiremos la evolución del Poder Judicial, partiendo desde la fundación de la República hasta 1999, pues aunque no todas las normas vigentes provienen de este último período, es en este donde se determina la mayor afectación de la independencia judicial, además de establecerse las bases de la realidad actual con un Poder Judicial, que medir su actuación se observa sometido al Ejecutivo y de los jueces, en general, en sumisión vertical directamente ante los *Jefes administrativos* (Coordinadores o Presidentes de Circuitos) e indirectamente ante el Tribunal Supremo de Justicia.

La primera etapa mencionada inicia con la primera constitución de Venezuela fue aprobada en 1811, pertenece a una larga lista de cartas magnas del siglo XIX y la mitad del

siglo XX, causadas mayormente por guerras, triunfos momentáneos de revoluciones y gobiernos dictatoriales.

El Poder Judicial venezolano del siglo XIX tuvo una función simbólica. El número de causas era reducido y como el eje del poder estaba en el mandatario de turno no se esperaba de los jueces independencia frente a ellos. Los jueces eran pocos y su rol era en gran medida ceremonial, de disposición de asuntos de rutina y de expresión de la voluntad del caudillo en términos de función y decisiones judiciales¹⁵.

En el siglo XX, hasta la década de los años sesenta, la figura predominante es la del dictador, donde tampoco puede considerarse la existencia de jueces independientes del poder. Al iniciarse el sistema democrático de partidos, la Corte Suprema de justicia fue renovada, aunque parte de los jueces permanecieron. La constitución de 1961 determinó la duración de nueve años para el mandato de los magistrados de la Corte Suprema, con renovación de tercios cada tres años, la elección estaba a cargo del Congreso.

El período de los jueces de instancia era de cinco años y, en consecuencia, cada quinquenio supuso la nueva designación de los jueces; con dicha forma se puede afirmar que se afectaba la estabilidad e independencia de éstos y era la base de un sistema basado en afiliación partidista, de forma generalizada.

Dada la realidad política, en 1969, se creó el Consejo de la Judicatura; a tal fin se dictó la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin embargo dicha institución no logró su objetivo de estabilidad jurisdiccional. Su composición original fue de nueve magistrados, cinco designados por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, dos por el Congreso y dos por el presidente de la República. El Consejo de la Judicatura era el filtro de control y de lucha de poder dentro del en la cual se jugaba el clientelismo dentro del Poder Judicial.¹⁶

¹⁵ Pérez Perdomo, Rogelio. *La organización del Estado en el siglo xix en Venezuela (1830-1899)*, en Politeia, 14, Caracas. 1990. Cfr. Pérez Perdomo, Rogelio. *Medio Siglo de historia Judicial en Venezuela (1952-2005)*. Cuadernos Unimetanos 11 / septiembre 2007. Consultado en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET_2007_11_3-24.pdf

¹⁶ Cfr.; Brito González, José. *Consideraciones acerca de la idea y concreción del Consejo de la Judicatura en el marco del Estado contemporáneo*, en Politeia, 7, Caracas. 1978.

En 1980 que se promulgó la Ley de Carrera Judicial, que reguló las distintas etapas de esta carrera, desde la selección e ingreso de los jueces por concurso, su permanencia y ascenso, hasta la terminación de la carrera mediante jubilación, sin perjuicio de la posibilidad de destitución en virtud de la comisión de falta grave, previa instrucción del procedimiento correspondiente. Sin embargo, la carrera judicial no fue instaurada y el ingreso de los jueces no se sometía al procedimiento de concurso.¹⁷

La falta de concursos determinó que un porcentaje importante de los jueces estuvieran en situaciones temporales¹⁸. En 1988 se dictó la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que redujo el número de magistrados de este Consejo a cinco; tres designados por la Corte Suprema en pleno, uno por el Congreso y uno por el Presidente, circunstancia en la que se vio mayores esfuerzos por realizar concursos de ingreso; pero que no bastaron para consolidar una nueva estructura, al punto que su credibilidad del era sumamente baja, a tal punto que fue considerado como incapaz de impartir justicia y altamente orientado por el Ejecutivo o por el poder económico.¹⁹ Un estudio de las Naciones Unidas para el Desarrollo que se llevó a cabo en 1998 concluyó que sólo el 0,8% de la población tenía confianza en el sistema judicial.²⁰

En el año 1998, con un nuevo presidente y una propuesta de eliminación de la Constitución; mecanismo no permitido expresamente en la carta magna vigente de 1961; sino que por una interpretación de la Corte Suprema de Justicia que permitió los referéndums que dieron origen a la Constitución de 1999, que a la postre sería el inicio del control absoluto de todas las instancias jurídicas por parte de un partido único. Nacho

ACTUALIDAD DE LA INDEPENDENCIA

¹⁷ Ayala Corado, Carlos y Casal, Jesús María. *La Evolución Político-Institucional De Venezuela 1975-2005*. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, pp. 435-499.

¹⁸ Quintero, Mariolga (1988): *Justicia y realidad*, UCV, Caracas

¹⁹ Estos son los resultados del trabajo de C. L. Roche, J. Richter, N. Pérez: *Los excluidos de la justicia en Venezuela*, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 209 y ss.

²⁰ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Justicia y Gobernabilidad. *Venezuela: una reforma judicial en marcha*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas 1998, pp. 143.

Evaluar la actualidad, supone determinar el lapso que constituya esa fase histórica, a efectos de la presente investigación se trata de lo ocurrido con el Poder Judicial a partir del año 1999, con la entrada en vigencia de la nueva constitución, no es sencillo de abordar, sobre todo por la amplia cantidad de eventos ocurridos, en los dos niveles referidos a la independencia, es decir, el normativo y el práctico.

Es de destacar que la sola descripción de la normativa vigente daría un falso testimonio de lo que realmente ocurre, por lo que se procurará realizar ese mapa general con mención de los hechos que rodearon los procesos, sin pretender hacer un estudio exhaustivo, aspira a servir de base para la necesaria transformación del Poder, alejado de estos vicios.

Aspecto Presupuestario

Un primer aspecto regulativo es el presupuestario, que no será abordado con detalle, por atender a otra clase de estudio, que debe detallar los montos y su ejecución, que debe tener como eje fundamental el establecimiento de altos sueldos a jueces, que haga atractivo este oficio a juristas de renombre y con preparación, es decir que no lo vean como un sacrificio y que sea competitivo, incluso mejor que si se dedicaran a un ejercicio exitoso de la profesión.

Le ejecución del presupuesto del Poder Judicial a la luz de la Constitución²¹ corresponde al Tribunal Supremo de Justicia con un situado no inferior al dos por ciento anual, que resulta escaso si se considera que el Poder Judicial es uno de los ejes fundamentales del Estado de Derecho y de la paz social; pero hay un detalle importante que esta fijación es un mínimo no un máximo así que podría modificarse con voluntad legislativa. Dicho presupuesto solo puede ser modificado por el Poder Legislativo, para lo cual en consecuencia se debe instar a la Asamblea Nacional para que en el Presupuesto anual aumente el presupuesto y se materialice en una ejecución efectiva del mismo.

²¹ Artículo 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, núm. 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000

Rafael Ángel Villavicencio Piña

Además se consagró una restricción al Poder Judicial para establecer “tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios”; lo que implica una inversión clara y objetiva que evite desperdicio de recursos que sea tendente a una justicia, efectiva y cercana al ciudadano; que puede lograrse por ejemplo con una reducción de ciertos cargos que deben estar en la iniciativa privada, por ejemplo los expertos del equipo multidisciplinario en materia de familia; la digitalización del proceso, que reduciría el gasto de papel y evitaría a una persona tener que trasladarse al lugar donde tenga asiento el Juzgado, *verbi gracia*, a Caracas a realizar actos de simple trámite, como ocurre en el caso de los Juzgados con competencia contencioso administrativa o por el propio Tribunal Supremo. Además de la necesaria eliminación de instancias de mediación que deberían ser externas para que los jueces se dedicaran exclusivamente a dirimir conflictos y a las causas estrictamente necesarias, que redundarían en un mejor servicio.

Designación de magistrados

El resto de los aspectos de la independencia, donde se centra la propuesta aquí presentada, tiene que ver con la forma de designación de los jueces, su estabilidad, formación y responsabilidad disciplinaria. En este apartado se estudiará la realidad actual; para apoyar con las ideas a proponer; sobre todo porque es necesario conocer nuestra historia y realidad para concluir que efectivamente Venezuela necesita criterios objetivos para elegir a los mejores. De seguidas, se abordarán estos aspectos en cuanto a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, confrontándolo con la realidad ocurrida y posteriormente analizaremos estos aspectos de los jueces de instancia.

En cuanto a los requisitos para ser magistrado del Tribunal Supremo de justicia el artículo 263 de la Constitución consagra los siguientes: tener nacionalidad venezolana por nacimiento; ser de reconocida honorabilidad; jurista de reconocida competencia; gozar de buena reputación; estos tres primeros requisitos comunes a todos los aspirantes y además ostentar una de las siguientes condiciones: haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; haber sido profesor universitario en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de

profesor o profesora titular; o ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.

Ahora bien de lo anterior se observa que hay requisitos de carácter subjetivo y objetivo, donde incluso la Ley detalla la clase de postgrado que debe tener el candidato a Magistrado; el análisis de cada uno sería una empresa bastante profunda y autónoma, por las definiciones que implica como por ejemplo “ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación”; pero los objetivos son claros y evidentes no sujetos a interpretación, al menos en el deber ser.

Dichos requisitos fueron establecidos precisamente para buscar objetivamente, en la medida de lo posible personas idóneas para el ejercicio de las más altas magistraturas del país; sin embargo en 1999, con la modificación Constitucional y una necesaria renovación de Poderes no se cumplió a cabalidad con lo exigido en la norma, que suponía la búsqueda de candidatos con experiencia de 15 años en tres áreas del derecho, a saber: abogado litigante, académico o juez; es decir, buscaba establecer un equilibrio en la búsqueda según el perfil de quien postulaba en una de esas tres ramas de la vida jurídica; pero con exigencias claras, el abogado litigante debía tener postgrado, el académico el escalafón de titular que implica ser doctor en Derecho,²² o un juez superior donde la Ley de Carrera Judicial dispone que previo al ingresar a tal cargo debía tener reconocida reputación, por no menos de diez años en el ejercicio o seis como defensor o fiscal del ministerio público, más los quince años en la carrera judicial, lo que suponían un amplio ejercicio judicial para postular.

Sin embargo, en la práctica no se cumplió con dicha exigencia al punto que cuando se constituyó el novísimo Tribunal Supremo de Justicia mediante una designación provisoria que fue ratificada por la Asamblea Nacional el Legislativo el 26 de diciembre de 2000, sobre la base de la Ley Especial de Ratificación o Designación de Funcionarios del

²² La Ley de Universidades en sus artículos 96 y 97 dispone: Artículo 96. Los Profesores Asociados deben poseer el título de Doctor y durarán, por lo menos, cinco años en el ejercicio de sus funciones. Artículo 97. Para ser Profesor Titular se requiere haber sido Profesor Asociado, por lo menos durante cinco años. Los Profesores Titulares durarán en el ejercicio de sus funciones hasta que sean jubilados.

Poder ciudadano, Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Periodo Constitucional de fecha 14 de noviembre de 2000, fueron nombrados magistrados que no cumplían los requisitos constitucional, acto que incluso fue impugnado ante la Sala Constitucional, que reinterpreto los requisitos para ser magistrados de la siguiente manera:

El autor Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, al referirse a esta acepción menciona que “en este último sentido habría categorías de abogados, médicos, pintores, militares, albañiles. Es lo que Cabanellas ha llamado la “categoría profesional” o “estatuto personal”, con lo cual no estaríamos en presencia de jerarquías dentro de una profesión sino de la condición o estatuto de una profesión, “respecto de las demás”; en este caso hablaríamos de la categoría de profesor universitario por oposición a la categoría de médico o militar. Por otra parte, la condición de titular tampoco denota exclusivamente un grado jerárquico. En efecto, el Diccionario de la Real Academia dice que titular es el que “ejerce cargo, oficio o profesión con cometido especial y propio”, y agrega, a título de ejemplo, “juez, médico, profesor universitario TITULAR”. A este respecto OSSORIO aclara que el titular es “aquel que ejerce un cargo u oficio por derecho propio o nombramiento definitivo; a diferencia de substitutos, reemplazantes o interinos. (Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas)” (Subrayado de la Sala). En virtud de lo expuesto, considera la Sala que este requisito para los profesores universitarios se interpreta como la exigencia de que el docente universitario tenga una antigüedad mínima de quince años como profesor y se trate de un profesor titular, es decir, ordinario activo o jubilado.

Donde se observa una *interpretación* del requisito como profesor de *categoría* titular a la que hacía referencia la constitución y realiza una adaptación del requisito que no se ajusta a la Ley de Universidades sino por vía de la negación de no suplente; con lo cual desvirtuó el ideal constitucional, claro dentro de los magistrados que decidían había profesores no titulares. Valiéndose además de la idea que el Poder Constituyente que los designó en principio era supra constitucional y que lo que se debía hacer era una simple ratificación; para posteriormente exigir los requisitos en casos futuros.

Rafael Ángel Villavicencio Piña

Esta inobservancia del régimen constitucional incluso se materializó en inestabilidad de los Magistrados al punto que la duración de su período a la luz de la carta magna es de doce años²³, aunque en la realidad los designados en el año 2000, duraron en promedio siete años y sólo el once por ciento terminó su período²⁴, ese irrespeto al proceso de designación constitucional y a los requisitos para ser magistrado, constituyó un Tribunal Supremo no al servicio del Derecho, sino que fuese sólo garantía de intereses partidistas²⁵.

En el año 2004 se promulgó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²⁶, que en su artículo 7, dispuso adicionalmente los siguientes requisitos e impedimentos: estar en plena capacidad mental; no haber sido sometido a procedimiento administrativo o sancionatorio ni a juicio ni haber sido condenado mediante el correspondiente acto o sentencia definitivamente firme; enunciar a cualquier militancia político partidista, y no tener vínculo, hasta el cuarto grado de consanguinidad o el tercer grado de afinidad, con altos personeros gubernamentales (magistrados; presidente de la República, el vicepresidente Ejecutivo, ministros, fiscal general de la República, defensor del Pueblo y el Contralor General de la República); y tener título universitario de especialización, maestría o doctorado en el área de derecho, correspondiente a la Sala para la cual se postula.

Otro aspecto importante es el desarrollo que se hizo del proceso de designación que en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia atribuyó la competencia de primera preselección de los candidatos a magistrados, al Comité de Postulaciones Judiciales; en su artículo 14, prevé el procedimiento a seguir, colocándole característica de público que se cumple mediante la convocatoria por avisos públicos en periódicos, concluidas las postulaciones, el Comité de Postulaciones Judiciales debe publicar en un diario de

²³ Artículo 264 de la Constitución

²⁴ Observatorio Venezolano de Justicia, *¿Cuánto dura un Magistrado del tribunal Supremo de Justicia?*. <https://www.accesoalajusticia.org/estudio-de-acceso-a-la-justicia-sobre-el-tiempo-de-duracion-de-los-magistrados-del-ts/>

²⁵ Al punto que se ha afirmado que los nombramientos recayeron, casi todos, en personalidades vinculadas con el chavismo, aunque algunas pretendieron actuar con independencia. Cfr. Tarre Briceño, Gustavo: Solo el poder detiene al poder. (La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela) Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p.329

²⁶ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, ampliamente criticada por diferentes instancias internacionales y nacionales. La misión de la IBA recibió comentarios sobre dicha ley y la forma en la que ha perturbado la independencia judicial.

Rafael Ángel Villavicencio Piña

circulación nacional, los nombres de los postulados con indicación expresa que los interesados podrán impugnar ante ese mismo órgano, mediante prueba fehaciente a cualquiera de los candidatos, con un plazo de quince días continuos, contados a partir de la publicación de la lista; después se otorga al afectado una posibilidad de exponer sus alegatos para el ejercicio del derecho a la defensa.

Según el mencionado artículo, el Comité de Postulaciones Judiciales, es un órgano asesor del Poder Judicial es designado por un período de dos años, por la mayoría simple de la Asamblea Nacional, como máximo órgano representativo de la sociedad venezolana; tendrá once miembros principales con sus suplentes, a este se le otorga capacidades inquisitivas para investigar sobre los antecedentes o cualquier información que estime necesaria sobre los postulados.

El Comité de Postulaciones Judiciales aprobará, por las dos terceras partes de sus integrantes, el baremo que se utilizará para la preselección de los postulados o postuladas. El Comité de Postulaciones Judiciales preseleccionará, entre los postulados o postuladas, un número no inferior al triple de los cargos de magistrados, y al día siguiente remitirá al Poder Ciudadano la lista de preseleccionados con sus respectivos expedientes. El Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, dentro de los diez días a la recepción de la documentación enviada por el Comité de Postulaciones Judiciales, hará una segunda preselección para ser presentada a la Asamblea Nacional, a fin de que realice la selección definitiva dentro de los cinco días a la recepción de la documentación enviada por el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano.

De lo expuesta la realidad acaecida con relación a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia desde 1999, con una gran intromisión partidista, y omisión de los procesos y requisitos legales; esto a modo de resumen, ahora se tratará la realidad normativa y práctica de los jueces de instancia para finalizar con la visión general y propuesta, que se hace en una sola estructura de ideas para evitar repeticiones innecesarias.

Designación de Jueces

En cuanto a los jueces de instancias la intervención del Poder Judicial con ocasión al nuevo orden constitucional se origina con el *Decreto de Emergencia Judicial*, dictado el 19 de agosto de 1999, mediante el cual se intervino el Consejo de la Judicatura y se le asignó la competencia de evaluar a todos los miembros del Poder Judicial, incluyendo al Corte Suprema de justicia; esto incluía la suspensión inmediata de los funcionarios judiciales que tuvieran procesos abiertos por corrupción (sin que mediara sentencia), suspensión de los jueces por retardo judicial inexcusables; suspensión de la estabilidad de los jueces.²⁷ Con lo que se ve la vulneración del derecho a presunción de inocencia, pues lo que se hizo fue un asalto a uno de los pilares del estado democrático.

Con la entrada en vigencia de la nueva constitución en 1999; un poder cuya legitimidad fue bastante dudosa y criticada, es decir la Asamblea Nacional Constituyente, que se abrogó poderes *supra* constitucionales creó, mediante decreto de fecha 29 de diciembre de 1999, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que asumió las competencias que tenía el Consejo de la Judicatura.

Circunstancia que además se vio agravada con el dictamen del Decreto de Medidas Cautelares Urgentes de Protección del Sistema Judicial, de fecha 7 de octubre de 1999, donde se acordó: 1.- La suspensión de todos los jueces que tuvieran más de siete denuncias; 2.- La incorporación de suplentes sin proceso de selección. Se pretendió *depurar* el Poder Judicial con medidas aún más arbitrarias y abusivas que aquellas se suponían estaban combatiendo.

Un poco después el Tribunal Supremo de Justicia creó, mediante la Normativa sobre Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, en sesión plena del 02 de agosto de 2000, publicada en Gaceta Oficial de la República N° 37.014 del 15 de ese mismo mes y año la Comisión Judicial, órgano que asumió la designación de jueces que, posterior a un breve período de concursos, llegó a establecer de más de un setenta por ciento de jueces no

²⁷ Cfr. Ramírez López, Carlos. *El fruto del árbol envenenado*. La Constituyente como excusa para matar al Estado Democrático. Palibrio. 2015

titulares, que además eran removidos mediante un oficio dictado por la misma Comisión donde dejaba sin efecto su nombramiento²⁸.

Los concursos de oposición se realizaron entre los años 2000 y 2002, con base en normas dictadas por la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, denominadas *Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial*. El régimen aprobado estaba compuesto por dos elementos, a saber: 1) la evaluación de los jueces y 2) el concurso. Los jueces de la República debían ser evaluados en su desempeño, conforme a criterios fijados en tales normas. Si el resultado de la evaluación era positivo, el juez era ratificado en su cargo, cuando se tratara de jueces titulares que ya hubieran concursado durante la vigencia de la Constitución anterior; cuando el juez tuviera carácter provisorio, por no haber concursado, la evaluación positiva lo habilitaba para participar en el concurso. Los concursos de oposición también estaban regulados en dichas normas, y fueron organizados con participación de diversos sectores del país, incluyendo a profesores de Universidades públicas y privadas.²⁹

Dicho lapso a pesar de lo que le antecedió parecía reencaminar el proceso de institucionalización, pero el mismo duró poco, pues al final se dejaron de lado los concursos y quedaron instaurados dos órganos, por una parte la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial encargado de sancionar, en muchos casos con destitución a los pocos jueces titulares que había y se abrió paso a la designación de jueces provisorios, cuyo nombramiento no tenía estabilidad alguna, circunstancia que permitió el control absoluto del Poder Judicial. Y por otra parte, la Comisión Judicial que se encarga de nombrar jueces provisorios y dejaba sin efecto sus nombramientos sin necesidad de procedimiento disciplinario alguno; cuyos miembros en ambos casos era designados por el Tribunal Supremo de Justicia.

²⁸ Circunstancia que además era ratificada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que legitimaba la posibilidad de tal *remoción*. Lo que incluso fue conocido y anulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*).

Rafael Ángel Villavicencio Piña

Circunstancia reconocida por el Estado Venezolano en al presentar el informe en el caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*³⁰, relacionado en la sentencia que resolvió el caso, indicó que:

...el proceso de reestructuración del Poder Judicial venezolano, implicó la designación temporal de jueces y juezas, a los fines de cubrir los vacíos existentes, y garantizar la continuidad del sistema de administración de justicia y que estos jueces no titulares han sido designados de manera excepcional, mediante un acto emanado de la Comisión de Emergencia Judicial, de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia o de la sala plena del máximo tribunal, sin que se efectúe el concurso público de oposición.

Incluso la Sala Constitucional en sentencia número 2414, de 20 de diciembre de 2007, se indicó que la Comisión Judicial era un órgano de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, al que ésta le ha asignado la función de designar y remover jueces, pero siempre sujeta a la determinación de dicha Plena y ratificaba que en decisión número 01798 del 19 de octubre de 2004 había establecido que la Comisión Judicial era la representación abreviada de la totalidad de los miembros que componen el Tribunal Supremo de Justicia, legitimada para actuar por delegación en las tareas que le sean asignadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del amplio espectro que conlleva la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, que incluía el “ingreso y permanencia de los jueces”.

Dichas remociones de jueces provisorios atentan contra la independencia judicial, lo que ha sido destacado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas los Estados, que ha considerado que a los jueces provisorios debe otorgárseles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227. Párrafo 62.

remoción.³¹ Lo que igualmente sirve de sustento a la necesidad de una independencia en el Poder Judicial que se requiere en un futuro próximo.

Esta inestabilidad ha supuesto una actuación partidista de los jueces en general y un proceso de *depuración* hacia las personas que tienen actuación independiente, lo que ha supuesto dejar de lado requisitos legales para buscar la lealtad a quien designa en la Comisión judicial, que ha supuesto el inaceptable hecho que la mayoría de los jueces de los tribunales de la República desempeñan sus funciones en ausencia práctica, porque legal existe, de un régimen de carrera judicial que les asegure condiciones de ingreso, permanencia y retiro adecuadas y los proteja frente a las presiones extrañas a la función judicial.³²

Esta circunstancia fue destacada por Roche, Richter y Gruñón³³ quienes indican que en América Latina los sistemas de administración de justicia presentan serios problemas como su independencia frente al Estado, a los partidos políticos y grupos de presión; la falta de formación y calificación del personal; el procesamiento de las peticiones, por su lentitud y altos costos. Manifiestan con fundamento en encuestas realizadas que en países como Argentina, Brasil, Ecuador y Venezuela se ve una percepción negativa de entre el 55% y el 75% de la población tiene una percepción negativa del sistema de Justicia, y es Venezuela el país para ese momento con mayor percepción de negatividad, percepción de corrupción, costos e ineficiencia relacionada con su funcionamiento.

Esa necesidad de control de la Comisión judicial se vio ratificada cuando con el entrada en vigencia del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, que supuso la constitución de los Tribunales Disciplinarios, cuyos miembros igualmente eran ex diputados de la Asamblea Nacional por el Partido de gobierno, es decir, que se

³¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: *El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia*, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20

³² Brewer Carías, Allan. *Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela a doce años de vigencia de la Constitución de 1999*. Aciropol, Acceso a la Justicia, Funeda y Unimet, Caracas 2012

³³ Roche, Carmen; Richter, Jacqueline, Pérez Norma y Gruñón Alberto. *Proyecto: Las Voces de los pobres acerca de la justicia en Venezuela*. Asociación Civil Paz Activa. 2000 Consultada en: www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/gerencia_participacion2.htm.

Rafael Ángel Villavicencio Piña

autodesignaron; este órgano pretendió, en una pugna de poder, conocer los procedimientos judiciales de todos los jueces y la Sala Constitucional mediante sentencia número 516, de fecha 07 de mayo de 2013 al conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada interpuesta contra el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (publicado en la Gaceta Oficial N° 39.236, del 06/08/2009, reformado parcialmente mediante la Gaceta Oficial N° 39.493, del 23/08/2010), estableció como medidas cautelares innominadas y hasta tanto se citase sentencia definitiva de la causa (que a la fecha no ha ocurrido), suspendió el artículo 2 de dicho código, en cuanto a la referencia a jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión a esta categoría de jueces y juezas del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código, por no tratarse de jueces o juezas que hayan ingresado a la carrera judicial, correspondiéndole a la Comisión Judicial la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional. Lo que permitió mantener un régimen de supervisión y remoción inmediata de jueces, sin que medie procedimiento.

Visto lo anterior en cuanto a la estabilidad jurisdiccional, corresponde ahora analizar someramente los requisitos para ser juez, que no se han cumplido en el aspecto práctico, los mismos se encuentran contenidos entre la Ley de Carrera Judicial y las referidas normas dictadas por la Comisión de Funcionamiento en *Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial*; pero que a final de cuentas contienen la misma regulación, dividiendo los escalafones en tres: A (Jueces Superiores), B (jueces de Primera Instancia) y C (jueces de Municipio); donde el último es el de más bajo nivel estructural; y para ese se requiere: 1. ser venezolano, 2. expedido por universidad venezolana o universidad extranjera, debidamente revalidado para el ejercicio de la profesión.³ Estar debidamente inscrito tanto en el Colegio de Abogados respectivo, como en el Instituto de Previsión Social del Abogado, y presentar la respectiva solvencia, 3. de conducta intachable y reconocida moralidad, 4. mayor de veinticinco años de edad, 5. estar en el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos; 6.

haber ejercido la profesión de abogado durante tres años comprobados como mínimo, 7. o haber aprobado curso de postgrado en materia jurídica.

Asumir el compromiso de abstenerse de realizar activismo político, partidista, sindical y gremial y no estar afiliado a partidos políticos al tomar posesión del cargo. 8. Autorizar la investigación periódica de su patrimonio. 9. Presentar declaración del Impuesto sobre la Renta del ejercicio inmediatamente anterior. 10. Presentar la última declaración jurada de patrimonio, en caso de haber desempeñado previamente un cargo público. 11. Poseer habilidades en la operación de medios informáticos. 12. Haber sido declarado apto en la evaluación médica y psicológica. 13. Aprobar el concurso público de oposición

Seguidamente, en su segundo aparte del mismo artículo, se establece que también se podrá ingresar a la Carrera Judicial, admitidos en el concurso para las categorías “A” y “B”, los cuales son como jueces de las Cortes de Apelaciones o Juzgados Superiores y jueces de Primera Instancia, respectivamente, debiendo tener además de los requisitos para los jueces de primera instancia una variación en la edad que debe ser mayores de treinta años, 3. sean autores de trabajos jurídicos valiosos o profesores universitarios de reconocida competencia, 4. o sean abogados con diez años de ejercicio comprobado; 5. o defensores públicos o fiscales del Ministerio Público con no menos de seis años de servicio.

Dichas exigencias tienen su base en el ideal de juez es una persona, independiente, recta, ética, justa, imparcial con conocimientos jurídicos, que supone 2 clases de requisitos unos éticos y otros profesionales. Los éticos son cualidades internas, de difícil medición, suponen de antemano que no tenga parcialidades o compromisos con factores sociales que afecten su rol, aunado a una voluntad de ejercer de forma ética (tal vez la determinación más difícil de realizar); es decir, un individuo que no tenga precedentes que lo aten de tal manera que se encuentre comprometido durante su ejercicio, y que pueda sin dificultad, al iniciar su función jurisdiccional decidir sólo con base en el derecho.

Existen ciertos aspectos que pueden medirse, aunque sean subjetivos por ejemplo a través de la ausencia de antecedentes penales por delitos dolosos, o más relacionados con

Rafael Ángel Villavicencio Piña

su reputación en el mundo jurídico, donde pueden observarse publicaciones realizadas, que la ley por lo general categoriza como respetabilidad o reconocimiento en el foro.

De igual forma los requisitos objetivos se refieren a circunstancias comprobables en su aspecto externo como estudios, antigüedad bien como abogado en ejercicio o en determinado cargo; edad, mencionar algunos. Como puede verse sin caer en teorías contextualistas, no hay un modelo único; pero las disposiciones normativas y la práctica deben aspirar pasar a quien aspira a ser juez por el tamiz evaluativo que permita la determinación de que quien ejercerá ese cargo, no se verá afectado por factores externos, y además que cumple con los requisitos académicos necesarios para ejercer esta función; no puede pasar desapercibido que el juez es quien decide casos en la práctica donde están dos abogados, que categorizaremos como excelentes y que él debe erigirse como el mejor entre ellos, para poder solucionar los planteamientos de manera que satisfaga los requisitos de legitimidad.

Esta realidad supone una necesidad de apego a las normas vigentes y eliminar las influencias que afectan la carrera judicial desde su designación, que debe atender a un concurso y a obtener la titularidad del cargo, distinto a lo que sigue ocurriendo en la actualidad, conforme a esta realidad, de seguidas se harán las propuestas base para la reinstitucionalización del Poder Judicial.

PROPUESTA DE REINSTITUCIONALIZACIÓN

Diagnóstico

De lo expuesto se observa que actualmente el Poder Judicial de Venezuela es una rama protectora de las actuaciones del Ejecutivo, que devino de un proceso de apoderamiento progresivo, con un irrespeto a la normativa vigente tanto constitucional como legal; creando instancias contrarias al ordenamiento jurídico que han permitido tener a los jueces en general con una dependencia absoluta vertical interna a las autoridades del Poder Judicial y un control absoluto del Ejecutivo sobre el Tribunal Supremo de Justicia. A

lo cual debe agregarse una corrupción generalizada, y que justamente estos jueces sean los que tienen mayor posibilidad de estabilidad en sus cargos.

Las mejoras que deben hacerse para apoyar la independencia del Poder Judicial pasan por varios particulares, que deben ser analizados a la brevedad, los cuales afectan tanto a magistrados como a jueces de instancia. Estos son: 1) el establecimiento de salarios altos e incentivos; 2) requisitos de ingreso basados fundamentalmente en parámetros objetivos primordialmente; 3) transparencia y publicidad de todo el proceso; 4) estabilidad en el cargo, 5) rotación periódica irrenunciable de autoridades; 6) formación constante.

Salarios

Lo primero que se considera necesario se ubica incluso antes del inicio de la carrera judicial, tiene que ver con el salario, que debe ser alto, a nivel de un exitoso abogado en ejercicio, que cumpla con los requisitos que se exigen para el ejercicio del cargo; por ejemplo en un extremo un abogado de 3 años de graduado en el caso de los jueces de municipio y, por el otro, un abogado de 15 de graduado, con doctorado, en el caso de los magistrados; pues de lo contrario no será atractivo para los mejores, debido a que si bien la judicatura supone una vocación, es necesario que quienes consideren asumir este importante rol en la sociedad vean, en esta posibilidad un estándar de vida adecuado. Vinculado con lo anterior a fin de lograr una competencia sana entre los juzgados debe evaluarse el rendimiento de diversos factores, tales como asistencia perfecta, causas decididas que implique un ejercicio constante de celeridad procesal, que no obvie por supuesto la calidad; todo lo cual suponga en un incentivo al rendimiento excelente, pero que tenga que ver con una competencia individual que estimule la excelencia³⁴.

Requisitos de ingreso

³⁴ En Chile existe un sistema de bonificaciones anual si el tribunal ha cumplido con las normas establecidas por la Corte Suprema, la Ley enfatiza la medición objetiva de plazos, y si en forma individual obtienen una puntuación que está dentro del 75% superior del personal evaluado en su respectivo nivel. Cfr. Popkin, Margaret. *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en America Latina: una perspectiva comparativa*, en: *Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*. Washington DC: USAID, 2002. Pag 199.

Rafael Ángel Villavicencio Piña

El segundo aspecto, se refiere a requisitos de ingreso basados fundamentalmente en criterios objetivos, para así evitar intervenciones indebidas en la selección; los procesos de selección establecen dos clases de requisitos que se relacionan con un extremo formal académico y profesional, con otro moral y ético; en cada caso debe buscarse que se determinen aspectos que puedan ser determinados de forma objetiva, sobre todo para evitar manipulaciones del proceso y la fijación del valor ponderativo de cada uno previo al proceso y se determine de forma pública, lo que conecta con el requisito de publicidad que se detallará más adelante.

Así, por ejemplo, debe otorgarse un peso a cada estudio de postgrado, y si es más valioso un estudio relacionado con el cargo al cual postula, y que en caso de los requisitos éticos se requiera por ejemplo que la persona no tenga antecedentes penales por delitos dolosos, con una sentencia definitivamente firme o no tener sanciones disciplinarias previas. Lo que permita a todos los ciudadanos revisar el perfil que más se ajusta al cargo al que postula, esto fundado en que también es conocido el hecho de manipulaciones a que pudiera ser objeto el proceso ponderativo del concurso y lo que se debe es precisamente buscar depurar este proceso de manejos por factores de poder, sean estos de cualquier índole.

En el caso particular de los procesos relacionados con los magistrados se indica, en el actual proceso, que el baremo lo determina el Comité de Postulaciones, circunstancia que no parece correcta porque abre la puerta a una determinación subjetiva del baremo según cómo se constituya el Comité y permite una posible manipulación del proceso, dicho baremo, debe para cumplir con la constitución estar desarrollado claramente en una Ley Orgánica. En este particular, con relación a los magistrados debe el baremo atender a criterios de antigüedad, publicaciones, libros, artículos especializados, estudios de postgrado y aquellos vinculados con el área que postula, calificaciones, experiencia docente. La constitución coloca tres géneros de postulantes: académico, de carrera judicial y abogado en ejercicio. Lo ideal es que a cada uno tenga iguales posibilidades atendiendo a su trayectoria, pues cada uno tendrá ventajas relativas a la forma cómo ha ejercido, contando además que puede haber postulantes mixtos, es decir que por ejemplo siendo

jueces también den clases, que está excluido dentro del presupuesto constitucional al solicitar que el profesor sea titular.

Así mismo, en el caso de los jueces, la ley establece los requisitos pero no detalla la ponderación que se otorga a cada uno, lo que es una debilidad evidente del proceso, pues en definitiva será establecido por el jurado de cada caso, lo que afecta la transparencia³⁵, se debe fijar al igual que en el caso anterior un baremo claro del peso de los requisitos exigidos, para que exista un control de las exigencias de parte de los postulantes antes del concurso, y de la sociedad en general, con lo que se evita la manipulación de resultados que ha sido una constante en los pocos lugares donde se han realizado concursos jurídicos en Venezuela.

En este estado es necesario traer a colación otro aspecto conectado con esto y es el relativo a la forma de establecer el mecanismo de selección que puede ir desde la elección popular (partidista o apartidista); a través de la designación por el Ejecutivo a propuesta de un comité de postulación; por medio del nombramiento por el Ejecutivo a partir de candidatos propuestos por una comisión de postulación, con confirmación del Legislativo; por mencionar algunos. En Venezuela, en el caso de los magistrados, se estableció un proceso que inicia por un Comité, que sirve de primer filtro a las postulaciones, luego pasa por un segundo escalón del Poder Moral, y concluye con una evaluación del Poder Legislativo para la designación final.

Es necesario destacar que la forma de comprender y superar los errores históricos en Venezuela supone alejar de la designación de los magistrados la partidización del proceso y de otros factores de poder; y en este sentido tiene toda la razón la creación del Comité; pero hay una falla, cuando a la luz de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dicho Comité está constituido en su mayoría por diputados de la Asamblea Nacional, lo que incumple el deber de participación de la ciudadanía y desdibuja el propósito constitucional;

³⁵ Esto es de vital importancia para evitar incluso que los concursos se desvirtúen como ocurrió por ejemplo en República Dominicana, donde se procuró hacer una reestructuración general de jueces, como es probable que ocurra en la reinstitucionalización de Venezuela; pero debido al volumen en aquel país se realizaron evaluaciones superficiales que consistían por ejemplo en hacer a cada candidato 3 o 4 preguntas. Cfr. Margaret Popkin. *Idem*.

Rafael Ángel Villavicencio Piña

pues al establecerse un Comité precisamente se buscaba alejar al Poder Legislativo de esta fase, con el objeto de evitar la intervención partidista en el proceso, o al menos disminuirla.

A fin de dar cumplimiento al mismo se propone modificar la ley, en procura de un jurado calificado de académicos, preferiblemente decanos de facultades; abogados en ejercicio, que cumplan con los requisitos del cargo al que se postula el magistrado (deben tener una condición similar a quien evalúan); que puede realizarse a través de los colegios de abogados; un magistrado jubilado o de mayor antigüedad en caso de no haber jubilado, de la respectiva Sala del Tribunal Supremo de Justicia.

En el caso de los jueces igualmente debe establecerse una forma de participación de la ciudadanía, a través de órganos especializados, que procuren imparcialidad y búsqueda de los mejores, igualmente con académicos, abogados en ejercicios, preferiblemente de otras circunscripciones, atendiendo a la búsqueda de los más antiguos dentro de los especialistas en el área de que se trate, mediante listas, previamente presentadas a la respectiva sala del Tribunal Supremo de Justicia para la convocatoria o del Presidente o Coordinador del Circuito, que debe recordarse sólo cumple un papel de convocatoria y supervisión de la transparencia del proceso.

Transparencia y publicidad

Así igualmente debe cumplirse con los principios de transparencia y publicidad, para lograr que estos procesos de selección cumplan su objetivo es necesario que exista transparencia en los datos utilizados, lo que se vincula con el establecimiento previo al proceso del baremo, y el conocimiento público de cada candidato, su hoja de vida e historial, con una participación activa de la prensa a fin de que se difundan todas las perspectivas de los postulados, se promueva el debate y se exija la transparencia, a lo que se debe añadir la constante formación y creación de conciencia pública de parte de la ciudadanía de lo relevante de las designaciones judiciales.

Estabilidad en el cargo

El siguiente aspecto es la estabilidad en el cargo, en el caso de los magistrados tiene una duración de doce años, y en el caso de los jueces la designación es hasta la fecha de su jubilación; el detalle está en el establecimiento de causales disciplinarias objetivas que eviten al juez ser penalizado por acciones inherentes al ejercicio de su función en el marco de la interpretación y aplicación del derecho; tal como ha ocurrido en no poca ocasiones, donde por ejemplo se sanciona a un juez por una decisión casada en el Tribunal Supremo de Justicia, donde incluso hubo votos salvados en la alzada que compartían el criterio del juez destituido³⁶.

Debe darse un procedimiento administrativo con todas las garantías que impone el debido proceso y con la aplicación de los respectivos principios del derecho administrativo sancionador como lo es por ejemplo el derecho a presunción de inocencia. Y a lo que debe apuntarse es a la implementación de investigaciones que procuren desmontar el hecho conocido en la práctica, de las mafias que han ocurrido por años donde algunos jueces trabajan en complicidad con escritorios jurídicos, donde favorecen por subterfugios a determinadas partes, es a estos hechos de corrupción donde se debe colocar el mayor ímpetu de investigación y complementarlo con la función revisora de la inspectoría de tribunales; pero debe atenderse a un Poder Judicial donde los jueces con miedo sean los corruptos y quienes actúen apegados a derecho tengan plena conciencia de su libertad de acción con estricto apego a la ley y al derecho.

Rotación periódica irrenunciable de autoridades

Este aspecto sobresale a fin de evitar que determinadas personas se prolonguen en el ejercicio de cargos administrativos que terminan constituyéndose en formas de supervisión vertical de los demás jueces, en lo normativo estas previsiones se encuentran, pero en la práctica no ocurre; existen diversos casos notorios como la presidente del Tribunal Supremo de Justicia entre los años 2007 y 2013, y muchos casos más donde el deber ser es la rotación, y esta no ocurre, proceso que además debe atender a criterios objetivos en orden por ejemplo de antigüedad.

³⁶ Ver decisión N° 0064-2010 de fecha 10 de mayo de 2010, dictada por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Formación constante

Por último, está la formación, el Poder Judicial debe atender a una formación integral del juez, pues si lo que se busca es la excelencia, debe ser parte de su trabajo la formación; aunado a que la falta de capacitación adecuada produce inseguridad³⁷, debido a que es importante que el juez se mantenga actualizado y que sea parte de su día a día el conocimiento de sentencias internacionales relevantes, teorías del derecho, avances académicos que incluso se realicen en colaboración con las universidades; que le permita el desarrollo integral en áreas como la ética y el conocimiento de la relevancia práctica de su papel en la sociedad³⁸.

³⁷ Cfr. Popkin, Margaret. *Idem.* p. 193

³⁸ Cfr. Onfray Vivanco, Arturo Felipe. *Ética Judicial y Capacitación de Los Jueces.* En la Revista de Derecho, N° 27, 2012. pp. 9-32

CONCLUSIONES

La independencia es un principio que procura la atomización del poder, que no existan factores que puedan interferir en la actuación del juez, cuya actuación únicamente debe atender al derecho y al contenido del expediente, al principio debe materializarse desde antes de la designación del juez y durante toda su carrera judicial. Históricamente en Venezuela no ha existido un Poder Judicial verdaderamente independiente, pues se ha caracterizado en un factor de resguardo de caudillos, dictadores, y durante la breve democracia se vio afectada por intereses partidistas.

Es generalizada la falta de legitimidad del Poder Judicial para con la ciudadanía y esto deviene entre otras cosas de los factores antes mencionados y al desarrollo de mafias judiciales con notoriedad social. Se necesita que la reinstitucionalización del Poder Judicial atienda a garantizar la independencia de los jueces mediante la selección de los mejores, que debe suponer sueldos altos, la determinación previa de los elementos para la selección, que deben atender a criterios objetivos, desde un punto de vista profesional y ético, ponderados con antelación a los procesos vía Ley orgánica, que dicho proceso sea público, transparente y con participación de la ciudadanía.

Eliminar los supuestos en blanco sancionatorios de destitución e incrementar los mecanismos de investigación contra formas de crimen organizado a fin de que quienes sientan miedo sean los corruptos y no los jueces que cumplen sus funciones; aunado a facilitar una constante formación integral de los jueces.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, Juan. *La división de poderes debilita al estado*. El Universal, Caracas 5 de diciembre de 2009, extraído de: http://www.eluniversal.com/2009/12/05/pol_art_morales:-la-divisio_1683109.shtml.
- ANDRÉS, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT, Bogotá, 2011.
- AYALA CORADO, Carlos y Casal, Jesús María. *La Evolución Político-Institucional De Venezuela 1975-2005*. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, pp. 435-499. Extraído de : <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v6n2/art14.pdf>
- BARTOLE, Sergio (2008): *Il potere giudiziario*. Bolonia, Il Mulino.
- BASABE-SERRANO, Santiago y Curvale, Carolina. *Política y Gobierno*. Polít. gob vol.23 no.2 México jul./dic. 2016. Consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372016000200279
- BREWER CARÍAS, Allan. *Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela a doce años de vigencia de la Constitución de 1999*. Aciempol, Acceso a la Justicia, Funeda y Unimet, Caracas 2012
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*. UNAM, México. 2002.
- BRITO GONZÁLEZ, José. *Consideraciones acerca de la idea y concreción del Consejo de la Judicatura en el marco del Estado contemporáneo*, en *Politeia*, 7, Caracas. 1978
- CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; Herrera Orellana, Luis; Rodríguez Ortega, Rosa y Graterol Stefanelli, Giuseppe. *El TSJ al servicio de la Revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*. Editorial Galipán. 2014
- CONSTANT, Benjamín. *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989
- CHACÍN FUENMAYOR, Ronald. *El nuevo autoritarismo latinoamericano: Un reto para la democracia y los derechos humanos (análisis del caso venezolano)*. Estudios constitucionales vol.17 no.1 Santiago jul. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100015>.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995

NIETO, Alejandro. *Testimonios de un jurista (1930-2018)*, Global Law Press-INAP, 2018

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: *El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia*, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20

NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990.

Observatorio Venezolano de Justicia, *¿Cuánto dura un Magistrado del tribunal Supremo de Justicia?*. Extraído de <https://www.accesoalajusticia.org/estudio-de-acceso-a-la-justicia-sobre-el-tiempo-de-duracion-de-los-magistrados-del-tsj/>

ONFRAY VIVANCO, Arturo Felipe. *Ética Judicial y Capacitación de Los Jueces*. En la Revista de Derecho, N° 27, 2012. pp. 9-32. Extraído de: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/e9a18828-c9a7-4b35-930b-94d501c2ebbe/rev+27+03+etica+judicial+y+capacitacion+de+los+jueces.pdf?MOD=AJPERES>

PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *La organización del Estado en el siglo xix en Venezuela (1830-1899)*, en Politeia, 14, Caracas. 1990.

PEREZ PERDOMO, Rogelio. Medio Siglo de historia Judicial en Venezuela (1952-2005). Cuadernos Unimetanos 11 / septiembre 2007. Consultado en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET_2007_11_3-24.pdf

PIZZORUSSO, Alessandro (1990): *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema político e istituzionale* (Turín, Einaudi).

POPKIN, Margaret. *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa, en: Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*. Washington DC: USAID, 2002

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Justicia y Gobernabilidad. Venezuela: una reforma judicial en marcha, Editorial Nueva Sociedad, Caracas 1998, pp. 143.

- QUINTERO, Mariolga (1988): Justicia y realidad, UCV, Caracas
- RAMÍREZ LÓPEZ, Carlos. *El fruto del árbol envenenado*. La Constituyente como excusa para matar al Estado Democrático. Palibrio. 2015
- ROCHE, Carmen; Richter, Jacqueline, Pérez Norma y Gruñón Alberto. *Proyecto: Las Voces de los pobres acerca de la justicia en Venezuela*. Asociación Civil Paz Activa. 2000 extraída de: www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/gerencia_participacion2.htm
- ROCHE, Carmen; Richter, Jaqueline y Pérez, N.: *Los excluidos de la justicia en Venezuela*, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.
- REVENGA, M. Independencia y responsabilidad del juez; dos valores enfrentados. El reciente debate italiano", *Poder Judicial*, 2a. época, núm. XIV, 1989.
- SALINAS RIVERA, Alejandro y Andreu Guzmán, Federico Comisionado (Chile) y Representante para Suramérica de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ). *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: Un instrumento del Poder Ejecutivo*. Extraído de: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/09/Venezuela-Tribunal-Supremo-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-SPA.pdf> ;
- TARRE BRICEÑO, Gustavo. *Solo el poder detiene al poder. (La teoría de la separación de los poderes y su aplicación en Venezuela)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p.329

Normas

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, núm. 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Asamblea Nacional Constituyente francesa.1789.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Gaceta Oficial N° 37.942, mayo 20, 2004
- Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. Naciones Unidas. Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de

13 de diciembre de 1985

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ONU: Asamblea General, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171.

Ley de Universidades. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.429 Extraordinario de fecha 8 de septiembre de 1970.

Normativa sobre Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, en sesión plena del 02 de agosto de 2000, publicada en Gaceta Oficial de la República N° 37.014 del 15 de ese mismo mes y año la Comisión Judicial.

Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. Gaceta Oficial N° 36.910 de fecha 14 de marzo de 2000

Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (publicado en la Gaceta Oficial N° 39.236, del 06/08/2009, reformado parcialmente mediante la Gaceta Oficial n.º 39.493, del 23/08/2010),

Sentencias

Sentencia N° 17, Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, enero 19, 1999.

Sentencia Asunto María Lourdes Afiuni. Corte Interamericana de Derechos Humanos, diciembre 10, 2010. Extraído de: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/Afiuni_se_01.pdf

Sentencia Trump v. Hawai ,N°17-965, 585 EE.UU. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. (2018). Extraído de: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965_h315.pdf

Sentencia caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Caso), agosto 5, 2008 extraído de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

Sentencia Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, julio 01 de 2011. Serie C No. 227. Párrafo 62. Extraído de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf.

Sentencia. 2414 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, diciembre 20 de 2007.

Sentencia N° 01798, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, octubre 19 de 2004

Sentencia N° 0064-2010 Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del

Rafael Ángel Villavicencio Piña

Sistema Judicial, mayo 10 de 2010.
Sentencia 516 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mayo 7 de,
2013

LA EXIGENCIA DE VISA COMO UNA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS REFUGIADOS VENEZOLANOS

Carlos Rodríguez Pérez

Abogado e investigador en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen

En los últimos años se ha observado una constante y masiva salida forzada de venezolanos como consecuencia de la falta de alimentos, medicinas, la situación económica y laboral, inseguridad, violencia y persecución política. En virtud de ello, el ACNUR ha señalado que la mayoría de estas personas son refugiadas, con base en los criterios establecidos en la Declaración de Cartagena. Entre 2017 y 2019, Ecuador, Perú, Chile, República Dominicana, Panamá, Guatemala y Honduras impusieron la exigencia de visa en el pasaporte a los ciudadanos venezolanos como mecanismo de contención de la llegada masiva. A su vez, estas medidas se han constituido en una barrera para la reunificación familiar.

Palabras clave: Venezolanos, refugiados, exigencia de visa, derecho a la unidad familiar.

THE VISA REQUIREMENT AS A VIOLATION OF THE RIGHT TO FAMILY UNITY OF VENEZUELAN REFUGEES

Abstract

In recent years there has been a constant and massive forced departure of Venezuelans as a result of the lack of food, medicine, the economic and labor situation, insecurity, violence and political persecution. Under this, UNHCR has noted that most of these people are refugees, based on the criteria set out in the Declaration of Cartagena. Between 2017 and 2019, Ecuador, Peru, Chile, the Dominican Republic, Panama, Guatemala and Honduras imposed the visa requirement in the passport to Venezuelan citizens as a means of containing the mass arrival. In turn, these measures have become a barrier to family reunification.

Keywords: Venezuelans, refugees, visa imposition, rights to family unity.

INTRODUCCIÓN

Producto de la migración forzada de venezolanos muchos países han impuesto barreras para contener la llegada masiva de estas personas a su territorio. Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú y República Dominicana sólo permiten el ingreso y residencia de ciudadanos venezolanos que cuenten con visa en su pasaporte.

En virtud de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que experimenta Venezuela, las personas nacionales o que residían en este país se han visto forzados a huir como mecanismos de protección a su vida, libertad y seguridad¹. Por ello, el ACNUR ha establecido que los venezolanos son personas con necesidad de protección internacional y exhortó a los países receptores a reconocerles el estatus de refugiado².

La imposibilidad para acceder a documentos de viaje y la exigencia de visa puede limitar, en algunos casos, la unidad familiar de los refugiados venezolanos con los miembros de su familia dejados en Venezuela o terceros países. El presente artículo tiene como objetivo analizar los casos en que estas medidas pudieran constituir una vulneración a este derecho.

I. PERSONAS CON NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

En el presente capítulo se hace necesario revisar la definición de personas con necesidad de protección internacional, las distintas definiciones de refugiados y el régimen de protección internacional aplicable.

Definición de Personas con Necesidad de Protección Internacional

¹OACNUDH, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Bolivariana de Venezuela (A_HRC_41_18_SP)*, 4 de julio de 2019, edición Word, párr. 70, https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx

²ACNUR, *Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I*, 21 mayo 2019, edición PDF, párr. 5, pág. 1-2, <https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>

La Oficina de Naciones Unidas para los Refugiados señala que la necesidad de protección internacional surge en el momento en que una persona se encuentra fuera del territorio de su país y no puede regresar a él porque su vida, libertad o integridad física estaría en riesgo producto de la negativa o incapacidad de este para protégela³.

Definición tradicional de Refugiado

En 1951 fue establecida la definición tradicional de refugiado, la misma está consagrada en el artículo 1, sección A, párrafo 2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. A los efectos de esta, se considera como tal a toda persona

(...) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.⁴

En ese mismo orden de ideas, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados establece en su artículo 1:

A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término «refugiado» denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras «como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y...» y las palabras «...a consecuencia de tales acontecimientos», que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.⁵

El Protocolo de 1967 viene a eliminar las limitaciones temporales establecidas en la Convención de 1951. En virtud de ello, se puede concluir que la definición tradicional de refugiado quedó delimitada como toda persona *que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo*

³ACNUR, *Personas que necesitan protección internacional*, junio 2017, edición PDF, <https://www.refworld.org/es/docid/597a654a4.html>

⁴Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 julio 1951, <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>

⁵Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 31 de enero de 1967, <https://www.refworld.org/es/docid/4c064d922.html>

Carlos Rodríguez Pérez

social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Definición ampliada o regional de Refugiado

Por su parte, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) consagra la definición regional de refugiado. Dicho tratado establece con carácter vinculante que

El término «refugiado» se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.⁶

Esta definición es aplicable a todos los países del África que la hayan suscrito y ratificado. Este tratado sirvió de inspiración a la Declaración de Cartagena, instrumento de carácter, en principio, no vinculante aplicable en el continente americano.

En 1984 fue adoptada la Declaración de Cartagena. Este instrumento establece en su conclusión tercera que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, el precedente de la Convención de la OUA y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por refugiado no solo debe entenderse a aquella persona que reúna los criterios establecidos en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, sino también a la que haya huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los

⁶Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, 10 septiembre 1969, art. 1, <https://www.refworld.org/es/docid/50ac934b2.html>

Carlos Rodríguez Pérez

derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público⁷.

Si bien la Declaración de Cartagena, en principio, no es jurídicamente vinculante, también es cierto que la misma puede serlo por, al menos, 3 vías a saber: incorporación a la legislación interna, tal como es el caso de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay⁸, ya que puede ser exigida ante la autoridades judiciales o administrativas, según sea el caso; por costumbre regional; y a través del control de convencionalidad.

En lo que se refiere a la legislación, Costa Rica, Cuba, Panamá y República Dominicana no han incorporado en sus leyes nacionales la definición de refugiado establecida en la Declaración de Cartagena, a pesar de que Panamá y Costa Rica fueron 2 de los 10 países que propusieron la utilización de esta a nivel regional⁹. En Costa Rica la misma ha sido aplicada mediante la jurisprudencia de los altos tribunales del país y en la práctica administrativa¹⁰.

En lo respecta a Declaración de Cartagena como costumbre regional, para que una costumbre se considera fuente del derecho internacional cuando esta cumple con dos requisitos a saber: 1) debe ser un práctica común y reiterada de los estados y; 2) aceptada como derecho¹¹. Ambos requisitos deben darse para que se configure una norma consuetudinaria. En el caso de la costumbre regional se deben cumplir estos dos elementos, pero con la particularidad de que el primero se dé solo *entre los Estados concernidos*¹².

⁷Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", 22 noviembre 1984, <https://www.refworld.org/es/docid/50ac93722.html>

⁸ACNUR, *Cuadro N.º 1. Definición de refugiados (Cartagena) Países de América Latina que la han incorporado a su legislación Nacional (Por orden cronológico)*, junio 2017, edición PDF, <https://www.refworld.org/es/docid/59c29a094.html>

⁹Juan Ignacio Mondelli, "La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el Derecho Internacional", *Revista Temas de Derecho Constitucional de la Corte Constitucional de Colombia 1* (2019), edición PDF, pág. 45 y 47, <https://www.refworld.org/es/docid/5f3c055d4.html>

¹⁰Ibidem, 45-47.

¹¹Ibidem, 31.

¹²Ibidem, 34.

Carlos Rodríguez Pérez

Para la doctrina, el hecho de que 15 países de la región hayan incorporado en su legislación la definición contenida en la Declaración de Cartagena, tribunales internos la han utilizado para justificar sus decisiones, organismos internacionales (tales como el ACNUR, Asamblea General de Naciones Unidas, OEA, CIDH, entre otros) y estados reconozcan la importancia de esta y lo útil que ha sido para resolver crisis de afluencia masivas de refugiados en la región, que la misma se haya convertido en una práctica jurídicamente vinculante aceptada y aplicada por la mayoría de los países de nuestra región, permiten sostener que esta norma cumple con los elementos para ser calificada como costumbre regional¹³.

Al respecto, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece que la costumbre internacional es fuente del derecho internacional¹⁴, mientras que, también, los es la costumbre regional por interpretación de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹⁵.

En consecuencia, la Declaración de Cartagena es obligatoria para Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, ya que cumplen con los elementos precisados por la CIJ para ser costumbre regional¹⁶.

Con relación al control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que cualquier autoridad estatal, de oficio, dentro del ámbito de sus competencias, debe verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la jurisprudencia e interpretación que dicho tribunal ha realizado sobre este instrumento y los tratados interamericanos en los que el estado sea parte¹⁷. Su finalidad es suprimir las normas internas que contradigan a la CADH o propiciar una interpretación de las normas internas

¹³Ibidem, 35-44.

¹⁴Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/>

¹⁵“Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, Judgment (International Court

of Justice: 13 de julio de 2009), en: Juan Ignacio Mondelli, “La obligatoriedad de la...”, 34.

¹⁶Juan Ignacio Mondelli, “La obligatoriedad de la...”, 52.

¹⁷Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia N°7: Control de convencionalidad*, edición PDF, pág. 6, 10 y 11, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Carlos Rodríguez Pérez

conforme a esta¹⁸. Dicho control está consagrado en el artículo 2 de la CADH y, junto con la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, es una obligación de los estados partes¹⁹.

En la OC-21/14, la Corte IDH interpretó que el derecho a buscar y recibir asilo, consagrado y reconocido en los artículos 22.7 y XXVII de la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, respectivamente, se refiere a las definiciones de refugiados contenidas en la Convención sobre los refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como a la definición ampliada de la Declaración de Cartagena²⁰. En virtud de ello y visto que el control de convencionalidad es una de las obligaciones de los estados parte, todos los países que han ratificado la CADH tienen el deber de aplicar la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena cuando proceda, en aras de garantizar este derecho, ya que así lo ha interpretado la Corte.

En virtud de todo lo anterior, si bien la naturaleza jurídica de Declaración de Cartagena es la de un instrumento no vinculante, también es cierto que la misma tiene fuerza obligatoria para los estados de la región por las razones antes esgrimidas y, en consecuencia, deben aplicarla y las personas que cumplan con los criterios que ella establece les asiste el derecho de exigirles que le reconozca su condición con fundamento en la misma. De no ser así, lo estados comprometerían su responsabilidad por violación de su propia ley, para el caso de los países que la incorporaron en su legislación, o por violación del derechos internacional, ya que se estaría violando una costumbre regional y/o incumpliendo la obligación de respetar, garantizar y adoptar disposiciones de derechos interno para asegurar el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, incluido el asilo, reconocidos en la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Artículo 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 agosto 2014, párr. 78-79, pág. 31, <https://www.refworld.org/es/docid/54129da94.html>

Carlos Rodríguez Pérez

En otro orden de ideas, todas estas definiciones de refugiados no son excluyentes entre sí, tienen carácter complementario, es decir, si una persona no es refugiada conforme a la definición establecida en la Convención o el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, puede serlo bajo la Declaración de Cartagena o de la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA).

La condición de refugiado es adquirida por una persona desde el momento mismo en que reúne los presupuestos fácticos establecidos en alguna de las normas antes señaladas, independientemente de si el país receptor le reconoce o no la condición²¹. Ello obliga a los países a abstenerse de impedirles el acceso al territorio, deportarlos, extraditarlo, expulsarlos o devolverlos a un país donde su vida, libertad, integridad o seguridad este en riesgo²².

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados ha delimitado la diferencia entre refugiado y migrante económico:

Contrariamente a los migrantes, los refugiados no eligen dejar su país, sino que se han visto obligados a hacerlo. Los migrantes económicos son personas que abandonan su país de origen únicamente por razones económicas, para mejorar sus condiciones de vida. La diferencia fundamental entre migrantes económicos y refugiados es que los primeros disfrutan de la protección de su país de origen, mientras que los refugiados no. Los migrantes económicos no cumplen con los criterios que determinan la condición de refugiado y, por lo tanto, no pueden beneficiarse de la protección internacional como refugiados.²³

²¹Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, párr. 145, <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fcd928.html>

²²Véase: los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 2 de la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) y conclusión quinta de la Declaración de Cartagena sobre refugiados.

²³Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), “Reconocer a los refugiados”, en *Protección de los refugiados: Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*, 1 diciembre 2001, edición PDF, pág. 41-62, <https://www.refworld.org/es/docid/57f76b071b.html>

Carlos Rodríguez Pérez

Además, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) excluye de la definición de refugiado a aquellas personas sobre la cual exista fundado temor de²⁴

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.²⁵

En virtud de lo anterior, quienes reúnan los requisitos para ser refugiado, sea en los términos la Convención sobre el Estatuto de los refugiados y su Protocolo, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) o la Declaración de Cartagena, no pueden ser deportados, extraditados, rechazados o inadmitidos en las fronteras, o devueltos a su país de origen o a cualquier otro donde su vida, libertad y seguridad peligren. Estas personas huyen de manera forzada debido a que su estado no les ofrece protección. Por último, quedan excluido de este régimen de protección los responsables de violaciones de derechos humanos, criminales de guerra y delincuentes.

Personas con Derecho a Protección Subsidiaria

En el ámbito de la Unión Europea, son personas con derecho a protección subsidiaria los nacionales de terceros países o apátridas que no cumplen con los requisitos para ser refugiados, conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, pero que tampoco pueden ser excluido de la protección internacional porque guardan “(...) *motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves*”.²⁶

²⁴Véase: el artículo 1, literal f y el artículo 1, numeral 5 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA), en ese orden.

²⁵Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 1, literal f.

²⁶Directiva 2011/95/UE, 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección

Constituye daño grave:

a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.²⁷

Por último, en su artículo 20 y 21 la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo establece que los refugiados y las personas nacionales de terceros países o apátridas con derecho a protección subsidiaria no podrán ser devueltos a un país donde su vida, libertad o seguridad estén en riesgo²⁸.

II. CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN FORZADA DE VENEZOLANOS

Causas de la migración forzada de personas venezolanas

En los últimos 5 años se ha observado un flujo constante y masivo de venezolanos saliendo de su país²⁹, a tal punto que se ha convertido en la segunda mayor crisis migratoria a nivel mundial, superada sólo por la migración forzada de personas de nacionalidad Siria.

Venezuela experimenta una crisis de violaciones masivas y sistemática de derechos humanos, tanto de derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos civiles y políticos.

En materia de derechos civiles y políticos, la situación se caracteriza por la criminalización de las protestas por las exigencia de derechos; detenciones arbitrarias,

internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), art. 2, literal F, <https://www.boe.es/doue/2011/337/L00009-00026.pdf>

²⁷Directiva 2011/95/UE, artículo 15.

²⁸Artículo 20: “2. *El presente capítulo se aplicará tanto a los refugiados como a las personas con derecho a protección subsidiaria, salvo indicación en contrario*”.

Artículo 21: “1. *Los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales*”.

²⁹“Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, OIM y ACNUR, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://r4v.info/es/situations/platform>

Carlos Rodríguez Pérez

allanamientos ilegales, desaparición forzada de personas, tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes contra la disidencia política, defensores de derechos humanos, activistas sociales y sindicales, disidentes militares, personal de salud, periodistas, familiares y abogados de las víctimas, así como cualquier persona crítica al gobierno o que las autoridades consideren una amenaza; uso excesivo de la fuerza y ejecuciones extrajudiciales; discriminación por motivos políticos; violación de la inmunidad parlamentaria; fraude y manipulación de los procesos electorales³⁰.

En la misma línea, la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela concluyó en su estudio en Venezuela se han cometido ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias y tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y existen motivos razonables para creer que constituyen crímenes de lesa humanidad³¹.

Las razones que han forzado a los migrantes y refugiados venezolanos a huir de su país obedecen a: la escasez de alimentos, medicamentos y tratamientos médicos; violencia e inseguridad³²; el colapso de los servicios básicos; el deterioro del sistema de educación; en el caso de las mujeres, se suma la falta de acceso a atención de salud prenatal y postnatal; y la insuficiencia de mecanismos de protección frente a la violencia doméstica³³.

En esa misma línea, la Organización internacional para las Migraciones (OIM) y el ACNUR determinaron que las personas venezolanas huyen de su país de origen por la falta de alimentos, medicinas, violencia, inseguridad y persecución política³⁴.

³⁰Eduardo Trujillo Ariza y Marianna Romero Mosqueda, "Contexto venezolano en materia de derechos humanos al cierre de 2019", en *Justicia Transicional en Venezuela: una aproximación para la materialización del derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos* (Caracas: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, 2020), edición PDF, pág. 4-12. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/LibroJT-CDH.pdf

³¹Véase: ONU, *Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, 15 de septiembre de 2020, edición PDF, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_33_UnofficialSpanishVersion.pdf

³²CIDH, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 diciembre 2015, párr. 40, pág. 26, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

³³OACNUDH, "Informe de la Alta Comisionada...", párr. 70, pág. 14:

³⁴Véase: OIM, *DTM: Monitoreo de flujo de migración venezolana en el Perú, ronda 3* (Lima: 2018), edición PDF, pág. 9, <https://reliefweb.int/report/peru/dtm-ronda-3-monitoreo-de-flujo-de-migraci-n-venezolana-en-el>

Carlos Rodríguez Pérez

Por esta razón, podemos concluir que las violaciones masivas y sistemática de derechos humanos que experimenta Venezuela han forzado la salida de millones de sus nacionales como consecuencia de las violaciones masivas de derechos humanos y la incapacidad del estado de origen para brindarles garantizarles el goce y disfrute del derecho a la vida, seguridad y libertad.

Ausencia de protección del estado venezolano en lo que respecta al derecho a la identidad y su impacto en la migración forzada de personas venezolanas

En Venezuela es difícil acceder a documentos de viaje debido a los altos costos asociados a su tramitación, la demora en su entrega y la escasez de material para su expedición³⁵. Los venezolanos que se encuentran fuera de su país también enfrentan estas dificultades, más la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares ha comprometido seriamente el derecho a la identidad de estas personas³⁶.

La OIM determinó que, entre otros, la pérdida, robo, vencimiento e imposibilidad de renovación del pasaporte; dificultades para acceder en Venezuela a una apostilla de la Haya, necesario para la regularización; y el costo en dólares que dificulta obtener los antecedentes penales, son los principales desafíos que enfrentan las personas venezolanas para regularizarse en el país receptor o de asilo³⁷.

matriz-de-seguimiento-del y “Situación en Venezuela”, ACNUR, S.F, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>

³⁵“Transparencia Venezuela entregó al Saime más de 100 denuncias por irregularidades con el pasaporte”, S.F, *Transparencia Venezuela*, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://transparencia.org.ve/transparencia-venezuela-entrego-al-saime-mas-de-100-denuncias-por-irregularidades-con-el-pasaporte/>

³⁶Ibidem.

³⁷OIM, ACNUR, UNICEF y OEA, *Situación de Población Refugiada y Migrante de Venezuela en Panamá* (Panamá: OIM, 2019), edición PDF, pág. 15, <https://migration.iom.int/reports/panama-situacion-de-la-poblacion-refugiada-y-migrante-de-venezuela-en-panama-septiembre-2019>

Con relación a la documentación que presentan los venezolanos para ingresar a Ecuador y Perú, el 57% y 64,5% de los encuestados respondieron que ingresan con cédula de identidad y entre el 42% y 35% lo hizo con pasaporte, respectivamente³⁸.

Ante esta situación, la CIDH expresó su preocupación

(...) con relación a las múltiples dificultades y obstáculos que enfrentan las personas venezolanas para obtener o renovar sus pasaportes, así como para la expedición de otros documentos como cédulas de identidad, partidas de nacimiento, certificados de nacido vivo, certificado de antecedentes penales o el trámite de apostilla de documentos.³⁹

También señaló que las medidas como el cierre de las fronteras y la exigencia de documentos oficiales que los venezolanos no pueden obtener en su país de origen restringe el derecho a solicitar refugio⁴⁰. Por esa razón, instó a todos los estados de la región a abstenerse de adoptar medidas que implique el cierre de fronteras y la exigencia de documentos oficiales, tales como pasaporte o antecedentes penales⁴¹.

Además, los exhortó a expandir canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la liberalización y regímenes de facilitación de visas de fácil acceso. Estos canales deben ser accesibles para la población venezolana en términos económicos y jurídicos, lo cual incluye asegurar que sean accesible incluso en caso de que por causas extrañas a su voluntad no cuenten con la documentación que normalmente se requiere para estos trámites⁴².

³⁸Véase: OIM, *DTM: Monitoreo de Flujo de Población venezolana en el Perú DTM, reporte 6* (Lima: 2019), edición PDF, pág. 12, http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/recursos/Peru,%20DTM,%20Ronda%206.,pdf y OIM, *DTM: Monitoreo de Flujo de Población venezolana en Ecuador* (Quito: 2019), edición PDF, pág. 5, http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/recursos/Ecuador,%20DTM,%20Ronda%207,%20Noviembre-%20Diciembre%202019.pdf

³⁹“CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador”, *OEA*, 27 de febrero de 2019, consultada el 23 de julio de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/047.asp>

⁴⁰Ibidem.

⁴¹Ibidem.

⁴²Resolución 2/18, 2 de marzo de 2018, migración forzada de personas venezolanas, párr. 6, pág. 4, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

La imposibilidad de acceder a documentos de identidad y de viaje ha repercutido negativamente en la migración forzada de venezolanos, trayendo como consecuencia que la mayoría de estas personas no puedan acceder a procesos de regularización en los países receptores, de asilo o tránsito, lo que los coloca en una situación de mayor vulnerabilidad y desprotección.

Por último, hay que destacar que para el 5 de noviembre de 2020 un total de 5.448.441 venezolanos se encontraban fuera de su país de origen, de este grupo, sólo 2.486.222 contaban con estatus migratorio regular⁴³. Esta ausencia de protección por parte del estado venezolano hacia sus nacionales constituye una clara y flagrante violación del derecho a la identidad.

III. LOS VENEZOLANOS COMO PERSONAS CON NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Los venezolanos huyen de su país producto de las violaciones masivas de derechos humanos, tal como ya lo han podido constatar los organismos internacionales de protección.

A los efectos de la Declaración de Cartagena, el ACNUR ha concluido que el termino violaciones masivas de derechos humanos esta referida a la gravedad o la magnitud de las mismas; ejemplo, cuando los efectos de las violaciones van más allá de la víctima directa, afectado incluso a la sociedad⁴⁴. La planificación y organización de los perpetradores también constituyen un indicio⁴⁵. Para los países que piensan conceder el estatus de refugiado de acuerdo a esta causal, deben tomar en cuenta las circunstancias del

⁴³“Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, OIM y ACNUR, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://r4v.info/es/situations/platform>

⁴⁴ACNUR, *ACNUR: Reunión de expertos. Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Montevideo, Uruguay 15 y 16 de octubre de 2013. Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984*, 7 Julio 2014, edición PDF, párr. 21, pág. 6, <https://www.refworld.org/es/docid/5d261b224.html>

⁴⁵*Ibidem*.

Carlos Rodríguez Pérez

país de origen del solicitante, ya que esto les puede ayudar en la determinación de la condición⁴⁶.

Por su parte, la doctrina señala que los crímenes de lesa humanidad afectan y niega la humanidad toda, son actos inhumanos gravísimos que no pueden ser tolerados por la comunidad internacional y, por consiguiente, existe una prohibición absoluta para los estados de perpetrar, permitir o tolerar que dichos actos se realicen en su territorio o queden impunes⁴⁷.

Tal como yo lo hemos señalado en líneas anteriores, en Venezuela se han cometido ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias y tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, a tal punto que existen motivos razonables para creer que constituyen crímenes de lesa humanidad⁴⁸. El artículo 7 del Estatuto de Roma señala que son actos de lesa humanidad: la tortura, desaparición forzada de personas, deportación o traslado forzoso de población y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque⁴⁹.

Con fundamento en lo anterior, las personas venezolanas que se han visto forzadas a salir de su país son refugiadas de acuerdo a la Declaración de Cartagena y la interpretación de violaciones masivas de derechos humanos que el ACNUR hecho sobre la misma, ya que la gravedad de las violaciones de derechos humanos que se han cometido en Venezuela son de tal magnitud y gravedad que no solo agreden al individuo, sino que, también, han afectado a la humanidad toda.

⁴⁶Ibidem.

⁴⁷*Guía para Profesionales N°3: Impunidad y graves violaciones de derechos humanos* (Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2008), edición PDF, pág. 24, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Impunidad-y-Graves-Violaciones-de-Derechos-Humanos-Impunity-and-Gross-Violations-of-Human-Rights-No.3-Practitioners-Guide-series-2009.pdf>

⁴⁸Nota N°28.

⁴⁹Estatuto de Roma, 10 de julio de 2002, [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Carlos Rodríguez Pérez

La CIDH ha exhortó a los estados miembros de la OEA a garantizarles el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas venezolanas⁵⁰. Además, los estados deben abstenerse de devolver a territorio venezolano, bien sea vía deportación, extradición, expulsión o cualquier otra medida, a personas venezolanas que estarían en riesgos de persecución u otras violaciones graves a sus derechos humanos, incluyendo un riesgo de afectación grave a su salud o a su vida por condiciones médicas⁵¹.

La Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados hizo un llamado a los estados que reciben venezolanos para que les permitan el acceso a su territorio y a los procedimientos de asilo o mecanismo de protección grupal⁵². Adicionalmente, a los países que han incorporado la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena los exhortó a considerar que la mayoría de las personas de nacionalidad venezolana o que eran residentes habituales en Venezuela se encuentran necesitadas de protección internacional, sobre la base de amenazas a su vida, seguridad o libertad resultante de eventos que se encuentran actualmente perturbando gravemente el orden público⁵³. Asimismo, este enfoque no es aplicable a quienes han contribuido a perpetuar o que se benefician de estas circunstancias, así como a los miembros de delincuencia organizada⁵⁴.

En ámbito de la Unión Europea y motivado a que allí no es aplicable la Declaración de Cartagena, exhortó a los estados miembros a tener en cuenta que las personas originarias de Venezuela que buscan protección internacional y que no califiquen como refugiados con base en la Convención de 1951 pueden ser personas con derecho a protección subsidiaria, en los términos del artículo 15 de la Directiva sobre el Reconocimiento (refundición)⁵⁵. También, hizo un llamado a todos los estados a no deportarlos, expulsarlos o forzarlos a retornar a Venezuela y a asegurar esta garantía, bien sea en el documento oficial de residencia expedido a los venezolanos o a través de otros medios efectivos⁵⁶.

⁵⁰Resolución 2/18..., párr. 1, pág. 3.

⁵¹Ibidem, párr. 4, pág. 4.

⁵²ACNUR, "Venezuela: Nota..., párr. 2, pág. 1.

⁵³ACNUR, "Venezuela: Nota..., párr. 5, pág. 1-2.

⁵⁴Ibidem.

⁵⁵ACNUR, "Venezuela: Nota..., párr. 9, pág. 3.

⁵⁶ACNUR, "Venezuela: Nota..., párr. 9-10, pág. 3.

Carlos Rodríguez Pérez

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo señala que quienes sean víctimas de torturas o tratos inhumanos o degradantes en su país de origen son personas con derecho a protección subsidiaria⁵⁷.

Sin embargo, en la práctica los estados receptores de refugiados venezolanos no han cumplido con su obligación de reconocerle esta condición en los términos de la Declaración de Cartagena. Ello lo demuestran las siguientes cifras: para noviembre de 2020, 5.448.441 personas venezolanas habían salido de su país, 803.786 tenían solicitudes de refugio pendiente, de este grupo, solo 143.402 han sido reconocidos como refugiados⁵⁸.

En el siguiente cuadro podemos apreciar algunas cifras que ayudan a ilustrar lo anteriormente señalado:

Nº	Países	Total de solicitantes de refugio	Total de reconocidos con refugio	Países a los que le es aplicable la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena
1	Perú	496.095	1.282	x
2	EE. UU	104.989	15.706	
3	Brasil	102.504	46.343	x
4	Ecuador	29.078	374	x
5	España	16.540	57.481	
6	Trinidad y Tobago	14.241	2.514	
7	Colombia	8.824	425	x
8	México	8.510	10.771	x
9	Costa Rica	7.353	1.080	x
10	Argentina	3.698	312	x
11	Various	2.947	2.903	
12	Chile	2.861	14	x

⁵⁷Nota N°24.

⁵⁸“Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, OIM y ACNUR, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://r4v.info/es/situations/platform>

13	Panamá	2.858	63	x
14	Canadá	1.388	3.067	
15	Paraguay	729	723	x
16	Uruguay	559	168	x
17	Bolivia	324	176	x
18	Curazao	296		
19	República Dominicana	246	0	x
	Total	803.786	143.402	13

Cuadro nuestro elaborado con cifras del 5 de noviembre de 2020 de la R4V.

Cuando revisamos las cifras del cuadro anterior podemos constatar que en la mayoría de los países las cifras de solicitantes de refugio son superior al total de reconocidos, quedando demostrado así que los países receptores no están reconociendo como refugiado a los venezolanos, incumpliendo su propia legislación, para el caso de los países que han incorporado la definición contenida en la Declaración de Cartagena en su derecho interno, y violando el derecho internacional, así como el derecho humano de estas personas a buscar y recibir asilo reconocido no solo en la CADH, sino también el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En el caso de Perú, país que tiene el mayor número de solicitudes de refugio de personas venezolanas, desde 2014 hasta 2019 solo había reconocido el estatus de refugiado a 1.225 venezolanos (as) y el 95% ha sido bajo la definición tradicional consagrada en la Convención de 1951⁵⁹. Dentro del mismo plazo, 2.351 solicitudes fueron denegadas, 489.179 estaban en espera de decisión para el 2019 y a 400.000 solicitantes no se les ha expedido documentación alguna ni el permiso de trabajo, a pesar de que la ley obliga a las autoridades a otorgarlos⁶⁰.

⁵⁹Analí Briceño et al., *La Calidad Migratoria Humanitaria y su relación con los derechos de la población venezolana en el Perú* (Centro para el Desarrollo Económico, 2020), edición PDF, pág. 12, <https://equilibriumcende.com/wp-content/uploads/2020/10/PFIM-6.pdf>

⁶⁰Ibidem.

Carlos Rodríguez Pérez

Colombia presenta una tasa baja de solicitantes de refugio, a pesar de ser el país que más personas de esta nacionalidad alberga en su territorio. Esto se explica por múltiples factores y deficiencia que presenta su sistema de protección internacional. Las razones por la cual los venezolanos no acceden a pedir asilo obedecen a la ausencia de asesoría sobre los derechos que les asisten a los refugiados y donde pueden presentar la solicitud; ausencia de plazo dentro del cual debe resolver la petición, lo que hace que el proceso se haga largo; la expedición del salvoconducto a quienes presentan la solicitud no les autoriza a trabajar; y debido a que muchos venezolanos no tiene medios para probar los alegatos de su caso, tampoco las autoridades no han adoptado medidas para aminorar la carga de la prueba⁶¹.

Finalmente, Brasil⁶² fue el primer país en implementar, desde diciembre de 2019, el reconocimiento *prima face* de refugiado venezolanos basándose en las violaciones graves y generalizadas de los derechos humanos, tal como reza la Declaración de Cartagena. Esta decisión ha sido saludada y acogida con beneplácito por el ACNUR. México también es otro de los países que ha reconocidos a refugiados venezolanos con base a este instrumento⁶³.

Por los antes expuesto, los estados receptores de la región deben adoptar las medidas necesarias y corregir las deficiencias que presenten sus sistemas de protección, en aras de garantizarles a los venezolanos el estatus de refugiado en aplicación de la Declaración de Cartagena como norma incorporada en su legislación interna, si fuera el caso; por costumbre regional y fuente del derecho internacional; o vía control de convencionalidad en los países que han ratificado la CADH, conforme a la interpretación realizada por la Corte IDH de artículo 22.7 en sus opiniones consultivas 21⁶⁴.

⁶¹Juan David Naranjo Navarro, “Colombia tiene una política soterrada de no apuntarle al refugio”, *Proyecto migración Venezuela*, 20 de junio de 2020, <https://migra Venezuela.com/web/articulo/colombia-tiene-una-politica-soterrada-de-no-apuntarle-al-refugio/1976>

⁶²“ACNUR celebra la decisión de Brasil de reconocer a miles de venezolanos como refugiados”, *ACNUR*, 06 de diciembre de 2019, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2019/12/5dea767e4/acnur-celebra-la-decision-de-brasil-de-reconocer-a-miles-de-venezolanos.html>

⁶³Análí Briceño et al., “La Calidad Migratoria Humanitaria...”, 12.

⁶⁴Nota N°17.

IV. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR

Con relación a la unidad familiar, existe un consenso en el derecho internacional en que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por ello, el Estado debe brindarle la más amplia protección y asistencia posible a nivel económico, social y legal⁶⁵.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General N°19, señaló que no cabe la posibilidad de tener un concepto uniforme de familia; más, sin embargo, cuando un estado considere como tal a un grupo de personas debe brindarle la protección prevista en el artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶⁶.

La observación señala que el contenido del derecho humano a fundar una familia (...) implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. (...) Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.⁶⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener*

⁶⁵Véase: el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 44 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el artículo 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el artículo 16 de la Carta Social Europea, los artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 18 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, los artículos 9, 10 y 22 de la Convención de los Derechos del Niño, los artículos XXIII y XXV de la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño y el artículo 74 del Protocolo Adicional I de 1977 a la Cuarta Convención de Ginebra relativa a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra.

⁶⁶Comité de Derechos Humanos, *Observación general N°19: La familia (artículo 23)*, (39° período de sesiones, 1990), párr. 5.

⁶⁷Comité de Derechos Humanos, “Observación general N°19...”, párr. 5.

Carlos Rodríguez Pérez

*relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.*⁶⁸

En relación con niños, niñas, adolescentes y la reunificación familiar, la Convención impone que:

(...) toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.⁶⁹

La unidad familiar no está expresamente reconocida como un derecho en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su respectivo protocolo de 1967. Sin embargo, el Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, en su recomendación B, señaló que los estados deben adoptar:

(...) las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado y especialmente para: 1. Asegurar que se mantenga la unidad de la familia del refugiado, sobre todo en aquellos casos en que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país; 2. Asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a las jóvenes (...)⁷⁰

Por su parte, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha reiterado y reconocido, a través las conclusiones 1, 9, 24, 84, 85 y 88, que el derecho a la unidad familiar es un derecho

⁶⁸Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, artículo 9, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

⁶⁹Convención sobre los derechos del niño, artículo 10.

⁷⁰Asamblea General de Naciones Unidas, *Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas*, 25 Julio 1951, edición PDF, pág. 344, <https://www.refworld.org/es/docid/50ac926d2.html>

Carlos Rodríguez Pérez

esencial de los refugiados y, por lo tanto, todos los países receptores o de asilo se lo deben garantizar, respetar y proteger⁷¹.

La Declaración de Cartagena, en su conclusión decimotercera, “Reconoce que la reunificación de las familias constituye un principio fundamental en materia de refugiados, el cual debe inspirar el régimen de tratamiento humanitario en el país de asilo y de la misma manera las facilidades que se otorguen en los casos de repatriación voluntaria”⁷².

Como se puede apreciar la unidad familiar constituye un derecho humano que los estados deben respetar y garantizar sin distinción alguna a todas personas que se encuentra bajo su territorio o autoridad.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció que el goce y ejercicio del derecho a la unidad familiar

(...) no está limitado a los ciudadanos de los Estados Parte, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte (...) ⁷³

Aunada a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, los estados deben adoptar disposiciones de derecho interno para la observancia efectiva de los mismos.

El deber de adoptar medidas de derecho interno implica introducir cambios en la legislación o práctica interna para proteger el derecho a la unidad familiar y/o modificar la normativa jurídica o práctica interna que contradiga o sea incompatible con los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Además, esta obligación no admite reservas y es de aplicación inmediata, no se puede justificar su

⁷¹Véase: ACNUR, *ACNUR: Resumen de conclusiones: unidad de la familia. Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, Ginebra, 8-9 de noviembre de 2001*, noviembre 2001, edición PDF, párr. 3, pág. 2, <https://www.refworld.org/es/docid/5d251e7f4.html>

⁷²Declaración de Cartagena sobre Refugiados, conclusión decimotercera

⁷³Comité de Derechos Humanos, *Observación general N°31 [80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 mayo 2004, párr. 10, pág. 5, <https://www.refworld.org/es/docid/478b26ea2.html>

Carlos Rodríguez Pérez

incumpliendo alegando consideraciones de orden económico, social, cultural o político dentro del Estado⁷⁴.

En relación al deber que tienen los estados de adoptar medidas de derecho interno para asegurar la unidad familiar de los refugiados, se ha dejado claro que la reunificación familiar constituye el medio para garantizarlo, ya que estas personas no pueden retornar de forma segura a su país de origen porque su vida, libertad y seguridad corren peligro. En caso de afluencia masivas de refugiados, las medidas que se adopten para garantizar este derecho deben ser pragmáticas, para impedir la separación familiar y asegurar lo más pronto posible la reunificación familiar en el país de asilo o receptor. De no ser así, las probabilidades de reunificación familiar disminuyen conforme pasa el tiempo⁷⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cualquier política migratoria debe tener como norte el respeto de los derechos humanos, toda medida o decisión de carácter administrativo o judicial que se refiera a la entrada, permanencia o expulsión de niños o niñas debe evaluar, determinar, considerar y proteger el interés superior de este. Además, los estados están obligados a adoptar medidas necesarias que sirvan para determinar la identidad y composición familiar del niño y asegurar la reunificación familiar⁷⁶.

Si bien es cierto que no existe un modelo único de familia, la definición de la misma no debe extenderse solo a padres y hermanos, debe incluirse a otros parientes tales como los tíos, primos, abuelos y demás personas con lazos cercanos personales. La separación de niños de sus progenitores abarca la separación de quien tenga la custodia, sus tutores, padres adoptivos y cualquiera persona con la tenga una relación personal estrecha⁷⁷.

Los estados deben prevenir la separación y preservar la unidad familiar del niño, salvo que la misma sea necesaria. Se considera necesaria la separación cuando esta se

⁷⁴Comité de Derechos Humanos, “Observación general N°31..., párr. 6-7, pág. 3.

⁷⁵ACNUR, “Resumen de conclusiones: *unidad de la familia*..., párr. 10-14, pág. 674-675.

⁷⁶Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14*..., párr. 70, pág. 26.

⁷⁷*Ibidem*, párr. 272, pág. 102.

Carlos Rodríguez Pérez

fundamenta en el interés superior, como por ejemplo en el caso que sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus progenitores o cuando viven separados y debe decidirse cuál será el lugar de residencia⁷⁸.

Con relación a los venezolanos con necesidad de protección internacional, la CIDH, consciente de la realidad migratoria venezolana y las dificultades a las que se enfrentan estas personas, exhortó a los estados miembros de la OEA a adoptar medidas con fines de reunificación familiar a favor de esta población⁷⁹. En esa misma línea, pero con un impacto más universal, el ACNUR exhortó a todos los países receptores de venezolanos a garantizarles el derecho a la unidad familiar en su territorio⁸⁰.

En virtud de lo anterior, el derecho a la unidad familiar constituye un derecho humano que debe ser respetado y garantizado por todos los estados través de la implementación de medidas de cualquier carácter que promuevan la observancia plena y efectiva del mismo, debe ser garantizado tanto a personas nacionales como a no nacionales, tales como refugiados, solicitantes de refugios, migrantes, apátridas y demás personas con necesidad de protección internacional. A los efectos del derecho internacional de los derechos humanos, por familia no solo debe entenderse a los padres y hermanos, sino también los primos, tíos, abuelos, hijos y hermanos mayores, padres adoptivos y demás personas con las que tenga lazos cercanos personales.

Por último, para el caso de las personas con necesidad de protección internacional, como los refugiados, es necesario que los países receptores y de tránsito adopten todas las medidas necesarias y tendientes a garantizar en su territorio que el refugiado se reúna con su familia dejada atrás producto de la huida, ya que no tiene la posibilidad de hacerlo en su país de origen producto de amenazas contra su vida, libertad y seguridad.

⁷⁸Ibidem, párr. 272, pág. 102.

⁷⁹CIDH, “Resolución 2/18...”, párr. 6, pág. 4.

⁸⁰ACNUR, “Venezuela: Nota...”, párr. 7, pág. 3.

V. PAÍSES QUE EXIGEN VISA A VENEZOLANOS

Países que exigen visa a venezolanos

Al inicio de la migración venezolana los países se mostraron receptivos, pero progresivamente desde 2017, cuando la afluencia masiva de refugiados venezolanos seguía aumentando, países como Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú y República Dominicana impusieron la exigencia de visa en el pasaporte a los ciudadanos venezolanos para de esa forma contener la llegada masiva.

Países que exigen visa, pasaporte y antecedentes penales a venezolanos

Tanto Chile, Ecuador, Honduras y Perú exigen que todo venezolano que tenga intención de ingresar y/o residir en su territorio presente visa en su pasaporte y consignent certificados de antecedentes penales. En el caso de Ecuador, Chile y Perú exigen que los antecedentes penales estén debidamente legalizados o apostillado por el estado venezolano⁸¹.

Por su parte, Perú dispuso que las personas de nacionalidad venezolana ingresen al territorio nacional con cédula de identidad venezolana si no tienen pasaporte o certificado de antecedentes penales y siempre que se trate de mujeres embarazadas, adultos mayores de 60 años y mayores de edad en extrema vulnerabilidad. En caso de personas menores de 18

⁸¹Véase: “Información sobre visa de responsabilidad democrática”, Ministerio de Relaciones Exteriores, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://chile.gob.cl/chile/blog/venezuela/informacion-sobre-visa-de-responsabilidad-democratica>; Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Visa temporal de excepción por razones humanitarias regularización Ecuador para ciudadanos venezolanos*, <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2019/10/VISAS-TEMPORAL-VERHU-2.pdf>, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Visa temporal de excepción por razones humanitarias en el exterior para ciudadanos venezolanos*, https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/Requisitos_visa_humanitaria.pdf, Secretaría de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional, *Comunicado mediante el cual la Secretaría de Estado comunica que el Gobierno de la República de Honduras ha decidido que, sin excepción, los nacionales de la República Bolivariana de Venezuela requerirán de visa consultada para ingresar al territorio nacional*, <http://www.sre.gob.hn/portada/2017/Noviembre/19-11-17/Comunicado%20sobre%20venezuela.pdf> y Resolución N°000177-2019, 12 de junio de 2019, artículo 2, <https://www.migraciones.gob.pe/Normativa%20Interna/Resoluciones%20de%20Superintendencia/RS177-2019.pdf>

Carlos Rodríguez Pérez

años que deseen ingresar para reunirse con sus padres, pueden presentar partida de nacimiento si no cuentan con pasaporte o cédula⁸².

Ecuador exige que los venezolanos presenten visa de turismo y si desean residir en territorio ecuatoriano deberán tramitar la Visa Excepcional por Razones Humanitarias (VERHU)⁸³, para lo cual se aceptan pasaportes venezolanos vigente o caducado hasta 5 años. En caso de niñas, niños y adolescentes, se les exceptúa de presentar antecedentes penales y pasaporte, pero deben poseer partida de nacimiento legalizada o apostillada. Esta visa puede ser tramitada en Ecuador, Venezuela o en un país distinto⁸⁴.

Desde el 24 de junio de 2019 los venezolanos que quieran residir en Chile deben tramitar ante el consulado la Visa de Responsabilidad Democrática (VRD); para la cual debe poseer pasaporte vigente o vencido, otorgado a partir del año 2013; y certificado de antecedentes penales legalizado o apostillado, con un máximo de 90 días al momento de ingresar la solicitud al Sistema de Atención Consular Ciudadanos. Se exceptúan los menores de edad. Si se tratare de los hijos o padres de él o la solicitante titular, será necesaria una solicitud en calidad de dependiente la cual deberá estar acompañada de la documentación antes señalada y certificado de nacimiento apostillado o legalizado que acredite el vínculo con él o la solicitante titular de la visa⁸⁵.

Países que exigen visa y pasaporte a los venezolanos

En el caso de Guatemala, Panamá y República Dominicana exigen visa en sus pasaportes a todos los ciudadanos venezolanos. En Guatemala se exceptúa de la

⁸²Resolución N°000177-2019, art. 2.

⁸³Decreto ejecutivo N°826, 25 de julio de 2019, artículo 1, https://www.eltelegrafo.com.ec/images/Fotos_ElTelegrafo/Internet/julio-2019_/decreto.pdf

⁸⁴Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Visa temporal de excepción por razones humanitarias regularización Ecuador para ciudadanos venezolanos*, <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2019/10/VISAS-TEMPORAL-VERHU-2.pdf> y Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Visa temporal de excepción por razones humanitarias en el exterior para ciudadanos venezolanos*, https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/Requisitos_visa_humanitaria.pdf

⁸⁵“Información sobre visa de responsabilidad democrática”, Ministerio de Relaciones Exteriores, consultada el 21 de noviembre de 2020, <https://chile.gob.cl/chile/blog/venezuela/informacion-sobre-visa-de-responsabilidad-democratica>

Carlos Rodríguez Pérez

presentación de visa a los venezolanos que cuenten con pasaporte diplomático⁸⁶. En Panamá se establece que quienes residen en Panamá y quieren solicitar reunificación familiar deben hacerlo ante la Oficina de Asuntos Humanitarios del Servicio Nacional de Migración (SNM) y consignar los siguientes documentos: copia de pasaporte del extranjero, copia de carné de residente del responsable, prueba de parentesco, prueba de solvencia económica del responsable, carta de responsabilidad y prueba de domicilio en Panamá⁸⁷.

En el caso de República Dominicana, los venezolanos que deseen ingresar deberán tener en sus respectivos documentos de viaje una visa de turismo, de negocios, de negocios con fines laborales, de estudiante, de cortesía, oficial o diplomática, según corresponda en cada caso, expedida por este Ministerio de Relaciones Exteriores a través de una de sus misiones consulares. Se exceptúan de estas medidas a los nacionales venezolanos titulares de pasaportes diplomáticos y oficiales, así como lo que cuenten con visa americana, Unión Europea, a Canadá o a Gran Bretaña⁸⁸.

VI. LA EXIGENCIA DE VISA COMO POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS REFUGIADOS VENEZOLANOS

¿Por qué la exigencia de visa en el contexto de la migración forzada de personas venezolanas puede constituir en algunos casos una vulneración al derecho a la unidad familiar de los refugiados venezolanos?

Los refugiados venezolanos huyen de su país producto de las violaciones masivas de derechos humanos que ha puesto en peligro su vida, libertad, integridad y seguridad, así como la incapacidad del estado de origen para brindarles protección. Además, la salida es

⁸⁶“Visas para extranjeros”, Ministerio de Relaciones Exteriores, consultada el 21 de noviembre de 2020, https://www.minex.gob.gt/Visor_Pagina.aspx?PaginaID=21

⁸⁷“Visa estampada, preguntas frecuentes sobre visas y reagrupación familiar”, Embajada de Panamá en Venezuela, <http://www2.embajadepanama.com.ve/index.php/visa-estampada/#qaef-231>

⁸⁸Resolución 0006/2019, 2 de diciembre de 2019, mediante la cual se establece el requerimiento de visa de turismo para los nacionales de la República Bolivariana de Venezuela, artículos primero, segundo y tercero, <https://mirex.gob.do/transparencia/media/base-legal/base-legal-resoluciones-normativas/RESOLUCCION%20006-2019.PDF>

Carlos Rodríguez Pérez

no planificada, forzada y en la mayoría de los casos sin documentos de viajes, lo que los hace más vulnerable.

En el caso Chile, Ecuador, Honduras y Perú⁸⁹, la exigencia de pasaporte y antecedentes penales, sin exoneración alguna, para poder acceder a una visa de residencia, limita las posibilidades de ingreso con fines de reunificación familiar a personas venezolanas, residente en Venezuela o terceros países, que no pueden obtener los documentos solicitados porque el estado venezolano no se los garantiza.

Estas medidas tampoco ofrecen alternativas para que estas personas puedan acceder al territorio y solicitar protección internacional, así como la reunificación familiar. Esto puede conllevar a que los refugiados venezolanos queden excluidos del goce y ejercicio de su derecho a la reunificación y unidad familiar, que implica, entre otros, el derecho a vivir junto en el país de refugio o receptor con los familiares dejados atrás producto de la huida. Esta situación prolonga la separación familiar con los familiares dejados en Venezuela o terceros países que no pueden acceder a dichos documentos porque su país de origen no se los expide.

Los refugiados que han dejado atrás a su grupo familiar producto de la huida y cuyos miembros cuentan con pasaporte vencidos desde hacen más de 5 años, para Ecuador, y, en el caso de Chile, quienes su pasaporte fue entregado antes del 2013 y no está vigente, también quedan excluidos del derecho a la unidad familiar⁹⁰, si bien es cierto que tiene pasaporte, los mismo no cumplen con los requisitos señalados para acceder a la visa y esto puede dar lugar a la negación de la misma.

En el caso de Perú, existe la posibilidad de que ingresar al territorio nacional con cédula de identidad venezolana siempre que se trate de mujeres embarazadas, adultos mayores de 60 años y mayores de edad en extrema vulnerabilidad. En caso de menores de 18 años de edad que deseen ingresar para reunirse con sus padres pueden presentar partida de nacimiento, si no cuentan con pasaporte o cédula⁹¹.

⁸⁹Véase la nota N°49 supra.

⁹⁰Véase las notas N°51, 52 y 55 supra.

⁹¹Véase la nota N°50 supra.

Carlos Rodríguez Pérez

Esta medida tiene un enfoque de derechos humanos y toma en cuenta la realidad de la migración forzada de venezolanos, sin embargo, la misma no es suficiente porque la reunificación familiar no se limita solo a reunirse y convivir con los padres biológicos o adoptivos, sino también con los hermanos mayores, tíos, primos, abuelos, tutores o quien tenga la custodia del niño, niña o adolescente, según sea el caso, así como con las personas con las que tenga lazos personales cercanos⁹².

En el caso de Guatemala, Panamá y República Dominicana que exigen visa en sus pasaportes, más no antecedentes penales legalizados o apostillado, los refugiados venezolanos residentes en dichos países también estarían excluidos del goce de su derecho a reunirse con sus familiares dejados atrás producto de huida, esto en virtud que las personas venezolanas requieren de la presentación de visa para poder residir en alguno de estos países y, a su vez, la obtención de la misma está supeditada a la obtención de un pasaporte el cual le es imposible obtener por parte del estado de origen por la razones que previamente fueron explicadas. Además, estos refugiados no pueden regresar de forma segura a su país, por lo que la reunificación familiar procede en un país distinto a Venezuela⁹³.

Si bien es cierto que los países tienen derecho a controlar que personas ingresan a su territorio e impedir que accedan los responsables de violaciones de derechos humanos, miembros de grupos de delincuencia organizada, delincuentes comunes o quienes prolongan o se benefician de las circunstancias que perturban gravemente el orden público en Venezuela⁹⁴, también es cierto que los estados deben tomar medidas con fines de reunificación familiar a favor de los refugiados venezolanos residentes en sus territorios.

El que estas medidas no tengan en cuenta que los refugiados venezolanos no pueden retornar a su país para reencontrarse con su familia porque su vida, libertad y seguridad corren peligro, así como la imposibilidad existente en Venezuela para obtener un pasaporte, antecedentes penales y/o partidas de nacimiento, según sea el caso, y la necesidad de reunificación familiar en el país de asilo o receptor, propicia que la separación familiar,

⁹²Véase la nota N°45 supra.

⁹³Véase las notas N°56, 57 y 58 supra.

⁹⁴Véase las notas N°13 y 31 supra.

Carlos Rodríguez Pérez

producto de la huida, se mantenga y las probabilidades de reunificación disminuyan conforme pasa el tiempo.

El que la separación familiar se mantenga y las probabilidades de reunificación disminuyan conforme pasa el tiempo constituye una vulneración a la obligación de los estados de respetar y garantizarles a las personas refugiadas el goce y disfrute del derecho a la unidad familiar si distinción alguna, así como el deber de adoptar las normas o prácticas de derecho interno que sean necesarias para su reconocimiento en la práctica⁹⁵. También constituye una vulneración a la resolución 2/18, sobre migración forzada de personas venezolanas, de la CIDH, mediante la cual exhorto a los estados miembros de la OEA a expandir canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la liberalización y regímenes de facilitación de visas de fácil acceso en términos jurídicos y económicos para aquellas personas que por causas extrañas a su voluntad no cuenten con la documentación que normalmente se requiere para estos trámites.

En virtud de los anterior, es necesario que los países receptores y de tránsito tengan en cuenta la realidad de la migración forzada de venezolanos y que, las políticas migratorias y de refugio implementadas o destinadas para abordar este flujo, se ajusten a las necesidades particulares que estas personas presentan.

Finalmente, también es necesario que se adopten respuesta coordinadas y haya cooperación entre los países receptores de venezolanos a los fines de facilitarle documentos de viajes y de identidad que estas personas no pueden obtener en su país de origen y que dichos documentos les permitan el goce y ejercicio de todos sus derechos en cualquier estado. No dar una respuesta como esta prolonga la situación de extrema vulnerabilidad y desprotección, los arroja a que sean víctimas de trata y tráfico de personas, violencia sexual, robos, violencia, inseguridad, sobornos y prolonga la separación familiar de los refugiados venezolanos. Constituye una obligación de todos los estados prevenir estos actos violatorios de derechos humanos.

⁹⁵Véase las notas N°47 y 48 supra.

CONCLUSIONES

Las violaciones masivas de derechos humanos que experimenta Venezuela han forzado la salida de millones de venezolanos en condiciones de extrema vulnerabilidad, ya que huyen sin documentos de viajes y se ven expuestos a largos y traumáticos trayectos durante la huida, afectado su salud física y mental. A esto se suma que la mayoría de los estados receptores no les reconocen la condición de refugiado conforme a la Declaración de Cartagena. Lo que ha incrementado la situación de vulnerabilidad y presupone un incumplimiento de las obligaciones que tiene estos países en materia de derechos humanos y derechos de los refugiados.

Las exigencias de visa en el pasaporte para el ingreso y permanencia de personas venezolanas constituyen un cierre de frontera a estas personas, ya que para estas los requisitos son imposibles de cumplir porque el estado venezolano se los niega y debido a que la condición misma de refugiado impide que se lo puedan exigir, motivado a que esto implica ponerse en contacto con su país de origen, del cual huyen, y ello puede acarrearle consecuencias graves. Además, ésta práctica impide que se puedan reunir con sus familiares dejados atrás producto de la huida.

Los estados deben ser más responsables en la elaboración de las políticas migratoria que implanten para abordar este flujo, es necesario que tenga un enfoque de derechos humanos y se ajuste a las realidades y necesidades que atraviesa esta población y que hasta ahora algunos no han tomado en cuenta.

El estado venezolano debe cumplir con su obligación de proteger los derechos humanos de todos sus nacionales, dentro y fuera de su territorio, adoptar las medidas necesarias para garantizarles el derecho a la identidad y a la reunificación familiar.

Todos los países receptores, de tránsito y refugio deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se mantenga la separación familiar de los refugiados venezolanos residentes en su territorio y facilitar el ingreso a los familiares que deseen reunirse con su familia, ya que este es un derecho el cual se debe garantizar a todas las personas y a estas

Carlos Rodríguez Pérez

les asisten el derecho a exigirlo cuando se lo desconocen en la práctica o existan barrera que obstaculicen el ejercicio del mismo.

Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú y República Dominicana deben exonerar o eliminar la exigencia de visa a ciudadanos venezolanos que no cuenten con pasaporte, certificado de nacimiento y/o antecedentes penales legalizados o apostillados, ya que no sólo están vulnerando el derecho a la unidad familiar, sino, también, el derecho de estas personas a buscar y recibir asilo.

En el caso de Perú, debe extender la reunificación familiar a hermanos, hijos, tíos, primos, abuelos, tutores y otras personas con las que el refugiado tenga lazos personales cercanos y adaptar el concepto de familia a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, ya que la CADH reconoce ambos derechos y por ser un estado parte debe garantizarlo a toda persona que se encuentre en su territorio o bajo su autoridad.

Debido a la ausencia de protección del derecho a la identidad, los países deben dar una respuesta coordinada y cooperar entre ellos a los fines de facilitarles documentos de viajes y de identidad a los migrantes forzados venezolanos que no pueden obtenerlos en su país de origen, y que dichos documentos les permita ejercer y hacer valer todos sus derechos en cualquier estado.

Finalmente, los países receptores y tránsito deben implementar medidas para prevenir las situaciones de riesgos a las que se exponen los migrantes y refugiados venezolanos producto de la salida forzada y del cierre de frontera que algunos estados han impuesto a las personas de esta nacionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Documentos disponibles en la web:

Asamblea General de Naciones Unidas. *Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas.* 25 de Julio 1951. Edición PDF. <https://www.refworld.org/es/docid/50ac926d2.html>

ACNUR, ACNUR: *Resumen de conclusiones: unidad de la familia. Mesa redonda de expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, Ginebra, 8-9 de noviembre de 2001.* Noviembre 2001. Edición PDF. <https://www.refworld.org/es/docid/5d251e7f4.html>

ACNUR. ACNUR: *Reunión de expertos. Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Montevideo, Uruguay 15 y 16 de octubre de 2013. Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984.* 7 Julio 2014. Edición PDF. <https://www.refworld.org/es/docid/5d261b224.html>

ACNUR. *Cuadro N°1. Definición de refugiados (Cartagena) Países de América Latina que la han incorporado a su legislación Nacional (Por orden cronológico).* Junio de 2017. Edición PDF. <https://www.refworld.org/es/docid/59c29a094.html>

ACNUR. *Personas que necesitan protección internacional.* Junio de 2017. Edición PDF. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5979dc184>

Carlos Rodríguez Pérez

ACNUR. “Reconocer a los refugiados”, en *Protección de los refugiados: Guía sobre el derecho internacional de los refugiados*. 1 de diciembre de 2001. Edición PDF. <https://www.refworld.org.es/docid/57f76b071b.html>

<https://www.refworld.org.es/docid/5d251e7f4.html>

ACNUR. “*Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I*”. 21 de mayo de 2019. Edición PDF. <https://www.refworld.org.es/docid/5ce2d44c4.html>

BRICEÑO, Analí; Alonso-Pastor, Ander; Ugaz, Yordi y Godoy, y Carlos Enrique. *La Calidad Migratoria Humanitaria y su relación con los derechos de la población venezolana en el Perú*. Centro para el Desarrollo Económico, 2020. Edición PDF. <https://equilibriumcende.com/wp-content/uploads/2020/10/PFIM-6.pdf>

Guía para Profesionales N°3: Impunidad y graves violaciones de derechos humanos. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2008. Edición PDF. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Impunidad-y-Graves-Violaciones-de-Derechos-Humanos-Impunity-and-Gross-Violations-of-Human-Rights-No.3-Practitioners-Guise-series-2009.pdf>

JUAN IGNACIO MONDELLI. “La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el Derecho Internacional”. *Revista Temas de Derecho Constitucional de la Corte Constitucional de Colombia 1* (2019). Edición PDF. <https://www.refworld.org.es/docid/5f3c055d4.html>

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Visa temporal de excepción por razones humanitarias en el exterior para ciudadanos venezolanos*. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/Requisitos_visa_humanitaria.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Visa temporal de excepción por razones humanitarias regularización ecuador para ciudadanos venezolanos*.

Carlos Rodríguez Pérez

<https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2019/10/VISAS-TEMPORAL-VERHU-2.pdf>

OACNUDH. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. A_HRC_41_18_SP. 4 de julio de 2019. Edición Word. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx

OIM, DTM: *Monitoreo de flujo de migración venezolana en el Perú, ronda 3*. Lima: 2018. Edición PDF. <https://reliefweb.int/report/peru/dtm-ronda-3-monitoreo-de-flujo-de-migraci-n-venezolana-en-el-matriz-de-seguimiento-del>

OIM. *DTM: Monitoreo de Flujo de Población venezolana en Ecuador*. Quito: 2019. Edición PDF. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/recursos/Ecuador,%20DTM,%20Ronda%207,%20Noviembre-%20Diciembre%202019.pdf

OIM, DTM: *Monitoreo de Flujo de Población venezolana en el Perú DTM, reporte 6*. Lima: 2019. Edición PDF. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/recursos/Peru,%20DTM,%20Ronda%206,.pdf

OIM, ACNUR, UNICEF y OEA. *Situación de Población Refugiada y Migrante de Venezuela en Panamá*. Panamá: OIM, 2019. Edición PDF. <https://migration.iom.int/reports/panama-situaci%C3%B3n-de-la-poblaci%C3%B3n-refugiada-y-migrante-de-venezuela-en-panam%C3%A1-septiembre-2019>

ONU, *Informe de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, 15 de septiembre de 2020, edición PDF,

Carlos Rodríguez Pérez

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_33_UnofficialSpanishVersion.pdf

Secretaría de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional. *Comunicado mediante el cual la Secretaría de Estado comunica que el Gobierno de la República de Honduras ha decidido que, sin excepción, los nacionales de la República Bolivariana de Venezuela requerirán de visa consultada para ingresar al territorio nacional.* <http://www.sre.gob.hn/portada/2017/Noviembre/19-11-17/Comunicado%20sobre%20venezuela.pdf>

TRUJILLO ARIZA, Eduardo y Romero Mosqueda, Marianna. “Contexto venezolano en materia de derechos humanos al cierre de 2019”. En *Justicia Transicional en Venezuela: una aproximación para la materialización del derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos*. Caracas: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, 2020. Edición PDF. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/LibroJT-CDH.pdf

Sitios web:

“Información sobre visa de responsabilidad democrática”. Ministerio de Relaciones Exteriores. Consultada el 21 de noviembre de 2020. <https://chile.gob.cl/chile/blog/venezuela/informacion-sobre-visa-de-responsabilidad-democratica>

“Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”. OIM y ACNUR. Consultada el 21 de noviembre de 2020. <https://r4v.info/es/situations/platform> <https://r4v.info/es/situations/platform>

“Situación en Venezuela”. ACNUR. S.F. Consultada el 21 de noviembre de 2020. <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>

Carlos Rodríguez Pérez

“Visa estampada, preguntas frecuentes sobre visas y reagrupación familiar”. Embajada de Panamá en Venezuela. Consultada el 21 de noviembre de 2020. <http://www2.embajadadepanama.com.ve/index.php/visa-estampada/#qaef-231>

“Visas para extranjeros”. Ministerio de Relaciones Exteriores. Consultada el 21 de noviembre de 2020. https://www.minex.gob.gt/Visor_Pagina.aspx?PaginaID=21

Artículos de prensa en digital:

“CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador”. *OEA*. 27 de febrero de 2019. Consultada el 23 de julio de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/047.asp>

“Transparencia Venezuela entregó al Saime más de 100 denuncias por irregularidades con el pasaporte”. *Transparencia Venezuela*. S.F. Consultada el 21 de noviembre de 2020. <https://transparencia.org.ve/transparencia-venezuela-entrego-al-saime-mas-de-100-denuncias-por-irregularidades-con-el-pasaporte/>

“ACNUR celebra la decisión de Brasil de reconocer a miles de venezolanos como refugiados”. *ACNUR*. 06 de diciembre de 2019. Consultada el 21 de noviembre de 2020. <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2019/12/5dea767e4/acnur-celebra-la-decision-de-brasil-de-reconocer-a-miles-de-venezolanos.html>

Juan David Naranjo Navarro. “Colombia tiene una política soterrada de no apuntarle al refugio”. *Proyecto migración Venezuela*, 20 de junio de 2020. Consultada el 21 de noviembre de 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/colombia-tiene-una-politica-soterrada-de-no-apuntarle-al-refugio/1976>

Normas jurídicas:

Tratados internacionales

Carlos Rodríguez Pérez

Carta Social Europea. 18 de octubre de 1961.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1934>

Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño. 11 de julio de 1990.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8025.pdf?view>

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. 27 de julio de 1981.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

Convención Americana de Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención sobre los Derechos del Niño. 2 de septiembre de 1990.
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. 1 de junio de 2010.
https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África. 10 septiembre 1969.
<https://www.refworld.org/es/docid/50ac934b2.html>

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 18 de diciembre de 1990.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. 28 Julio 1951.
<https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>

Carlos Rodríguez Pérez

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá de 1948.

https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá:

Problemas Jurídicos y Humanitarios". 22 noviembre 1984.
<https://www.refworld.org/es/docid/50ac93722.html>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.

<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los,historia%20de%20los%20derechos%20humanos.&text=La%20Declaraci%C3%B3n%20establ ece%2C%20por%20primera,a%20m%C3%A1s%20de%20500%20idiomas.>

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/>

Estatuto de Roma. 10 de julio de 2002.

[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de

1966. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el

reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. 13 de diciembre de 2011. <https://www.boe.es/doue/2011/337/L00009-00026.pdf>

Carlos Rodríguez Pérez

Protocolo Adicional I de 1977 a la Cuarta Convención de Ginebra relativa a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra. 8 de junio de 1977.
<https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. 31 de enero de 1967.
<https://www.refworld.org/es/docid/4c064d922.html>

Resolución 2/18, sobre migración forzada de personas venezolanas. 2 de marzo de 2018.
<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

Jurisprudencia internacional

CIDH, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

Comité de Derechos Humanos. *Observación general N°19: La familia (artículo 23)*. 39° período de sesiones, 1990.

Comité de Derechos Humanos. *Observación general N°31 [80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. 26 mayo 2004. <https://www.refworld.org/es/docid/478b26ea2.html>

Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fcd928.html>

Corte Interamericana de derechos Humanos (Corte IDH). *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC-21/14*. 19 agosto 2014.
<https://www.refworld.org/es/docid/54129da94.html>

Carlos Rodríguez Pérez

Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia N°7: Control de convencionalidad*. Edición PDF. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

“Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”. Judgment (International Court of Justice: 13 de julio de 2009). En: Juan Ignacio Mondelli. “La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el Derecho Internacional”. *Revista Temas de Derecho Constitucional de la Corte Constitucional de Colombia 1* (2019). Edición PDF. <https://www.refworld.org.es/docid/5f3c055d4.html>

Normas jurídicas nacionales

Ecuador

Decreto ejecutivo 826. 25 de julio de 2019.
https://www.eltelegrafo.com.ec/images/Fotos_ElTelegrafo/Internet/julio-2019_/decreto.pdf

Decreto Ejecutivo N°1020. 23 de marzo de 2020.
<https://www.venezuelaenecuador.com/2020/03/23/decreto-1020-extension-del-proceso-de-regularizacion-de-venezolanos/>

Perú

Resolución N°000177-2019. 12 de junio de 2019.
<https://www.migraciones.gob.pe/Normativa%20Interna/Resoluciones%20de%20Superintendencia/RS177-2019.pdf>

Dominicana

Resolución 0006/2019, mediante la cual se establece el requerimiento de visa de turismo para los nacionales de la república bolivariana de Venezuela. 2 de diciembre de 2019. <https://mirex.gob.do/transparencia/media/base-legal/base-legal-resoluciones-normativas/RESOLUCCION%20006-2019.PDF>

REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE, SITUACIÓN ACTUAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y PROPUESTAS DE REGLAMENTACIÓN

Samuel David Morales S.

Estudiante de Derecho (UCAB), Preparador para la Cátedra Derecho Colectivo del Trabajo, Certificado por la Escuela de Organización Industrial de Madrid (EOI) en “Comercio Electrónico” y “Transformación digital para el empleo”.

Resumen

El presente artículo aborda la regulación, que desde el derecho internacional público, se le ha dado al espacio ultraterrestre y las actividades que en él pueden ejercer los Estados y particulares. Se hará una extensiva revisión de los principales instrumentos normativos de derecho internacional, revisando Tratados y Convenios al igual que Declaraciones de Principio que configuran las obligaciones de los Estados signatarios y el régimen general de responsabilidad internacional en el área, labor codificadora cuya dirección ha sido liderada por las Naciones Unidas. Se revisarán las distintas Agencias y Comités de las Naciones Unidas que están dedicadas al área relacionada al espacio ultraterrestre. Luego daremos un salto a revisar la desafortunadamente escasa legislación nacional, y la situación actual de la industria espacial venezolana desde un punto de vista jurídico y de política pública; concluyendo con unos modestos aportes que creemos pueden llevar en un futuro a Venezuela a crecer en el área.

Palabras clave: espacio ultraterrestre, derecho internacional, actividad espacial, Naciones Unidas, Agencia Bolivariana de Actividades Espaciales (ABAE).

INTERNATIONAL REGULATION OF OUTER SPACE, CURRENT SITUATION IN NATIONAL LEGISLATION AND PROPOSALS FOR REGULATION

Abstract

This article deals with the regulation that, from public international law, has been given to outer space and the activities that can be carried out in it by States and individuals. We will review in an extensive fashion, the main normative instruments of international law, reviewing Treaties and Conventions as well as Declarations of Principle that constitute the main obligations for Signatory States and the general regime of international responsibility in the area; such codifying work has been led by the United Nations. In addition to that, the various United Nations Agencies and Committees that are dedicated to the area related to outer space will be reviewed as well. Then we will take a leap to review the unfortunately scarce national legislation, and the current situation of the Venezuelan space industry from a legal and public policy point of view; concluding with some modest contributions that we believe can lead Venezuela to grow in the area in the future.

Keywords: outer space, international law, space activities, United Nations, Bolivarian Agency for Space Activities (ABAE in spanish).

INTRODUCCIÓN

Al físico ruso Konstantin Eduardovich Tsiolkovski, se le ha atribuido la siguiente frase: “La Tierra es la cuna de la humanidad, pero la humanidad no puede permanecer en su cuna para siempre”¹. Desde los orígenes del estudio del Cosmos, bien sea que nos ubiquemos en los inicios por parte de los egipcios, los mayas, árabes y cualquier otra civilización que dedicó parte de su academia a las estrellas; este estudio siempre ha comprendido que su objeto es especialmente titánico, imponente y majestuoso. Ignorar la relevancia del entendimiento y estudio del espacio ultraterrestre, implica ignorar una tendencia mundial que desde el siglo XX va en un acelerado crecimiento.

Tanto es así, que en el centro de este tema, ha estado la Organización de las Naciones Unidas (“ONU” en adelante) en sus comités y agencias que tratan la materia, como por ejemplo principalmente y por especialidad, la Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (“UNOOSA” por sus siglas en inglés y en adelante).

Particularmente las Naciones Unidas, desde la década de los 60 del siglo pasado; ha venido regulando y ejerciendo una función normativa, generando como producto instrumentos normativos de derecho internacional público de naturaleza tanto de *hard law*, como de *soft law*. En concreto, tenemos que en materia de espacio ultraterrestre existen cinco Tratados y cinco Declaraciones de Principios; siendo los del primer grupo, aquellos que generan una vinculación y obligatoriedad de cumplimiento para los Estados parte del Tratado en cuestión, y el segundo grupo, constituido por instrumentos no vinculantes, pero que tienen una importancia significativa en cuanto a la enunciación de paradigmas orientadores de la conducta y actividades que ejecuta un Estado. Instrumentos que serán analizados más adelante, pues constituyen un marco regulatorio universal.

El desarrollo e interés en la materia, no es exclusivo. Todo el esfuerzo y la aprobación de los instrumentos previamente descritos, requirieron de una importante

¹ Cita atribuida a Konstantín Eduárdovich Tsiolkovski, por Brian Clegg en su obra “Frontera final: la ciencia y tecnología pioneras de la exploración del universo” (Publicado el 19 de agosto de 2014, ISBN-10: 1250039436).

Samuel David Morales S.

voluntad de los Estados miembros en colocar el espacio ultramarino en la agenda regulatoria. Hoy en día son más de setenta países que poseen una institución nacional en materia espacial, con capacidades distintas y desarrollos sumamente variados entre ellos, pero la mera existencia de ellas habla del rol primordial que esta área está alcanzando en las agendas de los gobiernos.

Un punto adicional que no puede eludir este estudio, es el concerniente a la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, proyecto de la ONU que se aprobó en el año 2015, mediante la Resolución No. A/RES/70/1, emanada de la Asamblea General, en fecha 25 de septiembre de 2015 durante la Septuagésima Sesión de la ONU² (instrumento normativo de *soft law*). Dicha agenda está constituida por 17 objetivos de desarrollo sostenible que abarcan 169 metas, que atañen a diversas materias y que buscan garantizar, mediante su cumplimiento proyectado a ser alcanzado en el 2030, crear mejores condiciones de vida para la humanidad en el ámbito social, económico, institucional, personal e incluso ambiental.

La Resolución referida hace en ella la siguiente afirmación: “Los nuevos Objetivos y metas entrarán en vigor el 1 de enero de 2016 y guiarán las decisiones que adoptemos durante los próximos 15 años. Todos trabajaremos para implementar la Agenda dentro de nuestros propios países y en los planos regional y mundial”³. Lo anterior denota claramente que se trata de un compromiso global y que busca penetrar todas las esferas de la vida humana, proyecto que consideramos sumamente ambicioso y audaz, y cuyos resultados positivos ya se han visto.

Esta Agenda naturalmente, y en coherencia con lo ya establecido, da un rol primordial al espacio ultraterrestre, así lo expresan varias Resoluciones que desde 2015 se han aprobado en la materia, un solo ejemplo lo tenemos en la afirmación siguiente: “Las

² Resolución íntegra disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S. Consultado en fecha 17 de junio de 2020.

³ Resolución No. A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2015, página 7, punto 21.

Samuel David Morales S.

actividades espaciales son instrumentos indispensables para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible”⁴.

Se trata pues de un tema cuya relevancia cada vez es más incontestable, y requiere de una participación activa de los Estados, en miras a lograr la Agenda para el 2030 en lo que respecta al espacio ultraterrestre.

Es en reconocimiento a esta tendencia, sumado al rol del Derecho de reconocer y regular aquellas áreas en donde las sociedades humanas se involucran; que presentamos el presente trabajo. Revisaremos el marco regulatorio de la ONU, los distintos comités y agencias que trabajan activamente en proveer un marco a la actividad espacial. Lo anterior nos direccionará a escudriñar la situación venezolana, su estatus actual desde el punto de vista legislativo, y como podemos alterar el curso de una actividad legislativa venezolana que ha dejado mucho que desear.

Es así, como este trabajo constituye un modesto intento, de un entusiasta en la materia; de comprender desde nuestra área de conocimiento, una dimensión cuya inmensidad excede al mismo ser humano.

I. NOCIONES DEL CONCEPTO DE “ESPACIO ULTRATERRESTRE” Y SUS COMPLICACIONES

Los conceptos que se le han dado al espacio ultraterrestre, han venido de las más variadas fuentes de estudio, y se vuelve mandatorio advertir primariamente, que no existe definición universalmente aceptada. Ni los principales Tratados y demás instrumentos normativos de la ONU y otras organizaciones, han logrado plantear una concepción. Lo cual creemos que si bien suele dificultar la lectura e interpretación de los instrumentos ya mencionados; no constituye una ausencia de regulación, pues se ha optado por la técnica legislativa de tipificar características y elementos del espacio ultraterrestre en sí, y las actividades humanas en él.

⁴ Resolución No. A/AC.105/L.318/Add.4 de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, 19 de junio de 2019, página 1, punto 2.

Samuel David Morales S.

Hecha la salvedad anterior, de igual manera queremos aportar a este trabajo algunas de las definiciones que se han traído a la materia, para lo cual acudiremos a diversas fuentes. La Agencia Espacial Canadiense, institución rectora del estudio científico y tecnológico en la materia para Canadá, da la siguiente definición sobre el espacio ultraterrestre: “Un término general para cualquier región que está más allá de la atmósfera de la Tierra”⁵. Se trata de una definición científica sumamente amplia, pero que sin embargo es fiel a la uniforme tesis de delimitación de qué áreas efectivamente constituyen espacio ultraterrestre, para diferenciarlo de los espacios aéreos, los cuáles pueden estar sujetos a la soberanía de un determinado Estado.

Jeffrey Prevost, desde 1970⁶, ya advertía la dificultad de abarcar terminológicamente el espacio ultraterrestre, estableciendo lo siguiente el autor:

Espacio como "no entidad", es algo que desafía todas nuestras nociones de territorio, propiedad y soberanía, obligándonos a adoptar una nueva filosofía del derecho aplicable a dicha región. En espacio, no se aplican los conceptos euclidianos de geometría; incluso el tiempo parece descontrolarse. En términos de Einstein, el espacio y el tiempo son relativos; ¿Puede entonces nuestro tratamiento legal ser absoluto?

La postura anterior ciertamente resume la muralla encontrada por muchos expertos, sobretodo en el mundo jurídico cuando se proponen navegar en dirección a definir algo, que por naturaleza es infinito. No se trata de la misma situación que se presenta en otros casos de conceptualización de espacios geográficos, como la Zona Contigua, el Mar Territorial o incluso el Espacio Aéreo. Los conceptos anteriores comparten la característica de que son susceptibles a ser delimitados mediante sistemas de unidades métricas, bien sean kilómetros o metros sobre el nivel de mar, entre otros. Por ejemplo, el Mar Territorial se delimita por millas náuticas hasta determinado punto, partiendo desde las líneas de base; la delimitación de tal espacio permite establecer que sobre esa área delimitada, un

⁵ Extraído de: “Vocabulario de astronáutica”, glosario en la página web oficial de la Agencia Espacial Canadiense. Disponible en: <https://www.asc-csa.gc.ca/eng/resources/vocabulary/view.asp?id=54>. Consultado en fecha 17 de junio de 2020.

⁶ Jeffrey Prevost, “Law of Outer Space-Summarized”, septiembre de 1970, páginas 1 y 2, Cleveland State Law Review, Cleveland State University.

Samuel David Morales S.

determinado Estado ejercerá soberanía. Es éste uno de los principales puntos que coliden con el dominio del espacio ultraterrestre como veremos a continuación.

La soberanía misma de un Estado no es absoluta e ilimitada, uno de sus principales frenos lo constituyen los límites espaciales que se le dan a un área (territorio) sobre el cual es soberano. Ello confina la soberanía de los Estados a un espacio geográfico determinado o al menos determinable, del cual el ejercicio del poder soberano no puede excederse. No es el caso así con el espacio ultraterrestre, todo lo contrario, se trata del único ambiente en el universo que pareciera estar en un constante estado de expansión (Tesis de la Expansión del Universo)⁷, lo cual lo hace un dominio dinámico y no estático, como sí lo son la extensión del mar, o una franja limítrofe. Tal realidad evidencia una insuperable dificultad de pretender dotar al espacio ultraterrestre de normas atributivas de soberanía a los Estados.

Sin querer convertir este trabajo en uno de Astrofísica, pasaremos a argumentar cómo, al considerar uno solo de los múltiples atributos del espacio ultraterrestre, se evidencia una imposibilidad de pretender regularlo como tradicionalmente se ha hecho en otras materias. El espacio ultraterrestre se caracteriza por tener una concentración sumamente baja de partículas, lo que resulta en poca materia aglomerada en su dominio; es por ello que se afirma que el espacio ultraterrestre es una de las *regiones relativamente vacías* del universo. La anterior característica ya supone un impedimento a la regulación tradicional de espacios geográficos, cuyos objetos de regulación son medibles y tienen sustrato material.

Ahora imaginemos el siguiente escenario de un hipotético cuerpo legislativo: establecer un tipo de límite métrico al alcance de la soberanía de un Estado en el espacio ultraterrestre, armonizándolo además con otro límite, que a su vez marcaría el espacio ultraterrestre soberano de otro Estado. Sería una aproximación completamente inútil y sería reflejo de un profundo desconocimiento del deseado objeto de regulación. De manera tal, en este punto de nuestro estudio debemos concluir que la vía tradicional de

⁷ Mayor información sobre dicha tesis ver: Neta. A. Bahcall, "Hubble's Law and the expanding universe", 17 de marzo de 2015, Department of Astrophysical Sciences, Princeton University, Princeton, New Jersey.

Samuel David Morales S.

conceptualización mediante la adjudicación de un sustrato limitado, medible y materialmente al control de un sujeto, no parece ajustarse a la realidad de la materia, con lo cual muy acertadamente, como veremos en puntos siguientes la ONU optó por una vía distinta, reconociendo al espacio ultraterrestre como un dominio en perpetuo estado dinámico e incontenible.

II. INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO REGULADORES DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE.

Como ya enunciamos en puntos que nos antecedieron, tenemos que desde el seno de la ONU se ha dado una importante labor regulatoria en la materia. En este segmento daremos una revisión a los Convenios y Tratados (*hard law*), finalizando el recorrido por aquellos instrumentos de *soft law*, los cuales enuncian principios orientadores de la conducta de los Estados frente al tema. Es importante señalar que los instrumentos a ser analizados, son parte esencial de lo que ya se reconoce como una rama del derecho, el *Derecho Espacial*.

La Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (UNOOSA), da la siguiente definición del Derecho Espacial⁸:

Conjunto de leyes que rigen las actividades relacionadas con el espacio. El derecho espacial, al igual que el derecho internacional general, comprende una variedad de acuerdos internacionales, tratados, convenciones y resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como las normas y reglamentos de las organizaciones internacionales.

Se trata entonces de una disciplina jurídica, cuyo rasgo principal es relativo a su fuente que yace en el derecho internacional, pero que también se nutre de las legislaciones nacionales que cada Estado dicte en la materia. Iniciamos con el Tratado que constituye la piedra angular del área:

⁸ Definición extraída de la página web oficial de la Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (UNOOSA), Sección “Our Work”, “Space Law”. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/index.html>. Consultado el 22 de junio de 2020.

Samuel David Morales S.

- a. Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes⁹:

Comúnmente llamado el *Tratado sobre el espacio ultraterrestre* (en adelante “el Tratado”). Es considerado el instrumento base y fundamental para el Derecho Espacial en su fuente del derecho internacional. Entró en vigencia el 10 de octubre de 1967, actualmente son 103 los Estados parte de dicho Tratado, mientras 23 procedieron a firmarlo pero sin proceder a su ratificación. Venezuela es Estado parte de este Tratado, habiendo depositado su firma en Washington D.C el 3 de marzo de 1970 y ratificado el Tratado. Hacemos la salvedad que de ahora en adelante al referirnos a “Estados”, son los Estados parte de este Tratado.

Este Tratado fue adoptado por la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución No. 2222 (XXI), el 19 de diciembre de 1966, tras una extensiva labor de preparación por la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, encargado del área legislativa en la materia.

Este Tratado sentó las más fundamentales reglas sobre la actividad humana en el espacio ultraterrestre y fijó los parámetros jurídicos para concebir el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes, jurídicamente hablando. Este Tratado cuenta con una característica vinculación a la seguridad internacional; recordemos que en 1967, la carrera espacial entre la Unión Soviética y los Estados Unidos de América estaba completamente desatada. Las regulaciones principistas de este Tratado, a las cuales haremos mención, serán las siguientes:

⁹ Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, aprobado por Resolución No. 2222 (XXI) de la Asamblea General el 19 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html>. Consultado el 22 de junio de 2020.

i. El espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes, como patrimonio de la humanidad:

El artículo 1 del Tratado establece en su primer apartado, de manera inequívoca, que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes; debe hacerse en provecho de todos los países sin distinción alguna, pues dichas actividades incumben a toda la humanidad. Se trata de un dominio común a toda la humanidad, y por representación común a los países, idea rectora en la materia y que atraviesa todos los instrumentos normativos que se dictaron con posterioridad.

El postulado inicial del artículo 1 en su primer apartado, se desarrolla en los demás apartados del artículo. No se queda en una mera afirmación ideológica, el propio artículo señala reglas que demuestran la concreción y realización efectiva de ese principio de universalidad de dicho dominio. Por ejemplo, en el segundo apartado, señala que la exploración y utilización deberá ejecutarse: “en condiciones de igualdad y en conformidad con el derecho internacional, y habrá libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes”. Como resultado de dicha igualdad de acceso a este dominio, el artículo 1 concluye instando a la cooperación internacional entre países, en materia de actividades científicas a ser llevadas por los Estados.

Existe otro artículo, el cual ratifica la intención de concebir perpetuamente al espacio ultraterrestre y sus regiones, como patrimonio de la humanidad. Nos referimos al artículo 2, que nos permitiremos transcribir a continuación: “El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera”.

La norma de no apropiación nacional bajo ninguna modalidad, es consecuencia coherente de un dominio que pertenece a la humanidad entera y que es de libre acceso y uso a todo Estado. No haber colocado esta provisión hubiese, a criterio del autor, generado un vacío legal más, en la regulación de la materia. Vacío que por tratarse de un dominio de tal importancia para los Estados, hubiese inevitablemente desembocado en intentos de establecer controles pseudo soberanos en el espacio ultraterrestre y sus regiones.

Samuel David Morales S.

Efectivamente, en palabras de Tronchetti¹⁰, al referirse al aporte y relevancia de la disposición del artículo 2 afirma sobre éste que, “destinado a conferir al espacio ultraterrestre el estado de *res communis omnium*, es decir, una cosa abierta para la exploración gratuita y uso por todos los Estados sin posibilidad de ser apropiado”. Constituye esta disposición, una norma angular del principio normativo tratado en este punto, y que la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, se propuso asentar firmemente.

ii. El uso pacífico del espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes:

Este principio incorporado al Tratado es uno que logra permear todos los instrumentos normativos de la materia, y que se vuelve de los más esenciales en el Derecho Espacial. El artículo 3 del Tratado, es la disposición que con mayor claridad establece la sujeción de toda actividad en el espacio ultraterrestre al derecho internacional. Concretamente, el artículo se refiere al cumplimiento específico de (además de lo previsto por los distintos instrumentos normativos) la Carta de las Naciones Unidas, con lo cual toda metodología de estudio sería, remite a revisar lo que señala la Carta de las Naciones Unidas.

No es necesario adentrarse mucho al contenido de la Carta de las Naciones Unidas, para encontrar la primera referencia a la paz. En su artículo 1¹¹, referido a los propósitos de las Naciones Unidas, estipula en el ordinal primero lo siguiente: “Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz...”. Lo anterior denota un primigenio y perpetuo compromiso por parte de las Naciones Unidas a proteger la Paz, valor cuyas raíces se extienden a todo su funcionamiento.

¹⁰ Fabio Tronchetti, “The Non-Appropriation Principle Under Attack: Using Article Ii of The Outer Space Treaty In Its Defense”, International Institute of Air and Space Law, Leiden University, The Netherlands, Página 2. Disponible en: <https://iislweb.org/docs/Diederiks2007.pdf>. Consultado el 25 de junio de 2020.

¹¹ Carta de las Naciones Unidas, en vigor desde el 24 de octubre de 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>. Consultado el 25 de junio de 2020.

Samuel David Morales S.

Consecuencia de la creencia pacífica de la ONU, es coherente que el uso pacífico se haga presente también en el espacio ultraterrestre y sus regiones. Sin embargo el Tratado da un paso más en términos legislativos, para consolidar este uso pacífico. El artículo 4 del Tratado expresamente señala, el cual transcribimos parcialmente:

Los Estados Parte en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma.

La Luna y los demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines pacíficos por todos los Estados Partes en el Tratado. Queda prohibido establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares. No se prohíbe la utilización de personal militar para investigaciones científicas ni para cualquier otro objetivo pacífico.

Tampoco se prohíbe la utilización de cualquier equipo o medios necesarios para la exploración de la Luna y de otros cuerpos celestes con fines pacíficos.

A pesar de ser explícito el artículo en su intención pacifista, al haberse redactado, como ya hemos referido, en un contexto donde la carrera armamentista entre potencias ya estaba en un nivel nuclear, en el siglo XXI se queda corta la prohibición únicamente dirigida las armas nucleares y de destrucción masiva. Se trata de un problema interpretativo que con el paso de los años y el avance tecnológico en lo armamentista se vuelve más álgido. En nuestros tiempos, la proliferación de armas es un carrera a toda velocidad, con cada vez más tecnologías y herramientas al servicio de la armamentización; por lo cual cada vez es más fuerte el llamado a renovar este instrumento y ampliar su alcance.

Si bien el Artículo 4 prohíbe la colocación de armas de destrucción masiva en el espacio ultraterrestre, no prohíbe que las armas de destrucción masiva sean transportadas por misiles al espacio ultraterrestre o que otras armas que no sean armas de destrucción masiva sean colocadas en órbita espacial y se usen para atacar objetivos en el espacio o en la Tierra. Tampoco se prohíben las armas antisatélite o antimisiles fijadas en el espacio

Samuel David Morales S.

aéreo o en la superficie terrestre, mucho menos hay prohibición alguna sobre las armas cibernéticas.

Lagunas como estas, que no han sido solucionadas, son las que alientan al cada vez más creciente problema de la *armamentización del espacio terrestre*, fenómeno entendido que se refiere “al despliegue de armamento en el espacio ultraterrestre”¹². Sobre éste punto indagaremos con mayor detenimiento en segmentos siguientes. Pero si algo debe concluirse es que en el 2020, y desde hace muchas décadas, la prohibición que pareció suficiente en 1967, se ha quedado corta y no responde a las realidades bélicas de nuestros tiempos.

iii. Régimen de responsabilidad internacional de los Estados y obligaciones internacionales:

La responsabilidad en el derecho espacial internacional, se concentra principalmente en los artículos que generan sobre los Estados parte, responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que éste y otros Tratados imponen, y su más especializada fuente la tenemos en el “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”, al cual dedicaremos una referencia más específica en este trabajo.

Si bien haremos mención especial a la responsabilidad de los Estados en la materia, en su respectiva sección; adelantamos al lector, que en materia de derecho espacial, se habla de responsabilidad espacial a aquella derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas por un Estado parte, en el marco del derecho internacional público, bien sea que se desprenda de Tratados, Convenios, Declaraciones, entre otros. En general todos los Tratados, Acuerdos y Convenios relacionados al espacio ultraterrestre, generan obligaciones para los Estados, que en caso de no cumplirse, generarán responsabilidad del Estado infractor de cara a la comunidad internacional y las organizaciones internacionales relacionadas a la obligación quebrantada.

¹² Mourelle Diego, “La militarización del espacio, última frontera de las power politics”, 10 de enero de 2017, publicado en medio español EOM. Disponible en: <https://elordenmundial.com/la-militarizacion-del-espacio-ultima-frontera-las-power-politics/>. Consultado el 25 de junio de 2020.

Samuel David Morales S.

Por lo tanto, en el marco de esas obligaciones que generan responsabilidad sobre los Estados, el Tratado tiene varias disposiciones que aluden a dicha responsabilidad, en el marco del cumplimiento de una disposición normativa. El artículo 6 es el más claro en este sentido, dicho artículo declara que los Estados serán responsables internacionalmente:

“...de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Tratado...”.

Esta sección del artículo fija en primer lugar, responsabilidad por actividades nacionales, es decir, aquellas que el propio Estado en cuestión realice en ejercicio de su soberanía mediante sus agencias u oficinas respectivas que sean parte de la Administración Pública. Dicha responsabilidad se extiende más allá de simplemente actividades conducidas por la Administración Pública por vía de sus órganos o entes. Al referirse el artículo a “entidades no gubernamentales”, con una simple interpretación terminológica, debe entenderse que otros individuos, que no son parte de la estructura estatal, son susceptibles a realizar actividades en el espacio ultraterrestre y sus regiones. Por lo tanto también responderán los Estados, por actividades que realicen particulares en su territorio.

El artículo 6 no concluye con la sección transcrita, respecto a la responsabilidad extendida sobre la actividad de particulares, la disposición afirma que “Las actividades de las entidades no gubernamentales en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el pertinente Estado Parte...”. Con lo cual los Estados tienen una obligación que no se limita al mero cumplimiento de las normas del derecho internacional espacial en el ejercicio de las actividades de exploración y usos; sino que se requiere una activa conducta de vigilancia y observación de las actividades que en su territorio ejerzan, actores no estatales.

Previo al artículo 6, el 5 consagra una obligación para los Estados, cuyo fundamento yace en la cooperación internacional entre Estados. Se trata del deber de un Estado, de informar a otros Estados o al Secretario General de las Naciones Unidas, de situaciones de

Samuel David Morales S.

riesgo que amenacen la vida de los astronautas, en la medida que el Estado informante tenga conocimiento de dicha situación.

Como disposición final a analizar, que genera obligaciones a los Estados, está el artículo undécimo del Tratado. Aquí, se le impone la obligación, a cualquier Estado que pretenda llevar a cabo actividades en el espacio ultraterrestre y cualquier cuerpo celeste, de informar sobre dicha actividad, tanto al público en general, al Secretario General de las Naciones Unidas y a la comunidad científica internacional “acerca de la naturaleza, marcha, localización y resultados de dichas actividades”. El fundamento de esta norma, más allá de la cooperación internacional y la transparencia que ello demanda, yace en que toda actividad llevada a cabo en el espacio ultraterrestre y sus regiones, debe ser en beneficio de toda la humanidad, consecuencia lógica cuando recordamos que la regulación del espacio ultraterrestre ha ido orientada a que sea patrimonio de la humanidad entera.

iv. Cooperación multilateral en la exploración del espacio ultraterrestre:

Se trata de un principio rector de la actividad espacial por parte de los Estados. Regulado en el artículo 9 del Tratado, se enfoca evidentemente y en alineación con los principios anteriormente descritos, en actividades pacíficas y el estudio científico.

Para el Tratado, la cooperación significa, de acuerdo al propio artículo, un Estado determinado, que busque realizar actividades en el espacio ultraterrestre debe ejecutarlas sin menoscabar los intereses de los demás Estados, esto sin distinción alguna al nivel de desarrollo. Esto va en perfecta armonía con el principio que reseñamos sobre el espacio ultraterrestre como patrimonio de la humanidad; si los derechos de exploración y uso del espacio ultraterrestre son iguales para todos los Estados del mundo, no podría un Estado tratar de ejercer actividades en él bajo una política de exclusividad.

La cooperación es de tal magnitud y amplitud que el artículo 9 señala una obligación particularmente interesante, y que constituye una excepción en el derecho internacional público al pleno ejercicio de la soberanía de un Estado. La obligación consiste en que si un Estado tiene motivos para considerar que alguna actividad, ejecutada por él

Samuel David Morales S.

mismo o por sus nacionales, puede constituir un obstáculo perjudicial a las actividades pacíficas de otro Estado, deberá realizar “las consultas internacionales oportunas antes de iniciar esa actividad o ese experimento”. Dicha obligación, obliga a los Estados en materia espacial, a tomar consideraciones más allá de los propios intereses nacionales, ponderando necesariamente como afectaría los intereses de otros Estados.

El Tratado desarrolla aún más disposiciones que ponen de manifiesto la cooperación internacional que deben respetar los Estados frente a los otros. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 12, en él se estipula que todas las estaciones, instalaciones, equipos y vehículos espaciales en la Luna y cualquier otro cuerpo celeste deberán estar perpetuamente abiertos para el acceso libre de representantes de Estados ajenos a los que corresponda la titularidad o administración de instalaciones y equipos. Este principio es común a todos los Tratados en la materia, como veremos más adelante.

Los principios anteriormente descritos son los que consideramos más fundamentales y cuyas raíces se han extendido con mayor profundidad a todos los instrumentos normativos que conforman el Derecho Espacial. En palabras de Kurt Waldheim, quien en vida fue embajador de Austria, “las actividades [espaciales] son por su propia naturaleza, de interés global y requerirán, un creciente grado de cooperación entre las Naciones”¹³. Suscribimos y compartimos la idea del ex embajador Waldheim.

Ninguna actividad espacial hoy en día, puede eludir estos mandatos; países emergentes en el sector, harían una buena demostración de compromiso democrático, si desde sus inicios lideraran con ejemplo. Ejecutando una exploración espacial en armonía con su uso pacífico, en beneficio de toda la humanidad y en cooperación permanente con la comunidad internacional.

¹³ Waldheim Kurt, “International Cooperation on Outer Space within the U.N.”, Septiembre de 1969, *Annals of the New York Academy of Sciences*, Volumen 163, Primera edición, 2º Conferencia en Planetología y Planificación de Misiones Espaciales. Página 252.

Samuel David Morales S.

b. Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales¹⁴:

Ya previamente nos referimos a este instrumento, comúnmente conocido como el “Convenio de Responsabilidad Espacial”. A la fecha ha sido suscrito por 96 Estados, y tiene como objeto, de acuerdo a una de las cláusulas preambulatorias:

“...elaborar normas y procedimientos internacionales eficaces sobre la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales y, en particular, de asegurar el pago rápido, con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, de una indemnización plena y equitativa a las víctimas de tales daños...”.

En este sentido es coherente que, tras los esfuerzos del Tratado del espacio ultraterrestre y las Declaraciones de principio que le precedieron, se procedieran a fijar reglas claras para eventuales escenarios de conflictos en los cuales medie daño al activo espacial de un Estado o a sus naturales involucrados. Queremos previamente, traer a colación la opinión de Franz von der Dunk, respecto a los elementos necesarios para que se pueda hablar de responsabilidad espacial, el autor afirma respecto al tema “...nos lleva a la misma conclusión respecto a la responsabilidad internacional: el daño es el único, indispensable criterio en la materia, ni incumplimiento de una obligación internacional (falta objetiva), ni falta subjetiva en el sentido de intención o negligencia son necesarias para invocar responsabilidad con respecto a daños en la tierra o en una aeronave ...”¹⁵.

Advertimos al lector que la responsabilidad en esta materia es uno de los temas que más páginas ha abarcado entre los estudiosos, de manera tal que para no deshonrar la seriedad y relevancia del tema, haremos un breve recorrido sobre esta Convención, analizando únicamente su letra. A continuación revisamos sus principales disposiciones:

i. Conceptos:

¹⁴ Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, abierto para firma el 29 de marzo de 1972 y fecha de entrada en vigencia el 1 de septiembre de 1972.

¹⁵ Franz von der Dunk, “Liability versus Responsibility in Space Law: Misconception or Misconstruction?”, 1991, Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications, University of Nebraska, Lincoln. Página 365.

La Convención establece conceptos básicos a los efectos de ella misma en el artículo I, esos conceptos son los siguientes:

- Daño: se entiende como la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de Estados o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales intergubernamentales.
- Lanzamiento: denotará también todo intento de lanzamiento.
- Estado de lanzamiento: el término tiene dos acepciones, i) Un Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial; ii) Un Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial.
- Objeto espacial: denotará también las partes componentes de un objeto espacial, así como el vehículo propulsor y sus partes.

ii. Casos de responsabilidad por parte del Estado agravante:

Son varios los artículos que estipulan la obligación de compensar al Estado agraviado cuando se genera un daño a bienes o a capital humano. El artículo II declara que, “Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo”. El siguiente artículo III, consagra que en los casos “Cuando el daño sufrido de la superficie de la Tierra por un objeto espacial de un Estado de lanzamiento, o por las personas o los bienes a bordo de dicho objeto espacial, sea causado por un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento”, la responsabilidad del último Estado mencionado, se limitará a responder por los daños que se hayan producido por su culpa o por culpa de las personas de las cuales sea responsable. Esta última disposición implica que ante tales supuestos, un Estado que pretenda ejercer una acción de reclamo por daños sufridos, deberá circunscribir su petición hasta los límites que indique el nexo causal entre el daño y los presuntos autores o responsables del daño; por ejemplo, el Estado “X” podrá reclamar al Estado “Y” por la destrucción de instalaciones en la superficie, sólo en la medida en que tal

Samuel David Morales S.

destrucción se vincule en términos de autoría al Estado “Y”. Recordamos que todo lo anterior, es en el marco del artículo III.

El artículo IV señala un supuesto de daño en el cual la relación generada por el daño ocasionado involucra a varios actores; en primer lugar, el Estado cuyos activos causan el daño, segundo, el Estado que llevó a que el primer Estado causara los daños, y finalmente un tercer Estado que también sufre daños. Cuando tales casos se den, operará de pleno derecho un régimen de responsabilidad conjunta entre los dos primeros Estados, en los términos que señala el propio artículo en sus apartes “a” y “b”, los cuales transcribimos:

“a) Si los daños han sido causados al tercer Estado en la superficie de la Tierra o han sido causados a aeronaves en vuelo, su responsabilidad ante ese tercer Estado será absoluta;

b) Si los daños han sido causados a un objeto espacial de un tercer Estado, o a las personas o los bienes a bordo de ese objeto espacial, fuera de la superficie de la Tierra, la responsabilidad ante ese tercer Estado se fundará en la culpa de cualquiera de los dos primeros Estados o en la culpa de las personas de las que sea responsable cualquiera de ellos”.

El artículo V sigue desarrollando los casos en los cuales haya responsabilidad conjunta entre Estados, hasta se contempla una figura equivalente a la acción de regreso del mundo civil; pues cualquier Estado de lanzamiento que haya pagado compensación alguna, en un régimen de responsabilidad conjunta, tendrá derecho solicitar el regreso contra los demás participantes en el lanzamiento conjunto. Aquí el artículo se refiere a cuando desde el inicio de una operación espacial, son varios los Estados participantes, caso en el cual desde un inicio se tiene el régimen de responsabilidad conjunta.

iii. Exoneración de la responsabilidad:

El artículo VI establece que un Estado de lanzamiento quedará exento de la responsabilidad absoluta en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto de omisión cometido con la

Samuel David Morales S.

intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente (primer aparte). Dicha exoneración no tendrá lugar cuando los daños hayan sido el resultado de actuaciones en las que no se respete el derecho internacional y las disposiciones que aplican a la actividad espacial.

iv. Procedimientos y vías para las acciones:

El artículo IX señala que, las reclamaciones de indemnización por daños serán presentadas al Estado de lanzamiento por vía diplomática. Si no hay relaciones diplomáticas entre los Estados involucrados, podrá pedirse a otro Estado que presente su reclamación al Estado de lanzamiento en cuestión, o que de algún otro modo represente sus intereses conforme a este Convenio. También podrá presentar su reclamación por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, este último método, solo si ambas Naciones son parte de las Naciones Unidas.

Los artículos siguientes, del X hasta el XXI, fijan los procedimientos y reglas que van a regir los procesos para llevar reclamos entre Estados. Es importante señalar que para la presentación de tales peticiones, no es requisito previo el agotamiento de ninguna vía nacional que esté al alcance del Estado denunciante (artículo XI); sin embargo en cuanto a instancias se refiere, primariamente se debe procurar resolver la disputa por vía diplomática mediante negociaciones, los Estados en disputa podrán designar una Comisión de Reclamaciones (artículo XIV). La Comisión de Reclamaciones estará compuesta por tres miembros, uno por cada Estado involucrado (el reclamante y reclamado) y el tercer miembro servirá de Presidente de la Comisión, si no hay acuerdo en el nombramiento del tercero que fungirá como Presidente, se podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que designe ese tercero. El artículo XVI enlista una serie de reglas a seguir respecto a incidencias o eventualidades que pueden afectar el normal desenvolvimiento de la Comisión.

A la Comisión de Reclamaciones le corresponderá, de acuerdo al artículo XVIII, decidir sobre los méritos del reclamo por compensación y determinar la cuantía de la indemnización pagadera. Dicha decisión será firme y de obligatorio cumplimiento si las

Samuel David Morales S.

partes así lo han convenido al constituir la Comisión; en caso contrario, la Comisión formulará un laudo definitivo que tendrá carácter de recomendación y que las partes atenderán de buena fe (artículo XIX, numeral 2). La decisión deberá estar debidamente motivada y deberá dictarla dentro de un lapso no mayor a un año contado a partir de la fecha de su constitución (prorrogable) y deberá ser publicada.

Respecto a las costas relacionadas al funcionamiento de la Comisión, serán soportadas equitativamente por los Estados parte, salvo disposición en contrario acordada por la Comisión.

Concluimos así la sección dedicada a revisar dos de los tratados más fundamentales, a nuestro juicio, en la materia, sin embargo a continuación listamos otros instrumentos existentes y cuyo análisis detallado quedará para otra oportunidad:

- Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre: aprobado mediante Resolución No. 3235 de la Asamblea General, el 12 de noviembre de 1974. A la fecha son 69 los Estados parte, incluyendo Venezuela. Entró en vigencia el 15 de septiembre de 1976.
- Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre: aprobado mediante Resolución No. 2345 de la Asamblea General, el 19 de diciembre de 1967; Venezuela firmó, pero no ha ratificado este Acuerdo. Entró en vigencia el 3 de diciembre de 1968.
- Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes: comúnmente llamado el “Tratado de la Luna”, aprobado mediante la Resolución No. 34/68 de la Asamblea General, el 5 de diciembre de 1979. Particularmente este instrumento ha tenido poca aceptación internacional, solo 18 Estados partes, entre los cuales está Venezuela. Entró en vigencia el 11 de julio de 1984.

Samuel David Morales S.

- c. Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre¹⁶:

Se trata de unos de los primeros y más antiguos instrumentos normativos que dictó la ONU, y que sirvió de fundamento para el Tratado sobre el espacio ultraterrestre y para todos los instrumentos normativos futuros. En él se reseñan los principios que guiarán la exploración y utilización del espacio ultraterrestre de los Estados. Procederemos a brevemente comentarlos.

- i. La exploración y la utilización del espacio ultraterrestre deberán hacerse en provecho y en interés de toda la humanidad:

Es el principio que da origen a las disposiciones del Tratado ya analizado en puntos previos, en materia de actividades espaciales en el espacio ultraterrestre. Al ser el espacio ultraterrestre y sus regiones, patrimonio común de la humanidad, las consecuencias que se desprenden de ello no sólo se atienen al principio de no apropiación, sino que esto implica también que, actividades ejecutadas en el espacio ultraterrestre, deberán representar un beneficio para la humanidad. Lo anterior se refleja con mayor claridad en el ámbito científico, las actividades exploratorias y experimentos científicos realizados en este dominio, en la medida que se atengan a un fin pacífico, contribuyan al avance tecnológico y de conocimientos en el área. Estos conocimientos son de beneficio directo a la humanidad, representan progreso científico para la humanidad, y afortunadamente en este sector, la cooperación multilateral es frecuente.

Tenemos hoy en día que las agencias de los países encargadas del área espacial, son parte de una inmensa cantidad de acuerdos de cooperación tecnológica e intercambio científico. Un ejemplo lo tenemos en los acuerdos suscritos entre la *Administración Nacional de la Aeronáutica y del Espacio* (NASA en inglés) de los Estados Unidos, con la *Agencia Espacial Europea* (ESA en inglés). Otro ejemplo lo encontramos en 2007, con la

¹⁶ Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, aprobada por la Resolución No. 1962 (XVIII) de la Asamblea General el 13 de diciembre de 1963. Disponible en: <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>. Consultado el 27 de junio de 2020.

Samuel David Morales S.

firma del Acuerdo sobre términos de cooperación relativos al Telescopio Espacial James Webb (JWST en inglés) y la misión Pathfinder Laser Interferometer Space Antenna (LISA)¹⁷.

- ii. El espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes podrán ser libremente explorados y utilizados por todos los Estados en condiciones de igualdad y en conformidad con el derecho internacional.

Todo Estado tiene garantizado el derecho a desarrollar actividades en el espacio ultraterrestre y sus regiones, sin distinción alguna a su nivel de desarrollo, discusión que se ha llevado numerosas veces al podio internacional¹⁸. Para un Estado el ejecutar actividades en el espacio ultraterrestre es un acto de soberanía, en términos propios del Derecho Internacional Público, es un *acto de imperio*. Sin embargo, como establece el Tratado sobre el espacio ultraterrestre, y como la propia declaración fija, tales actividades deben llevarse en apego a los límites impuestos por el derecho internacional, incluyendo los dispuestos por este propio instrumento.

Se constituye, de esta forma una limitación en materia espacial al principio de soberanía de los Estados. Es así como en el derecho espacial internacional se pretende fijar un balance entre, la soberanía de los Estados a perseguir actividad espacial, y el acceso equitativo a todos los demás Estados. Sin embargo muchos han criticado la inexistencia material y real del respeto a este principio, señalando como argumento los grandes desarrollos y logros en la exploración espacial de grandes países con Estados Unidos a la cabeza, Rusia, China, entre otros. Evidentemente existen países con una clara e indiscutible supremacía en el área, pero, ¿es esa supremacía resultado de una violación al principio de igualdad entre los Estados? ¿O estamos ante una supremacía derivada de la meritocracia y esfuerzo de dichos Estados en mejorar sus capacidades espaciales?

¹⁷ “NASA and ESA Sign Agreements for Future Cooperation”, publicado originalmente el 21 de junio de 2007. Disponible en: https://www.nasa.gov/centers/goddard/news/topstory/2007/nasa_esa.html. Consultado el 27 de junio de 2020.

¹⁸ “Outer Space Activities Must Benefit All States, No Matter Their Development Levels, Delegates Tell Fourth Committee as It Begins General Debate”, Minuta de la Décimo Cuarta reunión de la 74° Sesión General de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 30 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.un.org/press/en/2019/gaspd703.doc.htm>. Consultado el 27 de junio de 2020.

Samuel David Morales S.

Sin procurar desviarnos, creemos que la supremacía de las agencias espaciales de países como Estados Unidos, la Unión Europea, Rusia, Japón y más recientemente China, por mencionar algunos, es producto de una decisión gubernamental de política pública, en la cual se le ha dado y reconocido un valor a la exploración espacial, lo cual se manifiesta en grandes recursos invertidos en tales agencias. La inversión presupuestaria, sumado a la correcta administración de tales recursos, genera resultados como Apollo 11 o la recientemente vista operación conjunta de la NASA con la empresa privada Space X. Con lo cual concluimos que si bien debe haber una mayor cooperación entre los Estados para tratar de reducir la brecha tecnológica y operacional entre agencias, la supremacía existente hoy en día no es el resultado de un menoscabo a la igualdad de los Estados.

- iii. El espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes no podrán ser objeto de apropiación nacional mediante reivindicación de soberanía, mediante el uso y la ocupación, ni de ninguna otra manera.

Este punto ya fue más ampliamente desarrollado cuando el Tratado sobre el espacio ultraterrestre lo regula. Pero creemos que vale la pena mencionar una interesante conexión entre este principio y el anterior, referido a la igualdad de los Estados en el acceso al espacio ultraterrestre. Las implicaciones que tendría un intento de apropiación del espacio ultraterrestre por parte de un Estado, más allá de las imposibilidades físicas que conlleva (ver punto II), serían implicaciones que necesariamente restringirían el libre acceso a estos dominios por parte de otros Estados.

Si una porción del espacio ultraterrestre es apropiada por X Estado, dicho Estado ejercería sobre esa porción todos los poderes inherentes al Estado en ejercicio de su soberanía. Habría temas de jurisdicción de órganos de dicho Estado, jurisdicciones a las cuales estaría sujeto un Estado que incursione en la región apropiada, incluso dicho Estado podría ejercer potestad tributaria, pudiendo gravar actividades que a su juicio otro Estado realiza en su región. Aunque potestades como las anteriores, no son por naturaleza perjudiciales, dependiendo de su implementación, pudieran ser usados para restringir a otros Estados en el acceso al espacio ultraterrestre desde la imposición de una carga

Samuel David Morales S.

tributaria desproporcional, hasta prohibiciones de tránsito, todas ellas acciones que serían en contravención al acceso igualitario al espacio ultraterrestre. De manera tal que podrían usarse potestades soberanas para obstaculizar las actividades espaciales de otros Estados.

La reflexión anterior sirve para ilustrar, en un plano ficticio y futurista, un escenario de conflicto derivado de la apropiación de regiones del espacio ultraterrestre; como también para hacer ver al lector, que entre todos los principios existe una perfecta armonía y coherencia.

- iv.** Las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio ultraterrestre deberán realizarse de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales.

Se trata nuevamente de la referencia a los parámetros legales, que deben regir la actividad espacial de todo Estado. La actividad espacial ha de estar circunscrita al más estricto cumplimiento de las normas de derecho internacional aplicables, es decir, todos los instrumentos normativos que componen la faceta internacional del Derecho Espacial. Esto resulta en que los Gobiernos no pueden, en sus respectivas agencias espaciales, tomar decisiones únicamente teniendo en cuenta su legislación nacional sobre materia espacial y los intereses nacionales; sino trayendo a la mesa todos los lineamientos y obligaciones a observar de cara a la responsabilidad internacional que pudieran llegar a tener.

- v.** Los Estados serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, así como de asegurar la observancia, en la ejecución de esas actividades nacionales, de los principios enunciados en la presente Declaración. Las actividades de entidades no gubernamentales en el espacio ultraterrestre deberán ser autorizadas y vigiladas constantemente por el Estado interesado. Cuando se trate de actividades que realice en el espacio

Samuel David Morales S.

ultraterrestre una organización internacional, la responsabilidad en cuanto a la aplicación de los principios proclamados en la presente Declaración corresponderá a esa organización internacional y a los Estados que forman parte de ella.

Este principio es uno de los que fija el marco general de la responsabilidad internacional de los Estados en la materia. Esta declaración se refleja en el Tratado sobre el espacio ultraterrestre y se consolida con el “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”, el cual explicamos con más detalle en puntos anteriores. Una vez más, sirva este punto para evidenciar al lector, cómo todos los instrumentos normativos que conforman el derecho espacial internacional, se encuentran perfectamente desarrollados entre ellos.

- vi.** En la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, los Estados se guiarán por el principio de la cooperación y la asistencia mutua y en todas sus actividades en el espacio ultraterrestre deberán tener debidamente en cuenta los intereses correspondientes de los demás Estados. Si un Estado tiene motivos para creer que una actividad o un experimento en el espacio ultraterrestre, proyectado por él o por sus nacionales, crearía un obstáculo capaz de perjudicar las actividades de otros Estados en materia de exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, celebrará las consultas internacionales oportunas antes de emprender esa actividad o ese experimento. Si un Estado tiene motivos para creer que una actividad o un experimento en el espacio ultraterrestre, proyectado por otro Estado, crearía un obstáculo capaz de perjudicar las actividades en materia de exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, podrá pedir que se celebren consultas sobre esa actividad o ese experimento.

Aquí creemos que las consideraciones sobre la cooperación multilateral ya han sido mencionadas, y en la medida en que un Estado no se apegue a tales lineamientos, podrá otro Estado alegar un incumplimiento de tales normas. De igual forma los Tratados y

Samuel David Morales S.

Convenciones revisados arriba, fijaron expresamente normas exigiendo el cumplimiento de las responsabilidades a las que el principio anterior apunta.

- vii.** En el Estado en cuyo registro figure el objeto lanzado al espacio ultraterrestre retendrá su jurisdicción y control sobre tal objeto, así como sobre todo el personal que vaya en él, mientras se encuentre en el espacio ultraterrestre. La propiedad de los objetos lanzados al espacio ultraterrestre y de sus partes componentes no se modificará con motivo de su paso por el espacio ultraterrestre ni de su regreso a la tierra. Cuando esos objetos o esas partes componentes sean hallados fuera de los límites del Estado en cuyo registro figuren, se devolverán a ese Estado, que deberá proporcionar, antes de que se efectúe la devolución, los datos de identificación que en su caso se soliciten.

Este principio se ve realizado en el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre y el Tratado sobre el espacio ultraterrestre también replica este principio. Es importante señalar que la retención de la jurisdicción es sobre el objeto lanzado al espacio ultraterrestre y la tripulación que lo ocupe, de ser el caso. De ninguna manera esta jurisdicción que mantienen los Estados, debe entenderse que se extiende a regiones o dominios en el espacio ultraterrestre. Con lo cual al referirse el principio, a los componentes que “sean hallados fuera de los límites del Estado en cuyo registro figuren”, se está hablando ya de límites geopolíticos dentro del planeta Tierra.

El Registro al cual se refiere el principio, es llevado por el *Registro de las Naciones Unidas de objetos lanzados al espacio ultraterrestre*, cuya administración le corresponde a la Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (UNOOSA en inglés).

- viii.** Todo Estado que lance u ocasione el lanzamiento de un objeto al espacio ultraterrestre, y todo Estado desde cuyo territorio o cuyas instalaciones se lance un objeto, serán responsables internacionalmente de los daños causados a otro Estado extranjero o a sus personas naturales o jurídicas por dicho objeto o sus partes componentes en tierra, en el espacio aéreo o en el espacio ultraterrestre.

Samuel David Morales S.

Este principio se materializa en artículos como los referidos en el Tratado sobre el espacio ultraterrestre, que imponen a los Estados mantener un regular hábito de informar las actividades espaciales que realicen y en el Convenio ya referido sobre la responsabilidad que puede llegar a tener un Estado por daños que cause al activo de otros Estados u organizaciones, gubernamentales o no.

- ix.** Los Estados considerarán a todos los astronautas como enviados de la humanidad en el espacio ultraterrestre, y les prestarán toda la ayuda posible en caso de accidente, peligro o aterrizaje forzoso en el territorio de un Estado extranjero o en alta mar. Los astronautas que hagan dicho aterrizaje serán devueltos por medio seguro y sin tardanza al Estado de registro de su vehículo espacial.

El “Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre”, es el instrumento por especialidad en regular la materia, y que dio un paso más allá del lenguaje genérico del Tratado sobre el espacio ultraterrestre y la Declaración de Principios que estamos comentando. Sin querer entrar en un análisis vasto de este punto, lo cual nos llevaría a estudiar rigurosamente el Acuerdo, comentaremos los puntos más genéricos y relevantes del estatus jurídico y regulatorio alrededor del tratamiento de los Estados a los astronautas.

El artículo V del Tratado sobre el espacio ultraterrestre, afirma lo siguiente respecto a los astronautas:

“Los Estados Partes(sic) en el Tratado considerarán a todos los astronautas como enviados de la humanidad en el espacio ultraterrestre, y les prestarán toda la ayuda posible en caso de accidente, peligro o aterrizaje forzoso en el territorio de otro Estado Parte a en alta mar. Cuando los astronautas hagan tal aterrizaje serán devueltos con seguridad y sin demora al Estado de registro de su vehículo espacial...”.

El calificativo de *enviados de la humanidad*, desde antes de la aprobación de dicho instrumento, generó y sigue generando debate en cuanto al contenido de dicho término y las

Samuel David Morales S.

consecuencias que se podrían desprender. En vista de las diversas opiniones y posturas que los Estados asumieron y que los doctrinarios continúan disputándose, Bin Cheng, laureado jurista británico, concluye sobre la expresión analizada que: “La misión fundamental que cumple dentro del texto está íntimamente relacionada con el resto del artículo y, por tanto, sirve a sustentar la obligación legal de rescate y devolución de astronautas al Estado de lanzamiento”¹⁹.

A lo largo de los instrumentos normativos, no hay definición sobre qué se debe entender por astronauta y por mucho tiempo ha persistido la realidad de conformarse al ambiguo adjetivo previamente mencionado. Pero de cara a la obligación que se genera para los Estados, ¿cuándo debe ejecutarse? El profesor Gorove²⁰ afirma que la obligación surge:

“...Solo si se produce el aterrizaje problemático en territorio bajo la jurisdicción de la parte obligada. Si el personal de la nave espacial se embarca en alta mar, o en cualquier otro lugar que no esté bajo la jurisdicción de ningún estado, la única obligación es "brindar asistencia", solo si el firmante está en una posición para hacerlo, y solo si dicha asistencia es "necesaria" para asegurar un rescate rápido...”.

Efectivamente, la obligación es exigible en la medida que la situación problemática ocurra dentro de la jurisdicción de un Estado, jurisdicción entendida en términos territoriales. Sin embargo creemos que la obligación no debe limitarse únicamente a aterrizajes con problemas para su regular ejecución, sino a cualquier actividad que en algún grado esté vinculada a la exploración o uso pacífico del espacio ultraterrestre.

III. AGENCIAS ESPECIALIZADAS Y COMITÉS RELEVANTES EN EL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS.

El rol protagónico de las Naciones Unidas es incontrovertible en la materia, desde los distintos Comités de la Asamblea General, hasta Sesiones en los Comités

¹⁹ Bin Cheng, “Studies in International Space Law”, Claredon Press, Oxford, 1997, página 259.

²⁰ Stephen Gorove, “International Protection of Astronauts and Space Objects”, 1971, DePaul Law Review, Volume 20, Issue 3, DePaul University, Chicago, Página 602.

Samuel David Morales S.

Especializados, han debatido en mayor o menor profundidad, el espacio ultraterrestre y sus implicaciones. A continuación los órganos o comités especializados en la materia y los que han destacado en su debate del tema:

a. Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (UNOOSA):

Es la oficina de las Naciones Unidas encargada de promover la cooperación internacional en lo que se refiere al uso del espacio ultraterrestre con fines pacíficos²¹, organizativamente funciona como extensión de la Secretaría de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su sede se encuentra en la oficina de las Naciones Unidas en Viena, Austria. Se trata del órgano especializado por excelencia en la materia, y se fundó el 13 de diciembre de 1958, en pleno apogeo de la Carrera Espacial.

Dentro de sus competencias y asuntos que atiende podemos señalar las siguientes, como el propio portal oficial de UNOOSA lo reseña²²:

- i. Se encarga exclusivamente de la cooperación internacional sobre los usos del espacio ultraterrestre con fines pacíficos: la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre (COPUOS, por sus siglas en inglés).
- ii. Trabaja de manera íntima con el Programa de las Naciones Unidas sobre las Aplicaciones Espaciales (programa que desde 1971 busca: “fomentar el conocimiento y la experiencia de las aplicaciones espaciales en todo el mundo. Prestación de servicios de asesoramiento técnico y de creación de capacidad, educación, investigación y desarrollo en los países por parte del Programa²³”). Lo anterior lleva a UNOOSA a dar talleres internacionales, cursos de

²¹ “Acerca de UNOOSA”, ubicado en sección “Sobre nosotros” de la página web oficial de UN-SPIDER. Disponible: <http://www.un-spider.org/es/sobre-nosotros/acerca-de-unoosa>. Consultado el 7 de julio de 2020.

²² “Roles and Responsibilities”, ubicado en sección “About Us” de la página web oficial de UNOOSA. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/aboutus/roles-responsibilities.html>. Consultado el 7 de julio de 2020.

²³ “United Nations Programme on Space Applications”, ubicado en sección “Our work” de la página web oficial de UNOOSA. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/psa/index.html>. Consultado el 7 de julio de 2020.

Samuel David Morales S.

entrenamiento y proyectos piloto sobre temas que incluyen teledetección, navegación satelital, meteorología satelital, tele-educación y ciencia espacial básica para el beneficio de países en vías de desarrollo.

- iii. También mantiene una línea directa las 24 horas del día como centro de coordinación de las Naciones Unidas para la solicitud de mapas y productos elaborados con imágenes satelitales en caso de desastres y maneja la Plataforma de las Naciones Unidas de Información obtenida desde el espacio para la gestión de desastres y la respuesta de emergencia (ONU-SPIDER).
- iv. A UNOOSA compete llevar el debido sistema de la Secretaría General de las Naciones Unidas, en lo que respecta al Registro de las Naciones Unidas sobre los Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre.
- v. UNOOSA también se ha caracterizado por ser una organización que lleva a cabo una intensa labor científica, materializada en la elaboración de documentos y reportes sobre la materia, que son distribuidos de manera global y de fácil acceso vía la web oficial.

b. Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS en inglés):

Fue constituida en 1959, para “gobernar la exploración y el uso del espacio en beneficio de toda la humanidad: por la paz, la seguridad y el desarrollo²⁴”. Se encarga principalmente, de supervisar el cumplimiento por parte de los Estados y organizaciones no estatales, de las normas de derecho internacional aplicables, para garantizar un efectivo uso pacífico del espacio ultraterrestre y sus dominios. Además de cumplir con su tarea principal, mantiene una activa participación, en el estudio científico y jurídico de los aspectos alrededor de la exploración espacial.

²⁴ “Committee on the Peaceful Uses of Outer Space”, ubicado en sección “COPUOS 2020” de la página web oficial de UNOOSA. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/index.html>. Consultado el 7 de julio de 2020.

Samuel David Morales S.

Este Comité a su vez está dividido en dos órganos subsidiarios: el Subcomité Científico y Técnico y el Subcomité Legal. Organizativamente responde primariamente pero no exclusivamente, al Cuarto Comité de la Asamblea General, también llamado Comisión Política Especial y de Descolonización (SPECPOL en inglés).

Históricamente este Comité realizó una gran labor codificadora, ya que fue el encargado de liderar los proyectos de regulación, que terminaron convirtiéndose en los cinco grandes Tratados en la materia, junto a las Declaraciones de Principio existentes.

c. La Asamblea General de las Naciones Unidas:

De todos los comités en los cuáles se divide la Asamblea General, son dos los que más se han involucrado en temas relacionados en el tema que estamos tratando.

En primer lugar tenemos el Cuarto Comité de la Asamblea General, también llamado Comisión Política Especial y de Descolonización (SPECPOL en inglés). Este Comité además de trabajar directamente con la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, en múltiples ocasiones ha debatido directamente temas relacionados en las sesiones generales; por ejemplo en 2009²⁵ se celebró una sesión en la cual se debatió el creciente número de actores en el espacio ultraterrestre y cómo podrían arriesgar la seguridad de los activos espaciales. Incluso más recientemente, el 1 de noviembre de 2019, en el marco de la 74^o sesión de las Naciones Unidas, se aprobó una resolución sobre la Cooperación internacional en los usos pacíficos del espacio ultraterrestre, en el cual “la Asamblea General insta a los Estados que aún no se han convertido en parte en los tratados internacionales que rigen los usos del espacio ultraterrestre a ratificarlos o adherirse a ellos e incorporarlos a sus leyes nacionales”²⁶. Las dos sesiones de debate previamente referidas, son solo un pequeño ejemplo de cómo el

²⁵ “Debating Outer Space Cooperation, Fourth Committee Hears Growing Number of Actors in Outer Space Could Risk Security of Space Assets, Limit Scope of Peaceful Uses”, Sesión del Cuarto Comité de la Asamblea General, del 21 de octubre de 2009, Nota de Prensa. Disponible en: <https://www.un.org/press/en/2009/gaspd433.doc.htm>. Consultado el 7 de julio de 2020.

²⁶ “Fourth Committee Approves Draft Resolution on Peaceful Uses of Outer Space, as Delegates Conclude General Debate”, Sesión del Cuarto Comité de la Asamblea General, del 1 de noviembre de 2019, Nota de Prensa. Disponible: <https://www.un.org/press/en/2019/gaspd705.doc.htm>. Consultado el 7 de julio de 2020.

Samuel David Morales S.

Cuarto Comité, ha sido un activo espacio de debate y promoción de los temas relativos al espacio ultraterrestre, ello es meramente consecencial con un tema que, a medida que pasen los años y el incontenible rumbo de la tecnología, irá abarcando más espacio en las mesas de debate.

Por último, mencionaremos otro de los comités de la Asamblea General que intensamente ha discutido en sus sesiones los temas estudiados. Nos referiremos al Primer Comité de la Asamblea General, también llamado Comisión de Desarme y Seguridad Internacional (DISEC en inglés). El año pasado durante la 74^o sesión, se debatió uno de los problemas que más apremia a la comunidad internacional resolver, la *Armamentización*²⁷ del espacio ultraterrestre; sobre el tema se discutió la necesidad de que “...las nuevas reglamentaciones universales legalmente vinculantes deben abordar las amenazas de seguridad nuevas y emergentes en línea y en el espacio ultraterrestre...”²⁸, en dicho debate se fijaron las diversas posturas de los países, en torno a la creciente proliferación de armas que con su desarrollo, se perfilan a servirse del espacio ultraterrestre para ser usadas. Este ha sido el tema central que ha consumido la agenda del Primer Comité de cara al espacio ultraterrestre, procurar detener el avance de la Armamentización del espacio ultraterrestre.

IV. LEGISLACIÓN NACIONAL Y LA AGENCIA BOLIVARIANA DE ACTIVIDADES ESPACIALES (ABAE).

La legislación venezolana en la materia es lamentablemente escasa, algo que suele ser muy frecuente de cara a temas de actualidad y su reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico. Ya en puntos anteriores nos referimos a los instrumentos

²⁷ Harry Kowal, “Preventing the Weaponization of Space”, define este término de la siguiente manera: “la armamentización del espacio implica su uso como un medio de agresión”, Página 101. Disponible en: https://www.cfc.forces.gc.ca/259/181/76_kowal.pdf. Consultado el 7 de julio de 2020.

²⁸ “First Committee Delegates Exchange Divergent Views on How Best to Prevent Weaponizing Outer Space, Cyberspace amid Eroding Global Trust”, Sesión del Primer Comité de la Asamblea General, del 29 de octubre de 2019, Nota de Prensa. Disponible en: <https://www.un.org/press/en/2019/gadis3636.doc.htm>. Consultado el 7 de julio de 2020.

Samuel David Morales S.

internacionales y aquellos que han sido ratificados por Venezuela; esta sección la queremos dedicar a la legislación nacional, y no es muy rica la oferta normativa.

La única norma que tenemos es la Ley de la Agencia Bolivariana para Actividades Espaciales, publicada en la Gaceta Oficial No. 38.796 de fecha 25 de octubre de 2007. En esta Ley se creó la Agencia Bolivariana para Actividades Espaciales (ABAE), que de acuerdo al artículo 3 de la ley:

Será el ente ejecutor de las políticas y lineamientos del órgano rector en materia de ciencia y tecnología, para la exploración y uso con fines pacíficos del espacio ultraterrestre y de las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, y todo lo relacionado con la materia espacial. Además, actuará coordinadamente con otros órganos y entes del Poder Público, como organismo especializado, técnico y asesor, a fin de concertar planes, proyectos y programas de acción en materia espacial, así como generar orientaciones, normativas y regulaciones para que la exploración, el uso y la explotación de espacio ultraterrestre, sirvan de herramienta para el desarrollo económico, político, social y cultural del país, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales, el ordenamiento jurídico nacional y en razón de los principios reguladores de la soberanía, seguridad y defensa integral de la nación.

Se trata del máximo y único ente especializado en la materia y al cual le corresponde liderar el desarrollo nacional en lo tecnológico-científico y con un importante rol de influencia en la actividad normativa y de elaboración de política pública.

a. Naturaleza administrativa de la ABAE:

El artículo 2 de la Ley, mediante el cual se dispone la creación de la ABAE, señala que esta se crea bajo la figura de Instituto Autónomo, con las implicaciones inherentes al concepto, concluye el artículo 2 agregando que “gozará de los privilegios y prerrogativas de la República”. ¿Qué implica que la ABAE sea un Instituto Autónomo?, la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en Gaceta Oficial No. 6.147 Extraordinario del 17 de noviembre de 2014 (LOAP), define en su artículo 98 a los Institutos Autónomos en los siguientes términos: “Los institutos públicos o autónomos son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal, u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en éstas”.

Samuel David Morales S.

Los Institutos Autónomos, como es conocido, se enmarcan en lo que se denomina Administración Descentralizada. Es en virtud de lo anterior, que el concepto de Institutos Autónomos conlleva una serie de reglas que permiten un sistema más flexible e independiente a la Administración Central, esto se traduce en la independencia presupuestaria, el ostentar personalidad jurídica propia, entre otros. La LOAP en los artículos siguientes donde regula los Institutos Autónomos, establece los requisitos que debe tener una Ley de creación de Institutos Autónomos (artículo 99²⁹), la referencia a la finalidad del mismo, competencias, grado de autogestión presupuestaria, entre otros. Pero lo más importante es que la LOAP, como ley general, delega tales señalamientos a las Leyes especiales que creen tales figuras, significando esto que, si bien la Ley de la Agencia Bolivariana para Actividades Espaciales debe apegarse a tales requisitos que le impone la LOAP, será la propia Ley de Creación de la ABAE, la cual determinará, la extensión y alcance del Instituto en cuanto a su régimen. Consideramos pues que la LOAP sirve para aportar un marco dentro del cual ha de moverse el legislador cuando busca crear un Instituto Autónomo.

b. Competencias de la ABAE:

El artículo 5 enumera en 19 ordinales de competencias que corresponden a la ABAE, ellas se pueden sintetizar agrupándolas de la siguiente manera:

Del numeral 1 al 6, se le encomienda a la ABAE, el llevar a cabo el desarrollo de programas y proyectos científicos en el área, en coordinación con su respectivo Ministerio de adscripción, ejecutando los lineamientos que se aprueben para cada uno de los respectivos proyectos e iniciativas; también respecta a la ABAE la supervisión y

²⁹ Artículo 99: La Ley que cree un instituto público o autónomo contendrá:

1. El señalamiento preciso de su finalidad, competencias y actividades.
2. El grado de autogestión presupuestaria, administrativa y financiera que se establezca.
3. La descripción de la integración de su patrimonio y de sus fuentes de ingresos.
4. Su estructura organizativa interna a nivel superior, con indicación de sus unidades administrativas y señalamiento de su jerarquía y atribuciones.
5. Los mecanismos particulares de control de tutela que ejercerá el órgano de adscripción.
6. Los demás requisitos que exija el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica. Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial No. 6.147 Extraordinario del 17 de noviembre de 2014).

Samuel David Morales S.

administración de los centros operativos de desarrollo e investigación del Estado. Además de promover el desarrollo tecnológico y estudio científico del área. Es importante resaltar que la Ley en estos ordinales hace referencia al uso y explotación del espacio ultraterrestre con fines pacíficos (ordinal 2), lo que muestra como, el compromiso asumido por Venezuela al suscribir los instrumentos normativos de derecho internacional, relativos al uso pacífico del espacio ultraterrestre, ha permeado afortunadamente la legislación nacional.

Luego, de los ordinales del 7 al 10, tenemos competencias relacionadas al rol de supervisor y asesor de política del Estado. La ABAE está encargada de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, esto implica que la ABAE debe rigurosamente verificar que toda actividad relacionada al uso y exploración del espacio ultraterrestre, sea el Estado o un privado que ejerza dicha actividad (ordinal 7). Los otros ordinales se centran en el rol de asesor del Ejecutivo en la formulación de su política exterior en lo que respecta al espacio ultraterrestre y, en la participación activa de la ABAE en la elaboración de normas técnicas y reglamentaciones, para las personas de derecho público y derecho privado que ejerzan actividades relacionadas al espacio ultraterrestre.

Los dos últimos grupos son: primero ordinales 11 y 12, se centran en el fomento de la construcción y ulterior expansión de una industria nacional en materia espacial, con especial énfasis en la participación del sector privado, para el apoyo de iniciativas que vengan desde éste último. Por último, los ordinales del 13 al 19 se refieren a la propia gestión interna de la ABAE y el deber de reglamentarse internamente.

Los artículos restantes de la Ley, se refieren al patrimonio propio de la ABAE y a su estructura interna, y las normas sobre su estructura organizativa. Concluimos así una breve lectura de la única ley nacional con la cual contamos en nuestro ordenamiento jurídico.

V. PROPUESTAS DE CAMBIOS LEGISLATIVOS Y DE POLÍTICA NACIONAL.

Samuel David Morales S.

En esta sección, ya llegando al final del recorrido de este trabajo, queremos aportar unas ideas, desde la perspectiva de un interesado en el área. El fin de estas propuestas es plasmar lo que creemos se necesita, para que Venezuela se encamine a una exitosa inserción en el grupo de países con programas espaciales respetables y en ruta a ser líder en la región.

La meta de hacer de Venezuela un país con un programa espacial competitivo, no se logra en meses y con la voluntad de un sólo órgano del Poder Público, sino con un activo sector privado que cuente con garantías para atreverse a invertir. Los grandes programas y agencias espaciales requieren de décadas para consolidación, consolidación que se logra con la intervención de varios elementos que son difíciles de alinear en cuanto a política pública. Por lo tanto las siguientes propuestas están concebidas para ser ejecutadas y perfeccionadas en el transcurso de décadas, y por encima de todo, para ser llevadas en una Venezuela con: un Estado de Derecho consolidado, una sociedad democrática, donde la meritocracia y el estudio científico guíe estos planes; y, sin guerras partidistas.

1. La Agencia Bolivariana de Actividades Espaciales (ABAE) debe mantener su estatus de Instituto Autónomo:

Como ya referimos, el artículo 2 de la Ley de la ABAE, le dio estatus de Instituto Autónomo, con las implicaciones y consecuencias que de ellos se derivan, ya comentadas. Tal estatus tanto material como jurídicamente, garantiza mayor independencia a la ABAE para poder ejecutar sus actividades. Permite (al menos en el plano teórico) y permitiría a la ABAE, poder obligarse contractualmente de manera directa, lo cual en un futuro, en el cual se busca el crecimiento de dicha agencia, puede traducirse en libertad de contratar con las empresas especializadas en la materia, que tengan una reconocida reputación en calidad y desarrollo. Esto proyecta procesos de contratación pública mucho más eficientes y expeditos, al ser la propia ABAE quien diseñe sus pliegos de condiciones, y demás actuaciones relativas a la contratación pública.

Además de lo anterior, la ABAE, en cuanto a presupuesto se refiere; puede administrar y diseñar de manera más efectiva los recursos y sus destinos. Esta libertad le

Samuel David Morales S.

permite, con mayor facilidad de cara a la burocracia administrativa, fijar la distribución de los recursos anualmente, dependiendo de los objetivos y necesidades que persiga la ABAE para el período abarcado por su presupuesto.

2. Deben concluirse los programas de centros de investigación que están inconclusos y reimpulsarse:

En los primeros años que siguieron a la fundación de la ABAE, el Ejecutivo Nacional se mostró momentáneamente entusiasmado con el prospecto de que Venezuela iniciara su camino en la actividad espacial. Producto de tal entusiasmo, y con unos ingresos elevados a la Nación, se dio luz verde a ciertos programas que desde hace ya varios años, no han avanzado y permanecen inconclusos.

El ejemplo más escandaloso de estos proyectos inconclusos, lo tenemos con el Centro de Investigación y Desarrollo Espacial Venezolano (CIDE), el cual pretendía o pretende ser el primer complejo de investigación espacial en nuestro país. Lamentablemente este complejo, a la fecha no ha sido plenamente inaugurado, esto tras once años desde que en 2009³⁰, el entonces mandatario nacional anunció la construcción del complejo.

La ABAE en su portal web, reseña los objetivos del CIDE afirmando que persigue: “la generación de tecnología espacial, a través del fomento de redes científicas integradas al sector espacial y desarrollo industrial: así como llevar a cabo la articulación con las redes de investigación³¹”. La intención y fin detrás de este proyecto, es lo que debe recuperarse y reactivarse; tener instalaciones propias dedicadas al área, es decir, tener herramientas y espacios propios para el desarrollo de la actividad, un espacio en territorio nacional desde el cual se produzca labor científica. Claramente, como ya lo hemos establecido, deben despojarse proyectos como estos, de todo tinte político y partir de una renovación de las

³⁰ Noticia “Presidente Chávez: Venezuela tendrá un fábrica de satélite”, de fecha 30 de octubre de 2009, Luis Vásquez, Prensa MCTI. Disponible en: <http://www.funvisis.gob.ve/old/noticia.php?id=476>. Consultado el 7 de julio de 2020.

³¹ “Descripción y Objetivo (CIDE)”, ubicado en la sección de “Institución” de la página web oficial de la ABAE. Disponible en: <http://www.abae.gob.ve/web/CIDE.php>. Consultado el 7 de julio de 2020.

Samuel David Morales S.

alianzas en el área. Mientras mejor sean las relaciones de amistad y cooperación (en términos de calidad y desarrollo), aumentarán los conocimientos compartidos y el crecimiento de nuestra Agencia. Todo dependerá de la política que fije el Estado, pero no debería cohibirse la ABAE y proyectos como el CIDE, de cooperar con agencias como la NASA, ESA y con nuestras agencias compañeras de la región Sudamericana (actualmente se tienen acuerdos de cooperación bilateral con Argentina, Bolivia, Brasil y Uruguay).

3. Política de formación y capacitación:

Por formación nos referimos a la educación de profesionales y no profesionales en Venezuela. La ABAE está llamada a copiar el exitoso hábito de agencias como la NASA o la ESA, de procurar ella misma dar programas de formación, abiertos a los más diversos grupos. Formación técnica y especializada para tanto técnicos como universitarios, sin dejar de lado la importante labor de sembrar la curiosidad por el área en la educación media y diversificada. Se trata de llevar estos conocimientos más allá del personal de la ABAE y el Ministerio en cuestión. La finalidad de tal proyecto formativo sería ir aumentando la fuente de capital humano nacional, para así atender esta área cuya relevancia se agiganta con los años. Claro está, que el éxito llegará en la medida que la formación impartida, esté acorde a los más modernos temas en la materia, aprendiendo de los países que ya han recorrido dicho camino con éxito.

La capacitación, la concebimos como la política que se debe tener de constante formación y actualización de los temas, por parte del personal de la ABAE e instituciones afines. Para tener la mejor capacitación posible, deberá procurarse reservar los recursos necesarios para que el personal de la ABAE pueda comenzar a construir presencia internacional. Lo anterior se traduce en la participación de la ABAE y su personal en foros internacionales en la materia, talleres, diplomados, entre otros.

Afortunadamente las ofertas no son pocas, la Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior está activamente celebrando encuentros para fomentar el intercambio de conocimientos, al igual que el Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación del Desarme, y muchas otras organizaciones que no necesariamente

Samuel David Morales S.

pertenecen al sistema de las Naciones Unidas. En síntesis, la mejor fuente de instrucción para la ABAE y sus funcionarios, se encuentra fuera de nuestras fronteras.

Una constante política de apoyo a la capacitación de personal nacional, irá construyendo una generación de expertos, que al hacer vida en el territorio nacional; mejorarán la capacidad tecnológica de los programas espaciales de la Nación mientras forman jóvenes venezolanos aquí en casa. Es una inversión que indiscutiblemente vale la pena hacer, con el compromiso de los sectores políticos, que la alternabilidad en el poder no afectará su curso.

4. Asegurar la despolitización de la ABAE y de los programas espaciales de Venezuela:

Con este punto queremos hacer énfasis en la necesidad que existe, en aras de garantizar la continuidad de los proyectos trazados, compromiso político por parte de los partidos u organizaciones que detenten el poder, de respetar y preservar la integridad patrimonial e institucional de la ABAE y programas afines.

Lo anterior se cumplirá sin mayor conflictividad. en la medida en que los gobernantes y la ciudadanía, vean a la ABAE y los proyectos espaciales de la Nación, como beneficiosos de manera directa. Las ambiciones espaciales y el desarrollo de nuestra agencia, está estrechamente vinculada al interés de la Nación y es por lo tanto una causa común a toda la ciudadanía. No hay que ir muy lejos para ver cómo el compromiso perpetuo a tales programas, resulta siempre en beneficio del mismo; en Estados Unidos, la NASA ha contado con el constante apoyo de administraciones tanto Republicanas como Demócratas, jamás se ha puesto en duda la vital importancia que representa el sostenimiento de la NASA, para los intereses de ese país.

5. La política espacial venezolana ha de ser pacífica y en apego al derecho internacional:

Venezuela está llamada a dar ejemplo, en su primitiva existencia e incorporación a la actividad espacial internacional; de compromiso con la paz global. Lo anterior no puede

Samuel David Morales S.

quedarse en una mera declaración de fe, los programas que se planteó Venezuela deberán estar orientados al avance tecnológico, comunicacional y del conocimiento, nunca con fines armamentistas.

Nuestro país tendría la oportunidad de ser un vital vocero en contra de la armamentización del espacio, problema que cada vez se agrava. Esto sería una tarea mucho más fácil de llevar, y un mensaje más coherente de predicar, si como hemos afirmado, Venezuela sólo desarrolla programas espaciales con fines científicos de investigación y para ampliar su capacidad e influencia en las comunicaciones satelitales.

Finalmente sobre este punto, creemos que la agenda venezolana en materia espacial debe reflejarse en el más alto nivel jerárquicamente hablando. Con esto queremos decir que, el Presidente de la Nación, en la formulación del Plan Nacional de Desarrollo (artículo 236 numeral 18 de la Constitución Nacional), ha de incluir el área espacial y los objetivos que se persigan.

Todas las propuestas anteriores, coordinadas entre sí, y ejecutadas por funcionarios responsables, cuyas decisiones y nombramientos se fundamenten exclusivamente en los méritos científicos; son las bases más fundamentales, desde el punto de vista jurídico y de política pública, para lograr asentar una exitosa política espacial venezolana.

CONCLUSIONES

Como hemos visto en este trabajo, el espacio ultraterrestre en el siglo XXI, es un tema cuyo debate no puede eludirse, pues representa un interés para todos los Estados, en lo político, económico e incluso militar. Del uso y la exploración del espacio ultraterrestre, un país puede expandir sus capacidades de telecomunicaciones, incrementar su conocimiento científico que se traduce en desarrollo de tecnologías, y para algunos, la presencia en el espacio ultraterrestre, significa un activo indispensable por conquistar o consolidar supremacía político-militar.

Desde el siglo pasado, la ONU, en un escenario donde las potencias mundiales comenzaban a adentrarse a otro campo de batalla (el espacio ultraterrestre), los Comités creados para tratar la materia desplegaron una importante actividad normativa, sentando las bases de lo que se conoce como el *Derecho Espacial*, en su rama internacional. El Tratado sobre el espacio ultraterrestre, sirve como piedra angular para la amplia regulación que ha emanado de la ONU, con 5 Tratados y 5 Declaraciones de principios que orientan la explotación y el uso del espacio ultraterrestre, siempre manteniendo como principio transversal: el uso pacífico del espacio ultraterrestre, y en beneficio de todos los países.

Los diversos instrumentos referidos brindan un marco regulatorio que constituye una serie de obligaciones para los Estados de cara a las actividades espaciales que ellos y otros Estados desarrollen. Venezuela ha suscrito y ratificado la gran mayoría de Tratados y Convenios (la única excepción es el Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre); con lo cual Venezuela en la medida que realice actividades asociadas al espacio ultraterrestre deberá cumplir con todas las normas y obligaciones que le impone el derecho internacional en la materia.

Venezuela es sumamente joven en su carrera espacial nacional, con tan solo una ley nacional en la materia, en la cual se creó la Agencia Bolivariana de Actividades Espaciales (ABAE), como el ente regulador y encargado de llevar la política y desarrollo espacial de

Samuel David Morales S.

Venezuela. Lamentablemente, como muchos proyectos en nuestro país, se quedó muy lejos de lo que pretendía ser; por ello presentamos propuestas jurídicas y de política pública que están orientadas a un eficiente desarrollo de la industria espacial nacional, que a su vez irá formando profesionales en el país para que Venezuela sea su propio proveedor de capital humano. Todo esto, en una Venezuela democrática y donde el crecimiento y desarrollo de sectores como éste, no sean armas partidistas. No dar este paso hacia la actividad espacial, representa para Venezuela y cualquier país, un gran salto atrás.

BIBLIOGRAFÍA

BIN CHENG, “*Studies in International Space Law*”, Claredon Press, Oxford, 1997, página 259.

BRIAN CLEGG, “*Frontera final: la ciencia y tecnología pioneras de la exploración del universo*”, Primera Edición, 19 de agosto de 2014, ISBN-10: 1250039436.

Carta de las Naciones Unidas, en vigor desde el 24 de octubre de 1945. Disponible en:
<https://www.un.org/es/charter-united-nations/>.

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, abierto para firma el 29 de marzo de 1972 y fecha de entrada en vigencia el 1 de septiembre de 1972.

Declaración de de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, aprobada por la Resolución No. 1962 (XVIII) de la Asamblea General el 13 de diciembre de 1963.

FABIO TRONCHETTI, “*The Non-Appropriation Principle Under Attack: Using Article II Of The Outer Space Treaty In Its Defence*”, International Institute of Air and Space Law, Leiden University, The Netherlands, Página 2.

FRANZ VON DER DUNK, “*Liability versus Responsibility in Space Law: Misconception or Misconstruction?*”, 1991, Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications, University of Nebraska, Lincoln. Página 365.

HARRY KOWAL, “Preventing the Weaponization of Space”, en: “*la armamentización del espacio implica su uso como un medio de agresión*”, Página 101. Disponible en:
https://www.cfc.forces.gc.ca/259/181/76_kowal.pdf.

JEFFREY PREVOST, “*Law of Outer Space-Summarized*”, septiembre de 1970, páginas 1 y 2, Cleveland State Law Review, Cleveland State University.

Samuel David Morales S.

MOURELLE DIEGO, “*La militarización del espacio, última frontera de las power politics*”, 10 de enero de 2017, publicado en medio español EOM. Disponible en: <https://elordenmundial.com/la-militarizacion-del-espacio-ultima-frontera-las-power-politics/>.

NASA and ESA Sign Agreements for Future Cooperation, publicado originalmente el 21 de junio de 2007. Disponible en: https://www.nasa.gov/centers/goddard/news/topstory/2007/nasa_esa.html.

NETA. A. BAHCALL, “*Hubble’s Law and the expanding universe*”, 17 de marzo de 2015, Department of Astrophysical Sciences, Princeton University, Princeton, New Jersey.

Noticia “Presidente Chávez: Venezuela tendrá un fábrica de satélite”, de fecha 30 de octubre de 2009, Luis Vásquez, Prensa MCTI. Disponible en: <http://www.funvisis.gob.ve/old/noticia.php?id=476>.

Página web oficial de la Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (UNOOSA), Sección “Our Work”, “Space Law”. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/index.html>.

Página web oficial de la Agencia Espacial Canadiense, Vocabulario de Astronáutica. Disponible en: <https://www.asc-csa.gc.ca/eng/resources/vocabulary/view.asp?id=54>.

Página web oficial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Outer Space Activities Must Benefit All States, No Matter Their Development Levels, Delegates Tell Fourth Committee as It Begins General Debate”, Minuta de la Décimo Cuarta reunión de la 74° Sesión General de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 30 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.un.org/press/en/2019/gaspd703.doc.htm>.

Página web oficial de UN-SPIDER, “Acerca de UNOOSA”, ubicado en sección “Sobre nosotros”. Disponible: <http://www.un-spider.org/es/sobre-nosotros/acerca-de-unoosa>.

Samuel David Morales S.

Página web oficial de UNOOSA “Roles and Responsibilities”, ubicado en sección “About Us”. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/aboutus/roles-responsibilities.html>.

Página web oficial de UNOOSA “United Nations Programme on Space Applications”, ubicado en sección “Our work”. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/psa/index.html>.

Página web oficial de UNOOSA, “Committee on the Peaceful Uses of Outer Space”, ubicado en sección “COPUOS 2020”. Disponible en: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/index.html>.

Página web oficial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “First Committee Delegates Exchange Divergent Views on How Best to Prevent Weaponizing Outer Space, Cyberspace amid Eroding Global Trust”, Sesión del Primer Comité de la Asamblea General, del 29 de octubre de 2019, Nota de Prensa. Disponible en: <https://www.un.org/press/en/2019/gadis3636.doc.htm>.

Página web oficial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Debating Outer Space Cooperation, Fourth Committee Hears Growing Number of Actors in Outer Space Could Risk Security of Space Assets, Limit Scope of Peaceful Uses”, Sesión del Cuarto Comité de la Asamblea General, del 21 de octubre de 2009, Nota de Prensa. Disponible en: <https://www.un.org/press/en/2009/gaspd433.doc.htm>.

Página web oficial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Fourth Committee Approves Draft Resolution on Peaceful Uses of Outer Space, as Delegates Conclude General Debate”, Sesión del Cuarto Comité de la Asamblea General, del 1 de noviembre de 2019, Nota de Prensa. Disponible: <https://www.un.org/press/en/2019/gaspd705.doc.htm>.

Página web oficial de la ABAE, “Descripción y Objetivo (CIDE)”, ubicado en la sección de “Institución”. Disponible en: <http://www.abae.gob.ve/web/CIDE.php>.

Samuel David Morales S.

Resolución No. A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2015.

Resolución No. A/AC.105/L.318/Add.4 de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, 19 de junio de 2019.

STEPHEN GOROVE, *“International Protection of Astronauts and Space Objects”*, 1971, DePaul Law Review, Volume 20, Issue 3, DePaul University, Chicago, Página 602.

Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, aprobado por Resolución No. 2222 (XXI) de la Asamblea General el 19 de diciembre de 1966.

WALDHEIM KURT, *“International Cooperation on Outer Space within the U.N.”*, Septiembre de 1969, Annals of the New York Academy of Sciences, Volumen 163, Primera edición, 2º Conferencia en Planetología y Planificación de Misiones Espaciales. Página 252.

LA OCDE Y EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO. ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA?

Jonás E. Aponte A.

Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Licenciado en Ciencias Fiscales Mención Rentas de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHF IUT). Especialista en Derecho Tributario (UCV).

Resumen

Con el presente trabajo analizaré los nuevos derroteros del derecho tributario, conjurado en una desformalización de sus normas y principios. El Plan BEPS además de formular 15 grandes líneas de acción ha introducido y popularizado ciertos términos que criminalizan tanto a los contribuyentes en general y a las prácticas o esquemas utilizados para procurar disminuir las cargas fiscales, en ocasiones inapropiadas. En tal sentido, haremos referencia a la naturaleza del Plan BEPS y cómo lejos de ayudar a frenar la distracción de ingresos fiscales genera mucha inseguridad jurídica.

Palabras claves: Plan BEPS, establecimiento permanente, planificación fiscal agresiva.

THE OECD AND THE NEW PARADIGM OF INTERNATIONAL TAX LAW. SOLUTION OR PROBLEM?

Abstract

With the present work I will analyze the new courses of tax law, conjured in a deformatization of its rules and principles. The BEPS Plan, in addition to formulating 15 major lines of action, has introduced and popularized certain terms that criminalize both taxpayers in general and the practices or schemes used to try to reduce tax burdens, sometimes inappropriate. In this sense, we will refer to the nature of the BEPS Plan and how far from helping to stop the distraction of tax revenues, it generates a lot of legal uncertainty.

Key words: BEPS plan, permanent establishment, aggressive tax planning.

I. PLATEAMIENTO DEL PROBLEMA

La globalización ha supuesto un ingente reto para la humanidad. La velocidad con la cual se producen los cambios en la sociedad producto de los avances científicos, de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y de cualquier circunstancia que implique la modificación acelerada del *status quo* en pro de mejorar las condiciones de los individuos, está prosternando el método que de ordinario hemos empleado para regular la vida en sociedad.

En las próximas décadas muchas carreras, profesiones y disciplinas están dispuestas para ser sustituidas por la robótica. Por lo menos, en EEUU el 47% de los trabajos existentes en la actualidad corren el riesgo de ser automatizados. Inclusive, merece la pena rescatar el vaticinio realizado en el año 2016 por el Foro Económico Mundial, en el cual destacó que en el 2020, es decir, año en el que escribo las presentes líneas, se habrían eliminado por lo menos 7 millones de empleos como consecuencia de la Cuarta Revolución Industrial¹.

El referido Foro en el año 2018 ofreció un pronóstico igual de alarmante, señalando que, con motivo a los avances tecnológicos, en 2025 la pérdida de empleos ascenderá a 75 millones, pero atenúa la catástrofe indicando que esta misma tecnología dará vida a más de 133 millones de nuevos roles de trabajo, con lo que se generarán 58 millones de nuevos empleos². Aún no hay respuestas para los problemas que se avecinan, más todavía en el entendido que cinco años es relativamente poco tiempo.

Inclusive, los recientes acontecimientos que se han producido por el COVID-19, una de las pandemias más complejas de la era digital, ha resultado un verdadero

¹ <https://www.aecoc.es/innovation-hub-noticias/estos-son-los-trabajos-que-seran-reemplazados-por-robots/>

² «*The Future of Jobs Report 2018*», World Economic Forum, Centre for the New Economy and Society, acceso el 1 de junio de 2020. http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf

rompecabezas para las Administraciones a nivel mundial. En este tablero de ajedrez el rey está en jaque y la única jugada posible es: sacrificar a la reina³.

Ya hemos dicho en otra oportunidad que uno de los temas que ha provocado mayor interés en cuanto a sus dimensiones económicas, políticas y sociales, paradójicamente, por los usos y aplicaciones que esconde, está relacionada con los criptomonedas y las tecnologías *blockchain*, especialmente porque paulatinamente se modificarán las formas cómo interactúa la sociedad entre sí y las que mantiene con el Estado⁴. Un claro ejemplo de lo señalado es ostensible en los contratos inteligentes, que persiguen reducir e inclusive eliminar la intermediación que de ordinario es aplicada para el perfeccionamiento de acuerdos y convenios, hasta el punto que si este modelo de contabilidad distribuida invade toda clase de operaciones no hará falta la fe pública que le atribuye el notario⁵.

La cuarta gran revolución industrial está dejando muy atrás el derecho que, en lo absoluto, puede ser granítico e impávido a los cambios y transformaciones sociales, la rigidez lo petrifica y lo hace ineficaz⁶. Para Novoa Monreal existe una brecha creciente entre la realidad social y el derecho, debido a la inflexibilidad de este último, por lo que: “[p]odría pensarse que un legislador atento a estas transformaciones y ágil en su elaboración preceptiva, podría evitar el desequilibrio, dictando nuevas normas que tuvieran

³ El gran dilema se presenta cuando al restringir las libertades individuales se producen, al mismo tiempo, otros epifenómenos relacionados con la pérdidas de empleo, situación que afecta dramáticamente la economía de los hogares, como ha ocurrido, que bien va de la mano con el trastocamiento de la libertad económica al impedir que tanto grandes como pequeños comercios abran sus puertas, generando una disminución de la producción que a la postre repercute en la generación de ingresos y por ende del cobro de tributos; pero, ser totalmente abiertos y liberalizar las medidas puede traer otros problemas de contenido social además de los económicos someramente descritos v.g. la muerte de los sostenes de casa, el aumento de niños huérfanos que de pronto queden a cargo del Estado, el hacinamiento de los hospitales que hagan colapsar el sistema de salud, personas perdiendo sus empleos y recibiendo hospedaje en una gélida calle y esperando el mendrugo que alguien dejó caer por fortuna en sus manos.

⁴ Aponte A., Jonás E, «Regulación tributaria de las criptomonedas en Venezuela. Estado del arte», *Transformación digital, modernización e innovación en la administración pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) (2019): 61-62.

⁵ Aponte, «Regulación tributaria de las criptomonedas en Venezuela», 62.

⁶ Aponte A., Jonás E, «Las formas en el derecho y los actos administrativos. Una revisión a la luz de la teoría de Santo Tomás de Aquino», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV)* n.º 15, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila, (2019): 81. <http://redav.com.ve/redav-no-15/>

Jonás E. Aponte A.

por finalidad poner al día las reglas caducas, para mantener siempre un derecho fresco y actualizado. Pero en realidad práctica no existe ese legislador atento y ágil”⁷.

Ahora bien, el objeto de este trabajo es analizar algunos conceptos que ha introducido el Derecho tributario internacional para hacer frente a estos nuevos modelos de negocios, conductas y comportamientos que tienen por objeto eludir o erosionar el sistema tributario pero que hasta cierto punto son tan discrecionales que rayan en la arbitrariedad, dotando al Fisco y a los jueces de tan inconmensurables poderes que en algunos casos lesionan derechos y libertades.

Por tal motivo, para fines metodológicos del presente artículo, resulta oportuno repasemos cuáles son esos conceptos que en el marco del Derecho Internacional Tributario y en especial, del Plan BEPS⁸, han provocado su laxitud, proveyendo de una profusa discrecionalidad a las Administraciones tributarias por mor de evitar la creciente pérdida en la recaudación fiscal.

II. EL DERECHO Y SUS LIMITACIONES

Las normas se hacen cada vez menos eficientes para resolver los problemas y por lo tanto se necesita alterar la dogmática legal para flexibilizarla al punto que pueda ser aplicada a la mayor cantidad de casos sin necesidad de atravesar por los complejos y lentos procesos legislativos. Aun cuando el carácter general y abstracto son elementos distintivos de toda norma jurídica, ese no es el problema de fondo, sino la forma en la que a determinados instrumentos se le atribuye arbitrariamente determinada categoría, entre ellas la de Ley o Tratado, y por lo tanto con fuerza regulatoria y vinculante para disciplinar la conducta y comportamiento de determinados agentes económicos, políticos y sociales.

⁷ Novoa M., Eduardo, *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social* (México: Siglo Veintiuno Editores, 1981), 37.

⁸ *Base erosion and profit shifting* (BEPS) por sus siglas en el inglés.

Jonás E. Aponte A.

Alejandro Nieto en un magnífico opúsculo denominado: *Limitaciones del conocimiento jurídico*, con su siempre desafiante prosa y cuyo título nos ofrece *ad initio* una panorámica muy clara de lo que va hablar, señala que el conocimiento teórico sistemático se forja a través de conceptos (método conceptual) el cual tiene por objeto la comprensión, elaboración y exposición de conceptos abstractos, a los que se llega en un proceso de eliminación de las características individuales de los fenómenos reales conocidos⁹. Pese a que Nieto no es ni mucho menos seguidor de este método, su definición es válida y para nuestro propósito, eficiente.

El derecho no es realidad objetiva dada, preexistente, que se domina mejor o peor según sea la agudeza del conocimiento sino que se va formando maleablemente por el propio conocimiento¹⁰.

Para Nieto el mayor riesgo del método conceptual estriba en que al descender a los fenómenos individuales “se desnaturaliza el mínimo jurídico de lo abstracto y se aplica a fenómenos que por su singularidad son incompatibles con el régimen general atribuido al concepto abstracto”¹¹. Ahora bien, el río de problemas que se le puedan atribuir al método conceptual ha arrastrado consigo una serie de dogmáticas que tienen por objeto relajar tanto el mecanismo empleado para la elaboración de las normas como para su interpretación; entre ellos tenemos, el método de ponderación de intereses, el cual señala, entre otras cosas, que el método conceptual desconoce que la aplicación del Derecho no es una operación lógica sino social: basada en una ponderación de intereses en conflicto¹².

Es preciso señalar que el método de ponderación de intereses está en boga precisamente por las formidables y coherentes, pero igualmente controversiales teorías preconizadas por Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y Ricardo Guastini, entre otros, y de

⁹ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 20.

¹⁰ Nieto y Gordillo, *Las limitaciones...*, 18.

¹¹ Nieto y Gordillo, *Las limitaciones...*, 25.

¹² Nieto y Gordillo, *Las limitaciones...*, 23 y 25.

alguna manera por el garantismo propuesto por Luigi Ferrajoli, todas estas teorías encuadradas dentro del nuevo constitucionalismo o también conocido como neoconstitucionalismo¹³. Estas transformaciones que va sufriendo el derecho a despecho del positivismo para hacer más dúctil su aplicación e interpretación puede que ofrezca ventajas especialmente para el Juez que no tiene que verse atado por rígidos esquemas legales y que, como hemos indicado, no se adaptan tan rápidamente a los cambios que paulatinamente va experimentado la sociedad, pero debilita la seguridad jurídica y el Estado de derecho. Sin embargo, el Juez se transforma en un creador del derecho, demiurgo de normas, confeccionadas al compás de casos que presenten diatribas o colisiones incapaces de ser resueltas por la pura lógica legal.

Alexy, su principal patrocinador, la denominó ley de colisión, en virtud que el juzgador deba establecer en función de dos principios dentro del ordenamiento jurídico que tienen el mismo rango en abstracto posee mayor peso en concreto¹⁴.

¹³ El neoconstitucionalismo comporta otra forma de analizar la Constitución, entendida ésta como: *i*) un conjunto de reglas y principios con valor programático y axiológico que han de orientar las relaciones entre el poder, la sociedad y el ciudadano; *ii*) principios, como informadores del ordenamiento jurídico; *iii*) norma constitucional, suficiente para, por sí misma, resolver casos concretos, es decir, derecho directamente aplicable; *iv*) constitucionalización del derecho; *v*) los derechos fundamentales como dimensión objetiva, que informan todo el ordenamiento y condicionan la actuación de los poderes públicos; y *vi*) se propicia un nexo más real entre los derechos de igualdad y los derechos de libertad, garantizando la reducción de las desigualdades económicas y sociales. Cfr. Villabela A., Carlos M., «Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 25, (2010): 52 y ss. Señala Abache que: “no resulta muy difícil concluir que toda teoría casuística o ponderadora de principios, para dotarlos de contenido *ex post*, caso por caso, se encuentra en la acera de enfrente de la libertad individual, ante la indeterminación o inseguridad en la que se coloca al individuo, quien (sin saber a qué atenerse) se encuentra en las manos del juez que actuará de acuerdo con su moral –y, por vía de consecuencia, en contra de la moral que subyace al Derecho democráticamente legislado-, en lugar de ubicarse en el imperio de la Ley y en la seguridad de sus reglas cuyo contenido conoce *ex ante*, pudiendo el individuo, en esta otra perspectiva, entender qué puede esperar de sus acciones u omisiones frente a las dimensiones permisivas, obligatorias y prohibitivas del fenómeno jurídico, a otras voces, gozar de previsibilidad y de autonomía en su libre desarrollo personal”. Abache C., Serviliano, «Iusmoralismos, seguridad jurídica y libertad individual», *Vitrina Legal*, acceso el 01 de junio de 2020, 2. <http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2019/08/Iusmoralismo-seguridad-juridica-y-libertad-2.pdf>

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 50 y ss. En el mismo sentido, para Zagrebelsky el juzgador debe ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad y sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respetar esta concepción práctica del derecho. En efecto, “el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es con referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no sólo es el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso. La ignorancia de cada uno

Jonás E. Aponte A.

Sobre el particular, Gustavo Zagrebelsky se refiere al engranaje constitucional como: Constitución viviente, esto es, un orden que va de la mano con las necesidades históricas de los tiempos sociales en que vivimos y en donde los principios constitucionales son las garantías destinadas a satisfacer estas necesidades en caso que la ley de una u otra manera no pueda hacerlo, o su contenido posea un sentido contrapuesto. Para este autor, el concepto evoca nuevas precisiones para el ámbito de la interpretación jurídica, en lugar de continuar con ideales conservadores que, si son perseguidos, no anquilosarían el avance del orden jurídico en paralelo con la realidad social¹⁵.

Estrictamente vinculado con lo anterior, Ferrajoli señala que la teoría del derecho al estar elaborado en un lenguaje enteramente artificial y convencional, es un sistema de conceptos y enunciados que puede perfectamente ser organizado según una estructura formal rigurosa y exactamente preestablecida¹⁶. Es esa organización de sus conceptos y enunciados la que el método axiomático puede llevar a cabo mediante la formalización del lenguaje en el que están formulados. Para el autor italiano, este método consta de cuatro tipos de operaciones:

- a) la estipulación de una serie de reglas de formación y de transformación del lenguaje teórico; b) la estipulación, según las reglas de formación preestablecidas, de un número restringido de conceptos no definidos, llamados por ello «conceptos primitivos», así como de proposiciones no derivadas de otras proposiciones de la teoría, llamadas por esa razón «postulados»; c) la definición, según las mismas reglas, del resto de los conceptos de la teoría por medio de los conceptos primitivos y/o de otros conceptos definidos a su vez

de estos elementos de la interpretación produciría dos efectos opuestos. Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una casuística, incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento jurídico conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso, malentendimiento de la naturaleza del derecho y malentendimiento de la interpretación misma”. Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil* (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 132.

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 2006), 47. En el mismo sentido, señala Zagrebelsky que el derecho en las sociedades democráticas debe ser “concebido como algo plural, carente de rigidez, para superar la concepción legalista y de sistema en que se halla encerrado”. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, 63.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, «Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel», (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 48.

con anterioridad; d) la derivación, según las reglas de transformación preestablecidas, del resto de las proposiciones de la teoría a partir de los postulados y/o de las definiciones y/o de otras proposiciones derivadas con anterioridad del mismo modo¹⁷.

Para Ferrajoli no resulta superfluo indicar que el conjunto de los términos primitivos, de los postulados y de las definiciones teóricas constituye una premisa abierta, que puede ser modificada o ampliada, allí donde lo requiera el desarrollo de la teoría, con la introducción de nuevos términos primitivos y/o de nuevos postulados y/o de definiciones nuevas o diferentes. Por otra parte, cualquier incremento del número de los términos primitivos o de los postulados produce un reforzamiento de la teoría, esto es, la posibilidad de desarrollos ulteriores de la misma y por consiguiente el aumento potencial de su capacidad explicativa. Naturalmente, para que se produzca un reforzamiento efectivo es necesario que los nuevos términos primitivos sean, además de no definidos, indefinibles, es decir, no definibles mediante otros términos (primitivos o definidos) de la teoría; y que los nuevos postulados, además de no demostrados, sean indemostrables, esto es, no deducibles a partir de otras tesis (primitivas o demostradas) de la teoría. La indefinibilidad y la indemostrabilidad son, por lo demás, las condiciones en presencia de las cuales se puede hablar precisamente de «términos primitivos» y «postulados»¹⁸.

El problema de estos nuevos términos primitivos es que si son considerados axiomas, capaces de integrarse correctamente al sistema sin objeciones, pueden producir un quiebre en las instituciones del derecho, en especial de aquellas que pretenden garantizar la libertad, la propiedad y la certeza. A juicio de Guastini, la vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes, que no se resuelven en una interpretación en abstracto, provoca que en el caso marginal, es decir, que cae en la penumbra, la posibilidad de decidir discrecionalmente si el supuesto de hecho en cuestión debe, o no, ser incluido en el ámbito de la aplicación de la norma¹⁹.

¹⁷ Ferrajoli, *Principia Iuris*, 48.

¹⁸ Ferrajoli, *Principia Iuris*, 54.

¹⁹ Guastini, Riccardo, *Teoría Analítica del Derecho*, (Lima: Zela Grupo Editorial, 2017), 105.

a. Una nueva valoración de las fuentes del derecho tributario

La creación del derecho está siendo producida por el desarrollo de recomendaciones, planes y doctrinas de grandes *iuspublicistas* que interpelan violentamente al derecho vigente, socavando sus bases y tallando indirectamente la conducta que deben seguir determinadas personas, entes e instituciones. En el caso del derecho tributario, las Administraciones han sido cautivadas por el Plan BEBS, que pese a tener un propósito legítimo en el fondo, se está recibiendo el incorrecto mensaje relativo a que los contribuyentes en general²⁰, están distrayendo y domiciliando sus ingresos a través de complejas estructuras o abigarrados esquemas a la sombra de las oscuridades de la Ley y de la bondades de los tratados para evitar la doble imposición. Muchos países se han sentido atraídos por esos conceptos: planificación fiscal agresiva, riesgos a la fiscalidad, esquemas tributarios, y han diseñado políticas para evitar esas conductas *velis nolis*, sin advertir la necesidad de y propiciar un cambio en las formas y en las leyes.

b. El lenguaje y el derecho

Para Guastini, la filosofía analítica del derecho que nació en Italia con el estudio de Norberto Bobbio “*Scienza del diritto e analisis del linguaggio*” parte de dos presupuestos: i) metafísico (común a la filosofía contemporánea de tendencia empírica (inaugurada por Gottlob y Rusell) que postula que la filosofía no es una particular forma de conocimiento, provista de un método y objeto específico, sino, en su lugar, por el análisis lógico del lenguaje; y ii) ontológico-jurídico, enunciado con gran claridad por Bobbio, al señalar que el derecho más que un lenguaje es un discurso: “el discurso del ‘legislador’ en sentido material, vale decir, el conjunto de enunciados formulados por las autoridades normativas. En consecuencia, las normas jurídicas son entidades lingüísticas”²¹.

²⁰ Ciertamente, principalmente las medidas van dirigidas a las Empresas Multinacionales (EMN) y fundamentalmente a las grandes tecnológicas mundiales, Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft - conocidas bajo el acrónimo de GAFAM, pero por mor de no quedar atrás con los lineamientos que propone el Plan BEPS, se intentan realizar aligeras reformas a despecho de las formas establecidas.

²¹ Guastini, *Teoría Analítica del Derecho*, 22.

Jonás E. Aponte A.

La importancia del lenguaje en el derecho es fundamental y por ende la carga de cada palabra y su dimensión óptica. Por lo tanto, la indeterminación de la norma en una Ley ya es peligrosa, imaginemos en un instrumento que no cumple con dicho rango.

Sobre este contexto se erige la teoría analítica de la interpretación, la cual no pasa por acceder a la mente de los jueces o intérpretes en general, sino que prefiere dedicarse a los productos de estos procesos, es decir, al discurso interpretativo, y en el caso de la interpretación judicial ésta dirige la mirada no a la psicología, sino a la lógica²².

La imposibilidad técnica y material de poder dar al traste con algunos problemas que produce la globalización han supuesto que el derecho deba adaptarse paulatinamente a través de un estiramiento morfosintáctico de los conceptos que lo integran. Los conceptos se pueden torcer lo que genera que la norma no sólo pueda ser interpretada para amalgamarla a determinadas situaciones específicas sino que pueda ser condicionada con efectos *ex post* para que pueda ser sustituida con la misma velocidad con la cual fue creada.

No pretendo hacer de este trabajo un desarrollo de la teoría constitucional sobre las normas y los conceptos pero, evidentemente, comprender cómo se genera un concepto y qué fin persigue el derecho, más allá de los tradicionales: la justicia, bien común y seguridad jurídica, nos permitirá profundizar en los aspectos claves de su desconstrucción. Amengual, siguiendo la teoría normativista de Bobbio indicó que para éste las normas jurídicas, al igual que las religiosas, morales, sociales, consuetudinarias, etc., “son proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, dirigiendo sus acciones hacia ciertos objetivos socialmente estimables, por lo que todas ellas son, en ese sentido, normativas”²³.

A renglón seguido, expresa Amengual que, para Bobbio, esta teoría en su planteamiento esencial se limita a sostener que el fenómeno que genera a la experiencia jurídica, es la regla de conducta toda vez que se puede hablar de derecho “cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por tanto, el derecho no es norma,

²² Guastini, *Teoría Analítica del Derecho*, 44.

²³ Amengual S., Andrés, «¿Norma o Enunciado?», *Vitrina Legal*, acceso el 01 de junio de 2020, 2.
<http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2017/08/Norma-o-Enunciado.pdf>

Jonás E. Aponte A.

sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo”²⁴. Por lo tanto, lo importante será siempre identificar correctamente qué entendemos por norma.

El prolegómeno anterior principalmente tiene fundamento para entender cómo se está moviendo el derecho en general y en especial el tributario a nivel mundial bajo el argumento de poder ofrecer alternativas para hacer frente a las nuevas formas de ilícitos tributarios, de evasión y elusión fiscal. Pero la suerte que está orientando a la teoría del derecho, al ser descompuesto para hacerlo más dúctil, maleable y flexible, está generando una serie de conceptos que invaden el núcleo de la norma afectando así el sistema, y siendo tan ambiguos y discrecionales que puede resultar atentatorios y violatorios a los derechos de los contribuyentes. Y particularmente en el marco del Derecho Internacional Tributario, el lenguaje que se está haciendo cargo de dicha reforma –allende de ser abierto, indeterminado e indeterminable– es de guerra, de lucha, de lid, como si se tratara de hacer una epopeya a costa de los derechos y garantías del contribuyente.

Es muy peligrosa la criminalización de la que están siendo víctimas algunos contribuyentes, sobre todo los GAFAM, a los cuales no se les mide por sus inconmensurables aportes en el mundo de la tecnología sino por lo que presuntamente dejen de tributar en algunas latitudes. En el supuesto negado que estén eludiendo tributos, las diferentes administraciones tienen la posibilidad de corregir su conducta, hacer los reparos correspondientes y exigir los importes no pagados, pero ofrecerle epítetos muy parecidos a los de criminales de guerra, me parece una exageración.

II. EL PLAN BEPS. VISIÓN ONTOLÓGICA

El Plan BEPS nace en el 2013 impulsado por el G-20 y la OCDE con el propósito de coordinar la integración del sistema tributario, centrándose en la tributación de las compañías multinacionales²⁵. Los principales objetivos que pretende cumplir las quince

²⁴ Amengual S., «¿Norma o Enunciado?», 2.

²⁵ Garcia-Gassul, Gerard, «El Plan BEPS», Vitrina Legal, acceso el 01 de junio de 2020,

(15) acciones del Plan son: *i*) eliminar la doble exención de la tributación debido a la incongruencia y a la existencia de lagunas en los sistemas tributarios; *ii*) diseñar nuevos estándares internacionales para asegurar la coherencia del Impuesto sobre Sociedades a nivel internacional; y *iii*) realinear la imposición para adaptarla a la imparable evolución de los modelos empresariales y de las nuevas tecnologías²⁶.

La insuficiencia de la normativa doméstica y los tratados bilaterales como mecanismo para resolver los problemas fiscales en un mundo de economía digital y global han provocado, en palabras de Montero Simó –citado por Atencio– la urgencia por tomar soluciones globales para hacer realidad los principios de coherencia internacional en materia de ingresos y gastos, el de prevalencia de la sustancia sobre la forma²⁷ y el principio de transparencia²⁸.

La OCDE indica que el Plan BEPS hace referencia a que la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios se debe a la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales, con lo cual se deja ver desde un principio que los esfuerzos irán dirigidos a establecer cambios en los patrones de cómo hemos establecidos e interpretado las normas tributarias. De igual forma, indicó la OCDE que de estas inconsistencias normativas se han servido las empresas multinacionales (EMN) “con el fin de hacer ‘desaparecer’ beneficios a efectos fiscales, o bien de trasladar beneficios hacia ubicaciones donde existe escasa o nula actividad real, si bien goza de una débil imposición, derivando en escasa o nula renta sobre sociedades²⁹”.

<http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2017/08/El-Plan-Beps.pdf>

²⁶ Garcia-Gassul, «El Plan BEPS».

²⁷ Sobre el particular, hemos indicado que en ocasiones se procura quebrantar las formas del derecho para cumplir con determinados fines. Para ello se suelen emplear criterios maniqueos con el objetivo, no diremos único pero si recurrente, de enfrentar forma y materia, forma y justicia o forma y realidad, como si se trataran de nociones totalmente dicotómicas encontradas en las antípodas de algún tipo de racionalidad: la jurídica. Vid. Aponte, «Las formas en el derecho y los actos administrativos...», 69.

²⁸ Atencio, Gilberto V., «El Plan Beps y su incidencia en las sociedades digitales», *Revista Venezolana de Derecho Tributario*, n.º 155 (2017): 55.

²⁹ «10 Preguntas sobre BEPS», OCDE, acceso el 01 de junio de 2020, <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntassobre-beps.pdf>.

A tenor de la creciente movilidad del capital y de activos tales como la propiedad intelectual, así como de los nuevos modelos de negocio del siglo XXI, a juicio de la OCDE, BEPS se ha convertido en un serio problema³⁰.

En palabras de Oriol Mir Puigpelat el Poder del Estado-nación ha cedido y erosionado ante la omnipresencia de las corporaciones transnacionales y las organizaciones internacionales, quien además de imponer sus normas y mecanismos alternativos para la resolución de disputas, también procuran la supresión de todo tipo de barreras a la circulación de bienes, servicios y capitales, y para ello imponen al Estado que adapte su normativa a sus exigencias, lo cual ha generado “una auténtica competencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales (la denominada *regulatory competition*)”³¹.

A propósito de la competencia regulatoria, Cassese citado por Mir Puigpelant, señala que: “los Estados no compiten ya –como sucedía en el siglo XIX o en los inicios del XX– para defender su propio territorio, sino por conquistar los mercados, transformándose de guardianes de la seguridad nacional en guardianes de la inseguridad de las [otras] naciones, en un mercado que no posee ya barreras nacionales”³². Supiot denomina dicho fenómeno como Darwinismo normativo, que permite a los inversores sustraer las leyes de

³⁰ «10 Preguntas sobre BEPS», OCDE. Según la OCDE, fruto del fenómeno de la globalización el comercio entre diferentes Estados y regiones ha cambiado drásticamente, produciendo la creación de empresas de carácter multinacional y, fundamentalmente que en la actualidad, las inversiones y el traslado de utilidades se realice con pocas tangentes de procedimiento. Algunas instituciones y organismos a nivel mundial han acusado a las Multinacionales de distraer dineros destinados a tributos, entre ellos, la Asamblea Nacional Francesa, en el que en un informe elaborado por la Comisión de Finanzas, Economía General y Control Presupuestario sobre la optimización fiscal de las empresas en un contexto internacional, atribuyó al hecho que coexistan múltiples legislaciones y a la presión fiscal como las causas determinantes de las estrategias de planificación fiscal puestas en marcha por las empresas multinacionales; de igual forma, el Subcomité Permanente de Investigaciones del Senado norteamericano ha llevado a cabo una serie de audiencias a importantes empresas multinacionales estadounidenses “y ha llegado a la conclusión de que las multinacionales estadounidenses están desviando billones de dólares de impuestos nacionales empleando complejas estructuras y transacciones con la finalidad de explotar al máximo los agujeros del sistema tributario, incluyendo el denominado ‘*check the box*’, para eludir el pago de impuestos y desviar sus beneficios a territorios *offshore* o donde exista una muy baja tributación”. Vid. García-Lastra, Carmen B., «La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español» (Tesis doctoral: Universidad Complutense de Madrid, 2016), 10-11.

³¹ Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo* (Madrid: Thomson-Civitas, 2004), 40 y ss.

³² Mir Puigpelat, *Globalización...*, 40 y ss.

los países donde operan y elijan otras que les sean más provechosas, denominado igualmente *law shopping* o mercado de productos legislativos³³.

Ahora bien, la finalidad del Plan BEPS, según Andrade, giran en torno a tres (3) pilares fundamentales: *i*) la coherencia de la imposición a la renta a nivel internacional; *ii*) la sustancia económica de las operaciones y; *iii*) la transparencia, junto con la seguridad jurídica y la predictibilidad, que a su vez pueden disgregarse en 6 áreas claves, conforme a la OCDE, vale decir, 1) híbridos y desajustes; 2) saldo de impuesto de residencia-fuente, en el contexto particular de la economía digital; 3) departamento de financiación, con empresas en países de altos impuestos que se encuentran cargados de deuda; 4) transferencia de precios para lo cual es relevante revisar como el tratamiento de las sinergias de grupo, riesgos, realización efectiva de la actividad productiva; 5) la efectividad de las reglas contra la evasión que a menudo son desaplicadas debido a la excesiva burocracia y presión competitiva y; 6) la existencia de regímenes preferenciales³⁴.

Es preciso destacar que la globalización ha supuesto la creación de nuevas formas de comisión de los tradicionales ilícitos tributarios, entre ellos, la legitimación de capitales, y es por tal motivo que a nivel internacional se han intensificado las medidas de combate contra la evasión y la elusión tributaria internacional a través del Plan BEPS, que pretende

³³ Supiot, Alain, *El Espíritu de Filadelfia, La Justicia social frente al Mercado Total* (Barcelona: Editorial Península, 2011), 66-67. A criterio de Sanz Sanz, refiriéndose a los distintos márgenes de distorsión del impuesto sobre sociedades señaló que desde que el famoso Informe Meade viese la luz en 1978, el factor económico más relevante desde la perspectiva tributaria empresarial es la globalización económica y la consecuente generalización de los flujos internacionales de capitales y beneficios. Por lo tanto, dónde generar internacionalmente los beneficios empresariales y cómo competir entre países para atraer la inversión foránea son algunas de las cuestiones que mayor atención han generado en este nuevo escenario internacional. Cfr. Sanz S. José F., «Los costes de la imposición: un sistema fiscal eficiente para una economía en crecimiento, trabajo colectivo: Una Reforma Fiscal para el crecimiento y el empleo», Fundación para el análisis y los estudios sociales, acceso el 01 de mayo de 2016, 22. http://www.fundacionfaes.org/file_upload/news/pdfs/20130702133516.pdf

³⁴ Andrade R., Betty, «BEPS, *soft law* y derechos humanos», *Revista Venezolana de Derecho Tributario*, n.º 149, (2016): 55.

atacar las fórmulas de las que se han valido algunos actores del comercio internacional para disminuir injustamente su carga tributaria³⁵.

Dentro de estas medidas, señala Weffe, se contempla la posibilidad de: *i*) incorporar cláusulas generales antielusivas al sistema de convenios tributarios [por medio del examen del propósito principal de negocios para la configuración de los actos fiscalmente relevantes o el *Principal purpose test* (PPT)³⁶]; *ii*) la limitación de los beneficios del tratado (LOB) con base en restricciones derivadas de la real vinculación de los sujetos a las jurisdicciones partes de los convenios tributarios y a la sustancia económica de sus operaciones; *iii*) la reconfiguración del concepto de establecimiento permanente para evitar la manipulación formal de la figura a través de la fragmentación de actividades; *iv*) al tiempo, se ha propuesto –a través del denominado marco inclusivo de la OCDE– la implementación de mecanismos de intercambio automático de información entre autoridades tributarias, así como el establecimiento de obligaciones generales y específicas de reporte general y país por país de las operaciones fiscalmente relevantes llevadas a cabo por las empresas multinacionales (*master file*, *local file* y *country by country reporting*)³⁷.

Ahora bien, que la economía digital sea el primer objetivo del movimiento anti BEPS, según Korody Tagliaferro, responde a la crisis financiera mundial del 2007-2008, lo cual trajo secuelas importantes en el patrimonio fiscal de los Estados, tanto por la caída en la recaudación por la recesión económica, como por las medidas fiscales que tuvieron que tomar los Estados para reimpulsar sus mercados³⁸. Por ende, por finalidades meramente crematísticas los Estados Unidos, la India y el Reino Unido, entre otros, comenzaron una serie de fiscalizaciones que se pudieran calificar como agresivas y emblemáticas a grandes

³⁵ Weffe H., Carlos E., «La defraudación tributaria y las nuevas formas de ilícitos tributarios», acceso el 30 de junio de 2020, 8. http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/C.Weffe_La-Defraudación.pdf

³⁶ En el mismo sentido, léase a: Mosquer V., Irma, «What does the PPT say about Global Tax Governance? », Kluwer International Tax Blog, acceso el 30 de junio de 2020, http://kluwertaxblog.com/2019/07/26/what-does-the-ppt-say-about-global-tax-governance/?doing_wp_cron=1591535023.6616959571838378906250

³⁷ Mosquer, «What does the PPT...».

³⁸ Korody Tagliaferro, Juan E. «La tributación del comercio electrónico frente a los nuevos estándares de la fiscalidad internacional» (XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2015), 329.

empresas multinacionales, la mayoría de ellas provenientes del nuevo mundo del comercio digital³⁹.

La Comisión de la Unión Europea indicó que desde el punto de vista político, los Gobiernos se enfrentan a un doble reto en lo que se refiere a la fiscalidad de las empresas, por una parte, existe una fuerte demanda de los ciudadanos de una mayor justicia fiscal y, por la otra, los Estados miembros están sometidos a una fuerte presión para crear regímenes de imposición de las sociedades que resulten atractivos para los inversores multinacionales y competitivos a escala internacional⁴⁰.

La erosión de la base imponible, la reducción de los ingresos fiscales por el orden de 100-240 millones de dólares anuales, que oscila entre el 4 y el 10% de la recaudación global del impuesto sobre la renta a la actividad empresarial, el empleo de multinacionales para lavar el dinero y ejecutar toda clase de fraudes fiscales, todo ello en el contexto en el que los Estados tienen una creciente necesidad de financiación que les permita afrontar las demandas propias de la actividad prestacional, ha contribuido a la construcción de una narrativa de emergencia vinculada a la eficacia del sistema tributario, de la que las Administraciones tributarias han devenido en víctimas⁴¹.

Esta victimización de las administraciones tributarias se ha traducido en el paroxismo de acabar con las inequidades del sistema a través de la optimización de la recaudación fiscal, la persecución de la evasión y la elusión tributaria pero con el derecho sancionador tributario como arma, ha producido un desplazamiento hacia la administrativización del *ius puniendi* fiscal⁴².

De igual manera, a juicio de Caamaño y Calderón la globalización también ha situado la fiscalidad entre los factores que más influencia ejercen sobre los operadores

³⁹ Korody, «La tributación del comercio electrónico...», 329.

⁴⁰ Andrade, «BEPS, *soft law* y derechos humanos», 116.

⁴¹ Weffe H., Carlos E. «Derechos del contribuyente vs. expansión sancionadora. Una aproximación garantista al Derecho Tributario Sancionador post-BEPS» (Derechos de los contribuyentes: Academia Mexicana de Derecho Fiscal, 2019), 18.

⁴² Weffe, «Derechos del contribuyente vs...», 18.

económicos a la hora de tomar decisiones sobre el lugar de localización de sus inversiones financieras y productivas, circunstancias que han traído consigo que la política fiscal de los diferentes Estados se vea fuertemente condicionada por consideraciones de índole económica, v.g. la desfiscalización de la imposición de las rentas de capital⁴³. Es por tal motivo que ciertos principios clásicos y constitucionales de la imposición, terminan siendo orillados, flexibilizados y sacrificados, entre ellos, los principios de igualdad, capacidad económica, progresividad y redistribución⁴⁴.

III. CAMBIO DE ENFOQUE DE LA OCDE

La OCDE ha virado el timón de sus acciones de babor a estribor. Anteriormente, se trataba de evitar la doble imposición internacional, fuese ésta económica o jurídica, ahora el mantra internacional intenta por medio de la iniciativa BEPS evitar la doble no imposición internacional o la reducción intencionada e ilegal de la imposición sobre las rentas o patrimonios internacionales⁴⁵.

Señala Andrade que pese a existir un cambio de visión pendular acerca del fenómeno tributario internacional, que habría pasado de la protección del contribuyente a la protección de las competencias de las Administraciones Tributarias y la recaudación por los Estados de los tributos formalmente causados en su territorio, tal situación no puede plantear como antagónicos dos objetivos que, claramente, no lo son⁴⁶.

Inclusive, de dicho cambio dio cuenta el Catalogo Tributario del año 2016, al señalar que a nivel mundial se “ha ido construyendo un renovado estándar de comportamiento tributario con un despliegue de diferentes acciones, las que principalmente

⁴³ Caamaño A., Miguel A. y Calderón C., José M., «Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 114, (2002): 245.

⁴⁴ Caamaño A., y Calderón, «Globalización Económica y Poder Tributario...», 245.

⁴⁵ Carbajo Vasco, Domingo, «El plan de acción de la iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial», Instituto de Estudios Fiscales, *Crónica Tributaria*, n.º 154 (Madrid): 52.

⁴⁶ Andrade, «BEPS, *soft law* y derechos humanos», 116.

Jonás E. Aponte A.

se ven reflejadas en el denominado Plan de Acción BEPS⁴⁷. Es evidente que ese cambio de paradigma influyó en las conductas de todas las administraciones tributarias, por ejemplo en la chilena. No con ello quiero decir que esté mal, sino que incorrectamente mal advertido puede generar complicaciones a los contribuyentes.

Al respecto, Carbajo Vasco señala que el primer grave problema con el que se enfrenta el Plan BEPS es la convivencia entre un modelo de fiscalidad internacional centrado en eliminar la doble imposición y su modelo opuesto; y más aún cuando los problemas que se persiguen erradicar van a seguir existiendo⁴⁸.

IV. *SOFT LAW* Y EL PLAN BEPS

Es preciso destacar que para poder lograr producir ese cambio de enfoque se requiere que los países comiencen a introducir reformas legislativas y se discutan modificaciones de los Tratados a través de protocolos que cambien los puntos que pudieran generar interpretaciones oscuras y ambiguas que den lugar a la erosión de beneficios. No obstante, para que los cambios comenzasen a generarse algunos países optaron, aunque veladamente, por acreditarle al Plan BEPS el rango de principio ordenador y por ende uniformador del sistema jurídico y, por ende, pese a que su aplicación no era obligatoria sí podría ser empleado para que las normas se interpretaran conforme a sus postulados.

En ese caso, habría que preguntarse: ¿Debe aplicarse el Plan BEPS sin cortapisa? o ¿su naturaleza es de *soft law*?

a. ¿Qué es un *soft law*?

El término *soft law* se le atribuye al jurista británico y primer presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, quien acuñó por primera vez el término para referirse a principios operativos abstractos que eran usados en la interpretación judicial a los que

⁴⁷ «Catálogo de esquemas tributarios 2016», Servicio de Impuestos Internos (SII), acceso el 30 de junio de 2020, http://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/index.html

⁴⁸ Carbajo, «El plan de acción de la iniciativa BEPS...», 51 y 52.

quería abarcar como enunciados normativos⁴⁹. A juicio de Durán, el *soft law* contendría: a) a todo instrumento con pretensión jurídica pero sin fuerza vinculante, aunque no carente de efectos jurídicos o con cierta relevancia jurídica; y b) puede el instrumento ser producido por entidades *supra* estatales o paraestatales e inclusive por entidades privadas como por ejemplo el *Accounting Standards Board* (IASB)⁵⁰.

En términos generales, el *soft law* se caracteriza por responder a un esquema de consejo o recomendación, proponiendo y no imponiendo la realización de conductas; su análisis avanza en los diversos sectores del derecho, el internacional, el tributario, el laboral, el societario y el administrativo, generándose dentro de la globalización por lo que esta propuesta “de forma clara, indubitada y poco interpretable establecen determinados contenidos, pero los fijan a través del instrumento de la recomendación y la llamada a la adhesión voluntaria, y no mediante el recurso a la coacción”⁵¹.

A corolario de lo anterior, podemos decir que el *soft law* “se ha desarrollado en el ámbito del Derecho Internacional para hacer referencia a instrumentos heterogéneos que, aun no siendo jurídicamente vinculantes, tienen sin embargo una cierta relevancia jurídica pues terminan desplegando efectos en la práctica”⁵².

b. ¿Es el plan beps *soft law*?

Ahora bien, es importante señalar que incorporar el Plan BEPS de la OCDE al derecho interno sin seguir los procesos correspondientes y con ellos atribuirle la condición de tratado o acuerdo internacional es ante todo una violación de orden constitucional, por

⁴⁹ Durán R., Luis, «Uso del *soft law* en el derecho tributario como manifestación del cambio de paradigma jurídico. Primeras reflexiones para revisar la experiencia peruana», *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, n.º 57, (2014): 78.

⁵⁰ Durán, «Uso del *soft law* en el derecho tributario...», 78-79.

⁵¹ Altamirano, Alejandro, «El ‘*Soft law*’ y el Derecho Internacional Tributario. ¿Es fuente de Derecho?», *Tratado de Derecho Internacional Tributario, Tomo I* (La Ley: Buenos Aires, 2013), 9.

⁵² Mazuelos, Ángeles, «*Soft law*: Mucho ruido y pocas nueces», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.8, (2004); 3. <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces>

Jonás E. Aponte A.

cuanto soslaya abiertamente lo establecido en las normas relativas a las condiciones para la entrada en vigencia de un tratado, vale decir, artículo 154 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Adicionalmente, es incorrecto decir que es un acuerdo simplificado (*agreement*) y con ello evitar que el Congreso controle su contenido, su naturaleza se acomoda más a la de recomendación y por ende de un instrumento de *soft law*.

Para Andrade, posición que compartimos completamente y que se ajusta a lo que hemos venido señalando:

la asunción por las administraciones tributarias de las disposiciones del Modelo OCDE o de los nuevos comentarios al Modelo como formas de interpretación de los tratados ya firmados por sus Estados, atentaría contra los derechos de los administrados, yendo contra el principio de certeza, así como de reserva legal, por cuanto (i) por esta vía podría realizarse una modificación implícita de los convenios internacionales, que se apartaría de la intención del Estado firmante al momento de la ratificación del tratado, (ii) tal modificación no habría sido objeto de aprobación por el parlamento nacional, (iii) no estaría disponible a través de una publicación oficial y (iv) mucho menos a través de una traducción oficial al idioma español. En consecuencia, la adopción de estos comentarios afectaría directamente el conocimiento por los particulares de las consecuencias fiscales de sus actos y, lo que es más grave aún, se admitiría la flexibilización de las normas vigentes sin reforma legal, en clara violación del principio de reserva legal⁵³.

Sobre el particular, Serrano Antón señala que: “debe insistirse en la idea del déficit democrático que se pone de manifiesto en el seno de las organizaciones en las que se aprueban estas disposiciones. La composición gubernamental-administrativa, por técnicas o representantes de distintos países y, a veces de los sectores económicos implicados, hace que no haya ocasión de plantear un debate en los órganos depositarios de la soberanía nacional sobre las distintas alternativas y soluciones y, por tanto, estas *pseudonormas* no

⁵³ Andrade, «BEPS, *soft law* y derechos humanos», 116.

Jonás E. Aponte A.

gozan de la legitimidad democrática, de las posibilidades de debate, de la publicidad y transparencia que ostentan las fuentes normativas clásicas”⁵⁴.

En el mismo sentido, García Novoa, citado por Atencio, indicó que en cualquier replanteamiento de la fiscalidad internacional “los derechos y garantías del contribuyente deben adquirir un protagonismo del que hoy carecen. Es necesario configurar una verdadera Carta de Derechos del Contribuyente a nivel internacional, que fije los derechos de notificación, audiencia y recurso como garantías mínimas en estos procedimientos internacionales”⁵⁵.

Para Vega, el *soft law* ha generado incerteza sobre el contenido del Derecho Internacional en algunos ámbitos, por cuanto “resulta problemático diferenciar entre lo que es Derecho y lo que no lo es, de forma que se estaría poniendo en peligro el propio sistema jurídico”⁵⁶. A renglón seguido, citando a Marek, el *soft law* no constituye un verdadero progreso, sino al contrario, “una fuente de inseguridad y de desorden que provoca una degradación del Derecho Internacional. En este sentido, KLABBERS incluso apunta que al introducir incertidumbre en las estructuras jurídicas tradicionales, el *soft law* provoca el desmoronamiento del sistema jurídico”⁵⁷.

Como corolario de lo anterior, el Plan BEPS y todas sus hijuelas deben reputarse como recomendaciones, bajo esta especial denominación del *soft law*, por lo que en ningún caso, su aplicación es automática, ni siquiera invocándola como principios o valores informadores del ordenamiento jurídico.

⁵⁴ Serrano A., Fernando, «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional», *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2014), 507.

⁵⁵ Atencio, «El Plan Beps y su incidencia en las sociedades digitales», 62.

⁵⁶ Vega G., Alberto, *El soft law en la fiscalidad internacional* (Tesis doctoral: Universitat Pompeu Fabra, 2014), 132.

⁵⁷ Vega, *El soft law en la fiscalidad internacional*, 132.

V. LOS INSTRUMENTOS HÍBRIDOS

La Acción 2 se plantea diversas recomendaciones de política legislativa, siendo su objetivo fundamental “diseñar cláusulas nacionales que permitan evitar los esquemas de deducción/no exclusión para lograr la coherencia en el tratamiento transfronterizo de esta clase de instrumentos”⁵⁸. Como se aprecia, una de las acciones propuestas por el Plan BEPS es eliminar los instrumentos híbridos. Esta clase de instrumentos se caracterizan porque las empresas buscan atraer financiamiento al menor costo posible y, al mismo tiempo, obtener ventajas competitivas.

Los instrumentos híbridos consisten en que una determinada clase de financiamiento puede ser estructurado o considerado deuda en un país y como capital en el otro, tanto de desde una perspectiva legal y tributaria. Esta inconsistencia, señala Tim citado por Nuñez, en cualquiera sistema tributario puede ser explotada por los contribuyentes, está dada por el tratamiento tributario distinto que se aplica a los intereses con respecto a los dividendos. Con esta clase de financiamientos las empresas podrían acceder a recursos en el mercado a menores costos que los instrumentos tradicionales⁵⁹.

Para la OCDE las reglas para evitar los desajustes en la imposición se plantean desde la perspectiva de la practicabilidad y la eficacia, limitando la aplicación de la exención para evitar la doble imposición económica internacional a los pagos que no hayan sido deducibles en sede del pagador previamente. La OCDE a la hora de definir el ámbito de aplicación de las reglas propuestas optó por un enfoque inclusivo *bottom-up approach* y por reglas de vinculación *linking rules*,⁶⁰.

⁵⁸ Jiménez-Valladolid L., Domingo J., «Doble (no) imposición e híbridos financieros: tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades», *Encuentro de derecho financiero y tributario La reforma del sistema tributario español*, 3.a edición, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2015), 141.

⁵⁹ Nuñez C., Fernando, «Instrumentos Financieros Híbridos», *Revista* n.º 49, (2010): 164.

⁶⁰ Las reglas del *bottom-up approach* tratan de evitar los desajustes a través del uso de instrumentos atípicos por partes vinculadas o en los casos en que se emplea un instrumento diseñado específicamente para producir un desajuste, como por ejemplo: i) que el instrumento incluya elementos estructurados por motivos estrictamente fiscales; ii) que el instrumento se comercialice en función de sus ventajas fiscales; iii) que el precio pactado tenga en cuenta los beneficios fiscales a obtener mediante la explotación del instrumento. Por otra parte, los *linking rules* tratan de alinear el tratamiento fiscal de los pagos basados en estos instrumentos

Es importante destacar que la implementación de estas soluciones puede realizarse desplazando el coste de su gestión a la propia Administración tributaria, que deberá comunicarse con el Fisco del otro Estado para comprobar la realidad de la inclusión del pago o con el sujeto pasivo que informará sobre la situación del mismo en el Estado de residencia del perceptor para poder deducirlo⁶¹.

Ahora bien, la implementación de las reglas exigirá mayor compromiso de las Administraciones tributarias, “pues las dificultades en su aplicación pueden tener dramáticas consecuencias para los operadores, que podrían acabar enfrentándose a situaciones en que se produjera una doble imposición, al menos de modo temporal”⁶².

Roger Matthei, citado por Gonzalo Polanco, indicó que la legislación de Chile no logra visibilizar normativas que ataquen o se hagan cargo de la fiscalización de los mecanismos híbridos, por lo que “no apostaría por una reforma tributaria en este sentido, sino, en su lugar, apostaría por las medidas BEPS, que son tan potentes en sus principios que “desde un inicio otorgan facultades poderosas a la administración fiscal”⁶³.

Hay que destacar que dentro de las 15 acciones del Plan BEPS alguna de ellas requieren que se introduzcan reformas internas, por ejemplo, la acción 2: *neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos*, vale decir, la doble exención, la doble deducción o el diferimiento a largo plazo de los mecanismos y de las entidades que hagan uso de los mismos. Propone la OCDE la introducción de una norma anti-híbridos “modificada que requiera que los pagos intragrupo realizados a una Sociedad Extranjera Contralada (SEC)

mediante el examen de las consecuencias que tiene el pago en la otra jurisdicción. Para ello se propone dos reglas básicas: la primera, regla primaria, el Estado del pagador deberá evitar la deducción del pago si el perceptor no lo incluye en sus beneficios ordinarios; la segunda, regla defensiva, si el Estado del pagador no evita la deducción, el Estado del perceptor deberá asegurar que el pago se incluye en la BI. Cfr. Núñez, «Instrumentos Financieros Híbridos», 141.

⁶¹ Núñez, «Instrumentos Financieros Híbridos», 141.

⁶² Jiménez-Valladolid, «Doble (no) imposición e híbridos financieros...», 141.

⁶³ Polanco, Gonzalo, «Expertos tributarios analizan el nuevo escenario global de la iniciativa BEPS», Centro de Estudios Tributarios, acceso el 1 de junio de 2020. http://www.cetuchile.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=2105:expertos-tributarios-analizan-el-nuevo-escenario-global-de-la-iniciativa-beps&catid=190:nd67-octubre-2016-&Itemid=281

Jonás E. Aponte A.

sean tenidos en cuenta a la hora de calcular la renta sujeta al régimen de TFI”⁶⁴. Por tal motivo, que la OCDE recomiende al menos para un caso en específico una reforma legal, contradice las posiciones relativas a que sólo basta con intensificar las actividades de fiscalización con las herramientas con las que se cuenta.

Apostar al incremento de las competencias o facultades tributarias sin acomodo legal es muy peligroso, no tanto por desconfiar de los interlocutores del Fisco, sino por la voracidad fiscal que acompaña a algunas políticas públicas. Adicionalmente, el principio de legalidad tributaria debe sobre todas las cosas preservarse como pilar fundamental del Estado de derecho y garantía de la seguridad, certeza jurídica y de la confianza legítima⁶⁵. Inclusive, señalar que del Plan BEPS pueden aplicarse sus principios para robustecer las competencias de la Hacienda, sin indicar qué será extraído del mismo, deja a un lado su naturaleza de *soft law*.

Para Mazuelo el problema se plantea con crudeza sobre todo cuando una resolución propone un cambio normativo respecto de una norma u obligación vigente, vale decir, mientras el nuevo contenido normativo no adquiera estatus de *lex lata* perviven dos realidades imposible de conciliar⁶⁶.

Como corolario de lo anteriormente descrito, los problemas de la doble imposición siempre estarán latentes, pero se podrían agudizar si a las recomendaciones del Plan BEPS se le atribuye la condición de principio, capaz de oxigenar y supuestamente servir de crisol el ordenamiento jurídico; consideraciones como ésta *ipso facto* otorgarían poderes a la Administración al margen de la Ley.

⁶⁴ «Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces Acción 3 – Informe final 2015», (Paris: OCDE, 2015), 24.

⁶⁵ García Novoa, citado por Díaz-Rubio, señaló que el requisito de la publicidad oficial que exige el Tribunal Constitucional “no es más que una traducción del principio de publicidad que permite al ciudadano tomar conocimiento de la existencia y contenido, no sólo de las leyes ya aprobadas, sino de cambios normativos en proceso de gestión parlamentaria”. (GARCÍA NOVOA, CÉSAR. El principio de seguridad jurídica en materia tributaria)”. Vid. Díaz Rubio, Patricia, *El principio de confianza legítima en Derecho Tributario*, (Tesis doctoral: Universidad de Almería, 2012), 222.

⁶⁶ Mazuelos, «Soft law: Mucho ruido y pocas nueces», 5.

VI. EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO TRIBUTARIO: MÁS DISCRECIONALIDAD, MÁS AMBIGÜEDAD Y POR LO TANTO MÁS ARBITRARIEDAD

a. Concepto de planificación fiscal agresiva

Ya arriba habremos adelantado que la OCDE cambió de paradigma, sus fines no son tanto garantizar para que no se graven dos veces la misma renta, sino evitar que producto de artilugios y por mor del uso de métodos de ingeniería financiera, el pago de los tributos se realice con disminuciones injustas o llanamente no se paguen. Esta nueva visión que ha impregnado al derecho no es de reciente data, tiene más de dos décadas en la que se hacen esfuerzos para corregir las discrepancias en el pago de tributos, situación de la cual se le imputa a las empresas transnacionales, pero que tuvo su coronamiento con el Plan BEPS.

A criterio de Contreras, dentro de los comportamientos de planificación fiscal agresiva, estas son, *tax shelters* (paraísos fiscales) y *tax schemes* (esquemas fiscales) fueron prácticas que se desarrollaron en algunos países como Estados Unidos de forma cuantitativamente muy relevante desde la segunda mitad de la década de los 90⁶⁷.

En el año 2006, en la Declaración de Seúl, a título meramente ilustrativo, quedó en evidencia la preocupación de los participantes acerca del crecimiento de las denominadas “mecanismos inaceptables de mitigación de la obligación tributaria”⁶⁸ y particularmente, la necesidad de clarificar su ausencia resultó en un grupo de trabajo para la elaboración del “Estudio sobre el papel de los intermediarios fiscales”, para que identificasen aquellas áreas o conductas que más preocupaban a las Administraciones Tributarias, entre las cuales se citaron las siguientes: *i*) una planificación que implique adoptar una posición fiscal que posee fundamento o defensa (formalmente legal) pero que tiene consecuencias imprevistas y no deseadas sobre la recaudación tributaria; y *ii*) una planificación que implique adoptar una posición fiscal favorable para el contribuyente sin revelar abiertamente a la

⁶⁷ Contreras G., Carlos, *Planificación Fiscal. Principios, metodología y aplicaciones*, (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016), 35.

⁶⁸ *Unacceptable tax minimisation arrangements*.

Administración Tributaria la existencia de un cierto grado de incertidumbre sobre si ciertos aspectos significativos de la declaración tributaria resultan conformes a la ley o no⁶⁹.

Ahora bien, este intento de categorización de la noción de planificación fiscal agresiva se reproduce en otros documentos de la OCDE como el “*Framework for a Voluntary Code of Conduct for Banks and Revenue Bodies*”, y se emplea intensivamente a partir de 2008 en otros informes relacionados con el Proyecto BEPS y, muy en particular, en el marco de la Acción 12 del Plan BEPS, sin que nos conste mayor desarrollo conceptual de esta noción tan central en el marco de los principales trabajos de fiscalidad internacional posteriores a 2008. De hecho, el informe de la OCDE titulado “*Co-operative Compliance: A Framework from Enhanced relationship to co-operative compliance*” (2013) no profundiza en la delimitación del concepto de planificación fiscal agresiva, si bien desarrolla varias ideas relacionadas con el estándar de cumplimiento de acuerdo con el espíritu de la norma en el ámbito de los programas de cumplimiento cooperativo⁷⁰.

Pero... ¿Qué es la planificación fiscal agresiva?

Antes de responder esta interrogante es propicio señalar que las estrategias que ordinariamente son empleadas para reducir el impacto sobre la utilidad del pago son: a) diferimiento de la imposición a través del empleo de la inversión en planes de pensiones o en instrumentos financieros que generan plusvalías latentes o a través de figuras fiduciarias (*trust*); b) cambios temporales en la realización del hecho imponible (*retiming*), ligados a una expectativa de cambio de la normativa fiscal; c) arbitraje entre operaciones con distinto tratamiento fiscal. Esta estrategia tiene dos modalidades: la realización de operaciones calificadas como no sujetas o como exentas respecto a determinado impuesto y la organización de determinada actividad bajo la forma de operaciones sujetas a un impuesto pero gravadas con tipos impositivos menores por razón de su calificación; y d) arbitraje entre impuestos distintos y/o tipos de gravamen diferentes. Ejemplo: un profesional

⁶⁹ Calderón C., José Manuel y Quintas S., Alberto, «Una aproximación al concepto de Planificación Fiscal Agresiva», *Revista Análisis Tributario*, n.º 337, (Lima, AELE SAC, 2016): 19.

⁷⁰ Calderón y Quintas, «Una aproximación al concepto...», 19.

constituye una sociedad desde la que desarrolla su actividad a los fines de poder disfrutar de las partidas de gastos deducibles⁷¹.

Para Calderón y Quintas existe cierto consenso al considerar a la planificación fiscal agresiva basada en el arbitraje fiscal internacional (*double dipping*, dobles deducciones, doble aprovechamiento de pérdidas, utilización de entidades e instrumentos híbridos, etc.), pero, como regla general, no son ilegales ni encajan en el concepto de evasión fiscal y no pueden combatirse normalmente a través de la utilización de cláusulas generales anti-abuso (GAAR)⁷² o por medio “de la interpretación finalista de las normas, sino que requieren una acción normativa específica, que en muchos casos debe realizarse a escala global a través de mecanismos de coordinación fiscal internacional como los que está tratando de desarrollar la OCDE, el G20 o la UE, entre otros”⁷³.

La Comisión Europea incluso antes de la publicación del Plan BEPS habría señalado que la planificación fiscal agresiva supone: “aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado que da origen como en el de la residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de la residencia)”⁷⁴.

No obstante los esfuerzos por definir aquellas conductas que no podían catalogarse como meras elusiones o como parte de la economía de opción, la OCDE recientemente popularizó el término de planificación fiscal agresiva advirtiendo en el Plan BEPS que la globalización ha dado como resultado un cambio de paradigma empresarial, basados en organizaciones de gestión matricial, centralizando varias funciones a nivel regional o global. El internet y los productos globales juegan un papel transcendental, de tal suerte

⁷¹ Calderón y Quintas, «Una aproximación al concepto...», 24.

⁷² *General Anti-avoidance rule* por sus siglas en inglés.

⁷³ Calderón y Quintas, «Una aproximación al concepto...», 19.

⁷⁴ Recomendación de la Comisión Europea de 6.12.2012 sobre la planificación fiscal agresiva, Bruselas, 6.12.2012. C (2012) 8806 final.

Jonás E. Aponte A.

“que se han exacerbado por la creciente sofisticación de los planificadores de impuestos a la hora de identificar y explotar las oportunidades de arbitraje legal y de explorar los límites de una planificación fiscal aceptable, proporcionando así a las multinacionales más confianza a la hora de adoptar posiciones fiscales más agresivas”⁷⁵.

Para la OCDE estos fenómenos han perjudicado a los gobiernos, los cuales tienen que hacer frente a menores ingresos y a mayores costes de cumplimiento⁷⁶. En efecto, la forma cómo se comportan los actores económicos ha provocado que los gobiernos tuvieran que incrementar sus costos para “combatir” la disminución de ingresos gravables. Ahora bien, para la OCDE pese a que la tributación es un atributo de la soberanía de los países, la interacción de las normas tributarias internas puede provocar lagunas y fricciones, que de no resolverse son las promotoras de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, produciendo una doble exención o una imposición o una imposición inferior a la ordinaria.

La expansión de la economía digital es otro de los desafíos para la fiscalidad internacional, según la OCDE, ello en virtud que al caracterizarse por su intangibilidad, la adopción general de modelos comerciales poliédricos se aprovechan del valor de las externalidades generadas por los servicios gratuitos, y por la dificultad de determinar la jurisdicción bajo la que tiene lugar la creación de valor.

Para Calderón y Quintas el nuevo concepto de planificación fiscal agresiva no pretendería constituir una suerte de “*overriding principle*” de aplicación general, una *soft-law* GAAR⁷⁷ ni una regla de constitución o de interpretación teleológica del lenguaje normativo, sino

que su finalidad podría residir en mayor medida en instrumentar un cambio en la forma de entender y configurar el nuevo sistema de fiscalidad internacional de manera que tanto los legisladores, las autoridades fiscales, y los propios obligados tributarios advirtieran el nuevo eje a partir del cual se

⁷⁵ «Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios», (París: OCDE, 2014), 8.

⁷⁶ «Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios», 8.

⁷⁷ *General Anti-avoidance rule*.

Jonás E. Aponte A.

construirá el nuevo modelo de fiscalidad desde el plano regulatorio (*soft-law*) internacional y eventualmente nacional. En otras palabras, el concepto de planificación fiscal agresiva no constituye un nuevo ‘concepto legal’ diseñado para prevenir prácticas fiscales abusivas, ni puede ser empleado como una categoría equivalente o sinónima a la de “elusión fiscal ilegítima” (*illegal tax avoidance*)⁷⁸.

El problema de ese concepto no radica tanto en sus propósitos: eliminar las inequidades del sistema tributario actual que producto de la globalización ha generado que algunos países no reciben el gravamen que les corresponde. En tal sentido, se está sembrando la idea relativa a que debemos luchar contra los esquemas fraudulentos y que por tanto, es ese espíritu elusivo el que motoriza la “regulación tributaria”, sea *lege ferenda* o *lege lata*. Es una idea perniciosa porque parece autorizar a las Administraciones tributarias para instrumentar políticas fiscales que recojan el Plan BEPS y luego los contribuyentes tener que ajustar sus conductas a estos instrumentos que no poseen rango de Ley y en muchos casos ni siquiera de reglamento. En el fondo, lejos de intentar modelar las conductas de los sujetos pasivos se convierte en un adminículo empleado para limitar la circulación de capitales y posee un efecto desgarrador para la psique colectiva e individual que progresivamente va aceptando y normalizando esa situación.

La prestigiosa firma de consultoría financiera Price, Waterhouse & Coopers (PWC), citado por Calderón y Quintas, subrayó que algunos de los impactos que está teniendo el Plan BEPS serían los siguientes: “a) modificación del marco regulador nacional e internacional de la fiscalidad internacional; b) utilización del Plan de Acción para fijar los objetivos y estructuras target a inspeccionar en el marco de la planificación de las actividades inspectoras; y c) incertidumbre, inestabilidad y mayores riesgos para las empresas y los intermediarios fiscales que realizan operaciones internacionales”⁷⁹.

⁷⁸ Calderón y Quintas, «Una aproximación al concepto...», 18.

⁷⁹ Calderón y Quintas, «Una aproximación al concepto...», 18.

b. La planificación tributaria agresiva un concepto que genera mucha discrecionalidad

Para Andrade la inestabilidad y carencia de certeza en las normas tributarias producto de conceptos tan ambiguos e indeterminados en la mayor parte de las BEPS y la idea de adaptar las regulaciones sobre la planificación fiscal agresiva, sin que exista una definición clara de lo que implica este concepto ni su delimitación con los supuestos de economía de opción, dificulta, en demasía, “la posibilidad del particular de prever el resultado de sus actuaciones y delimitar el contenido de sus derechos y obligaciones”⁸⁰.

A renglón seguido, señalaría que los conceptos jurídicos indeterminados, al menos como el de planificación fiscal agresiva, otorgan un alto grado de discrecionalidad a la Administración en sus actuaciones, lo cual pondría de lado implícitamente la vigencia de los principios de legalidad, el de reserva legal certeza y transparencia, por lo cual, acudir a ella, implica el cercenamiento de los derechos a la tutela judicial efectiva⁸¹.

Adicionalmente, a juicio de Andrade, las medidas BEPS incurren en el uso de presunciones y ficciones, las cuales, si bien son convenientes para las administraciones tributarias al facilitarle sus labores de fiscalización, son susceptibles de imponer costos administrativos para la defensa en el supuesto que dicha presunción resulte desvirtuada, aunque su refutación muchas veces, es prácticamente imposible⁸².

VII. PROBLEMAS NO ADVERTIDOS DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Como parte del Plan BEPS, la OCDE en su Acción 3 relativa a las “Normas para la Transparencia Fiscal Internacional (TIF)” o normas CFC, señaló que el mismo responde al riesgo que contribuyentes erosionen la base imponible en su país de residencia y en algunos

⁸⁰ Andrade, «BEPS, *soft law* y derechos humanos», 148.

⁸¹ Andrade, «BEPS, *soft law* y derechos humanos», 148.

⁸² Andrade, «BEPS, *soft law* y derechos humanos», 148.

casos en otros países, trasladando sus rentas a una entidad residente en una jurisdicción distinta⁸³.

Los pilares fundamentales sobre esta acción los resumió el Plan de la siguiente forma: *i*) normas para definir a una sociedad extranjera controlada; *ii*) umbrales mínimos y exenciones; *iii*) definición de renta y exenciones; *iv*) normas para calcular la renta; y *v*) normas para atribuir la renta⁸⁴.

La transparencia fiscal no es nueva, el primer país que incorporó en su jurisdicción interna normas CFC fue Estados Unidos en el año 1962, en la Sub-parte F, artículos 951 a 965 del *Internal Revenue Code*. El artículo 951 comienza por definir el carácter subjetivo de la entidad o del sujeto residente y se basa en “la calificación previa de la sociedad como CFC, para de esta manera aplicar directamente el gravamen sobre las rentas pasivas a sus accionistas en relación a una determinada clase de rentas obtenidas por aquélla. En definitiva, el fenómeno que se produce es el de considerar a la entidad extranjera como transparente”⁸⁵

El Informe Final de Acción 3 señala que para que el diseño de reglas CFC sean efectivas, los Estados debiesen contemplar al menos los siguientes aspectos al momento de regular: (i) definición de entidad CFC; (ii) exenciones y umbrales impositivos aplicables a las CFC; (iii) definición de rentas CFC; (iv) cómputo de rentas; (v) atribución de rentas, y; (vi) prevención y eliminación de la doble imposición⁸⁶.

La OCDE indicó que las normas de TFI han sido concebidas como medidas disuasorias; en otras palabras, su objetivo primordial no es recaudar impuestos sobre la renta de la Sociedad Extranjera Controlada (SEC), por el contrario, “buscan disuadir a los contribuyentes de trasladar rentas a sus SEC, protegiendo de este modo la recaudación al

⁸³ «Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios», 9.

⁸⁴ «Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios», 12.

⁸⁵ Ossandón Cerda, F., «Normas CFC en Chile: análisis particular del requisito de control de entidades extranjeras del Artículo 41 G de la LIR», *Revista de Estudios Tributarios*, n.º 21, (2019): 17, acceso el 1 de junio de 2020, <https://revistaestudiotributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/54040/56840>

⁸⁶ Ossandón, «Normas CFC en Chile...», 17.

Jonás E. Aponte A.

garantizar que estos beneficios permanezcan en la base imponible de la matriz o de otras sociedades del grupo (en el caso de aquellos regímenes de TFI que también protegen las bases imponibles de terceros países –‘foreign-to-foreign stripping’-)⁸⁷. Por lo tanto, establece el documento al gravar las rentas de la SEC, las normas de TFI provocarán sin duda un incremento en la recaudación y contribuirán a reducir el nivel de rentas trasladadas a las SEC.

Sin embargo, ya hemos señalado *ut supra* que la tributación está tendiendo a la excesiva amplitud de sus conceptos, de sus enunciados y tipos, provocando mayor incertidumbre para los contribuyentes. En efecto, en el aludido documento presentado por la OCDE se recomienda definir de manera amplia el tipo de entidades cubiertas, de forma tal que las normas de TFI puedan ser aplicables no sólo a sociedades sino también a ciertas entidades transparentes y establecimientos permanentes (EPs) en la medida que tales entidades obtengan rentas que susciten riesgos BEPS y tales riesgos no sean abordados de otra forma.

Bajo esta recomendación se esconden peligrosos problemas: *i)* ¿Qué significa definir de forma amplia a las sociedades cubiertas? En principio implica construir una norma que autorice a su aplicador ir llenándola de contenido y dibujar los supuestos de hecho de cara con las situaciones que se vayan planteando. Esa particularidad es susceptible de convertirla en un norma penal en blanco; *ii)* ese concepto amplio puede ser aplicado a entidades transparentes y EPs, pero, principalmente, en la medida que tales entidades obtengan rentas que susciten riesgos BEPS y tales riesgos no sean abordados de otra forma. No entender qué puede suscitar riesgos es totalmente impredecible y al igual que el punto *i)* abre una muy amplia discrecionalidad para que la Administración tributaria interprete dicho término, que *ab initio* ya presupone complicaciones para su limitación.

Otro de los aspectos que revela la introducción de cierta arbitrariedad en las normas es que el documento de la OCDE establece que las sociedades transparentes, como las sociedades de personas *-partnerships-*, no deberían ser tratadas como SEC en la medida que

⁸⁷ OCDE, *Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 Informe final 2015*, 13.

sus rentas ya están sujetas a gravamen regularmente en la jurisdicción de la matriz, salvo que represente “una amenaza para las normas BEPS” y que además no esté gravada en la jurisdicción de la matriz.

Las palabras riesgos y amenazas revelan el principal problema de este nuevo enfoque del derecho tributario, es decir, muy ambiguo, indeterminado y plagado de conceptos que pueden ser maleados al calor de situaciones indeterminadas e indeterminables. Tal nivel de ambigüedad e inconcreción, como se ha dicho, autoriza al Fisco a establecer limitaciones no dispuestas en la Ley en aras de resguardar un supuesto el interés general, justicia tributaria y el deber de coadyuvar a los gastos públicos, valores y principios que se oyen muy bonitos, pero que sirven para definir una política tributaria basada en métodos científicos y objetivables.

En el mismo orden de ideas, el 18 de marzo de 2015, la Comisión Europea presentó una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales, señalando lo siguiente:

la planificación fiscal agresiva, los regímenes fiscales perniciosos y el fraude fiscal prosperan, todos ellos, gracias a un entorno complejo y a una falta de cooperación. La lucha contra la evasión y la elusión fiscales exige, por tanto, mayor transparencia a las autoridades tributarias y mayor cooperación entre los gobiernos, Asimismo, las empresas deben asumir la responsabilidad de utilizar prácticas fiscales transparentes y justas⁸⁸.

De igual manera, el 17 de junio la Comisión Europea presentó un Plan de Acción integrado por la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo con el título: “Un sistema de imposición justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”⁸⁹, en él entre otras cosas se indicó lo siguiente:

La actual falta de coordinación existente entre los Estados miembros en materia de fiscalidad de las empresas crea obstáculos para las empresas que

⁸⁸ Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la Transparencia Fiscal para Luchar contra la Evasión y la Elusión Fiscales* (COM/2015/0136 final), 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0136>

⁸⁹ Comisión Europea, *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo con el título: “Un sistema de imposición justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”* <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-302-ES-F1-1.PDF>, 2.

operan en el mercado único, ya que se enfrentan a 28 sistemas diferentes de imposición de las sociedades, lo que genera costes considerables para el cumplimiento de las obligaciones fiscales y pesadas cargas administrativas que son perjudiciales para la competitividad europea. Esta situación también permite a las empresas aprovecharse de los desajustes. La intensa competencia por bases imponibles móviles ha creado nuevas oportunidades para los planificadores fiscales agresivos, mientras que otras empresas siguen sometidas a una doble imposición.

La Comisión considera que, además de los progresos de BEPS, son necesarias más medidas que permitan a los Estados miembros proteger sus bases fiscales y a las empresas competir en el mercado interior en condiciones de equidad, garantizando, al mismo tiempo, el cumplimiento de los derechos fundamentales, tales como el derecho a la protección de los datos personales⁹⁰.

La necesidad por transparentar todo puede comportar que se genere una violación a los derechos fundamentales, entre ellos a la intimidad personal. La economía digital y el auge de las criptomonedas es susceptible de crear nuevas normas con el objeto de que los contribuyentes identifiquen no sólo sus esquemas, de existir, sino también ganancias, secretos y modelos de negocios⁹¹.

⁹⁰ García-Lastra, «La armonización de la base imponible común consolidada...», 27.

⁹¹ El requerimiento realizado por el IRS a la mayor casa de cambio (Coinbase) provocó un gran revuelo, tanto por su negativa de atender al requerimiento de la Hacienda Pública como por sus repercusiones en cuanto a la afectación del derecho a la intimidad de los usuarios involucrados. El 28 de noviembre de 2017, la Corte de California acordó la petición del IRS sobre Coinbase a favor de Coinbase, pero limitó sus pretensiones a determinadas características. En el marco de dicha decisión, subyace una victoria para los usuarios de Coinbase, en la medida que la única información que estarán obligados a transmitir dependerá si los ingresos son equivalentes o superiores a \$20.000 en cualquier tipo de transacción entre los años 2013 a 2015. Ello significa que no todas las personas que comercialicen con criptoactivos son susceptibles de ser fiscalizados y se invadan ciertos rasgos de su intimidad. Aponte, «Regulación tributaria de las criptomonedas en Venezuela», 73 y ss. A criterio de Porporatto, *mutatis mutandi*, la gestión de gran cantidad de intercambios de información (EOI), la implementación de los nuevos estándares globales a pedido (EOIR) y automático (AEOI), de cuentas financieras (*Common Reporting Standard*, CRS) e incluso la revisión de pares (*peer review process*) del primer estándar y del cumplimiento de reglas de seguridad y confidencialidad para implementar CRS, bajo la supervisión del Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales, ello en el marco de las reglas de Transparencia Fiscal Internacional, puede provocar lesiones a los derechos fundamentales, en especial a la intimidad. A su juicio, si los contribuyentes perciben respeto de sus derechos y garantías, serán más proclives en colaborar con el Fisco, ahorrándose recursos para ambas partes de la relación tributaria. De igual manera, en ningún caso se puede obligar a un Estado a adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o prácticas administrativas, o a las del otro Estado contratante. Tampoco puede la administración, en el ámbito de su discrecionalidad, ordenar algo que puede

VIII. UN NUEVO CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

La OCDE establece que la expansión de la economía digital también supone desafíos para la fiscalidad internacional, principalmente porque ésta se caracteriza por basarse en activos intangibles, por el uso masivo de datos (especialmente de datos personales), por la adopción general de modelos comerciales poliédricos que aprovechan el valor de las externalidades generadas por los servicios gratuitos, y por la dificultad de determinar la jurisdicción bajo la que tiene lugar la creación de valor⁹².

Tal preocupación reside en que con la entrega transfronteriza de activos inmateriales, como la transmisión de contenido digital o aplicaciones, no entran en el país a través de aduanas y los puede contratar directamente el usuario final sin la intervención de intermediarios nacionales. Así, las directrices sobre comercio electrónico de la OCDE recomiendan que el proveedor registre, recaude y remita el IVA de acuerdo con las normativas de la jurisdicción donde se encuentra el cliente. Esto aumenta la complejidad del proceso de vender en el extranjero, pero fomenta una competencia local leal. No obstante, este registro del IVA es independiente del EP para fines de impuestos directos⁹³.

A criterio de Cruz y Sánchez, existen una serie de rentas sobre las que no existe un nexo o criterio para sujetarlas a tributación en un determinado territorio, y que por su volatilidad terminan tributando en territorios de baja o nula imposición, mediante lo que los autores identifica como: “la articulación de estrategias de planificación fiscal agresiva por

considerarse excesivo, exorbitante o desmesurado (principio de proporcionalidad); y por último, existe la posibilidad de rehusar una solicitud de información, cuando ésta conlleve la discriminación de un ciudadano del país requerido (principio de no discriminación). En tal sentido, se prohíbe revelar secretos comerciales e industriales, se debe resguardar el secreto profesional de los abogados, se deben proteger los datos de carácter personal y el derecho a no auto inculparse. Cfr. Porporatto, Pablo. «Derechos y garantías de los contribuyentes en relación al intercambio de información de índole tributaria y sus nuevos paradigmas. Parte I», CIAT, acceso el 1 de junio de 2020. https://www.ciat.org/derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i/?utm_source=WebBlog&utm_medium=ActiveCampaign&utm_campaign=derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i&utm_content=marzo2020

⁹² OCDE, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, 8.

⁹³ «Situación Economía Digital», BBVA, acceso el 1 de junio de 2020, 8. <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/situacion-economia-digital-marzo-2016/>

parte de ciertas empresas y grupos multinacionales que privan de ingresos a las arcas públicas de los Estados⁹⁴.

Por lo que surge la necesidad de redefinir el concepto de establecimiento permanente. Algunos autores sugieren que no se siga la interpretación literal que ofrecen las Leyes y tratados internacionales y apuestas en su lugar por una definición más amplia que agrupe situaciones de temporalidad, vale decir, permanencia de la empresa en el país y la presencia económica significativa.

A criterio de Ugalde, en Chile, si se considera la interpretación asumida en los casos Pirotecnia y Sud Americana, “sería muy difícil reconocer el factor de la presencia económica significativa para determinar la existencia de un establecimiento permanente. El criterio declarado en las citadas sentencias fue formulado atendiendo al texto literal del artículo 5 del Modelo de Convenio, esto es, de acuerdo con el sentido natural de las palabras, con lo que se desatiende, como consecuencia, el sentido que deriva de su contexto”⁹⁵.

La Comisión Europea publicó el 31 de marzo de 2018, en el marco de las medidas para gravar la economía digital en la Unión Europea (UE), presentó una propuesta de Directiva para crear el concepto de establecimiento permanente (EP) digital en el mercado único, basado sobre una presencia digital significativa (EP-PDS)(1).

La definición de EP-PDS presenta dos grandes características: *i*) la creación de un nexo imponible para las empresas digitales, la presencia digital significativa; y *ii*) la adecuación de los principios vigentes para atribuir beneficios a un EP, que reflejen de

⁹⁴ Cruz P., y Sánchez-Archidona Guillermo H., «Economía digital, establecimiento permanente y presencia digital significativa: tras las conclusiones del informe del GEFED», acceso el 1 de junio de 2020, https://www.researchgate.net/publication/326772913_ECONOMIA_DIGITAL_ESTABLECIMIENTO_PERMANENTE_Y_PRESENCIA_DIGITAL_SIGNIFICATIVA_TRAS_LAS_CONCLUSIONES_DEL_INFORME_DEL_GEFED

⁹⁵ Faúndez U., Antonio, «El problema del concepto actual de establecimiento permanente en los convenios de doble tributación internacional frente a los nuevos desafíos fiscales en la economía digital», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, n.º 7, (2018): 168.

manera más adecuada la generación de valor de los nuevos modelos de negocios digitalizados.

Los tres indicadores de actividad económica significativa, en un Estado miembro durante un período fiscal, por parte de la entidad y cada una de las empresas asociadas en términos agregados son: *i*) ingresos superiores a los 7.000.000 de euros derivados de la prestación de servicios digitales a usuarios allí localizados; *ii*) más de 100.000 usuarios de servicios digitales allí localizados; o *iii*) más de 3000 contratos entre empresas (B2B), para la provisión de un servicio digital, concluidos por usuarios allí localizados.

Esa presencia digital significativa equivale a la huella digital de un negocio en la jurisdicción del mercado y refleja la dependencia de las empresas digitales de una gran base de usuarios y su contribución en la generación de contenido digital, elementos que conformarán el *value driver* para atribuir beneficios al EP-PDS⁹⁶.

Ahora bien, dicho concepto podría traer consigo ciertos problemas, más precisamente por las evidentes diferencias que subyacen entre el EP-PDS y la tradicional noción de establecimiento permanente regulado en los Tratados para evitar la doble imposición. Para Braccia, si media la presencia de un Tratado entre ambos países “la Directiva sólo se aplicará si dicho convenio incluye disposiciones similares a las del EP-PDS en materia de nexo y atribución de ingresos. Se pretende así evitar cualquier conflicto con los convenios de doble imposición”⁹⁷.

Como corolario de lo anterior, las empresas digitales residentes en terceros países que tengan una EP-PSD en un Estado miembro y además hayan celebrado con él un convenio sobre doble imposición no estarán sujetas a la imposición en la fuente por sus rentas empresarias, porque las normas del convenio de doble imposición aplicable prevalecerán sobre la Directiva.

⁹⁶ Braccia, Mariano F., «Establecimiento permanente digital: la propuesta de la Unión Europea, ¿en camino hacia una solución mundial?», acceso el 1 de junio de 2020. <http://thomsonreuterslatam.com/2018/12/establecimiento-permanente-digital-la-propuesta-de-launion-europea-en-camino-hacia-una-solucion-mundial/#FN6>

⁹⁷ Braccia, «Establecimiento permanente digital...».

Jonás E. Aponte A.

En consecuencia, es preciso tener en cuenta que para poder aplicar un nuevo concepto de establecimiento permanente, es preciso que medie una reforma legislativa, por cuanto no hacerlo supone como ya habremos dicho *ad nauseam* atentaría contra el Estado de derecho, la legalidad y la certeza jurídica.

CONCLUSIONES

PRIMERO. La creación de normas jurídicas tributarias se está realizando a través de recomendaciones, planes y doctrinas, las cuales van erosionando lenta pero efectivamente los principios y reglas de la tributación, al punto que si no frenamos este avance más temprano que tarde la certeza y seguridad jurídica habrán perdido su importancia en el marco del Estado de derecho.

SEGUNDO. La victimización de las administraciones tributarias es otra de las razones por las cuales se sienten autorizadas a evitar la supuesta evasión de ingresos fiscales, y bajo el amparo de proteger el interés general se aumentan indiscriminadamente sus competencias y por ende ocurre el fenómeno caricaturizado por Weffe como: “administrativización del *ius puniendi* fiscal”⁹⁸.

TERCERO. El Plan BEPS es una recomendación. Bajo ningún concepto debe entenderse como norma aplicada dentro de un determinado país, a menos que previamente se introduzcan los lineamientos que ella plantea.

CUARTO. La planificación fiscal es un concepto amplio y ambiguo que genera mucha discrecionalidad y está sembrando la idea relativa de luchar contra los esquemas fraudulentos y que por tanto, es ese espíritu elusivo el que motoriza la “regulación tributaria”, sea *lege ferenda* o *lege lata*.

QUINTO. La transparencia fiscal tiene límites claros y definidos, en entre ellos en la intimidad personal.

SEXTO. Todo ajuste que quiera hacerse al concepto de establecimiento permanente, debe pasar previamente por una reforma legislativa, para que de esa forma, se puedan gravar las rentas y poder garantizar una correcta aplicación de los tratados para evitar la doble imposición y logre conciliarse las dos motivaciones del derecho internacional tributario.

⁹⁸ Weffe, «Derechos del contribuyente vs...», 18.

BIBLIOGRAFÍA

- ABACHE C., Serviliano, «Iusmoralismos, seguridad jurídica y libertad individual», *Vitrina Legal*. <http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2019/08/Iusmoralismo-seguridad-juridica-y-libertad-2.pdf>
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).
- ALTAMIRANO, Alejandro, «El ‘Soft law’ y el Derecho Internacional Tributario. ¿Es fuente de Derecho?», *Tratado de Derecho Internacional Tributario, Tomo I* (La Ley: Buenos Aires, 2013).
- AMENGUAL S., Andrés, «¿Norma o Enunciado?», *Vitrina Legal*. <http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2017/08/Norma-o-Enunciado.pdf>
- ANDRADE R., Betty, «BEPS, soft law y derechos humanos», *Revista de Derecho Tributario*, n.º 149, (2016).
- APONTE A., Jonás E, «Las formas en el derecho y los actos administrativos. Una revisión a la luz de la teoría de Santo Tomás de Aquino», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV)* n.º 15, Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila, (2019): 81. <http://redav.com.ve/redav-no-15/>
- APONTE A., Jonás E, «Regulación tributaria de las criptomonedas en Venezuela. Estado del arte», *Transformación digital, modernización e innovación en la administración pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) (2019).
- ATENCIO, Gilberto V., «El Plan Beps y su incidencia en las sociedades digitales», *Revista Venezolana de Derecho Tributario*, n.º 155 (2017).

BBVA, «Situación Economía Digital.

<https://www.bbva.com/publicaciones/situacion-economia-digital-marzo-2016/>

BRACCIA, Mariano F., «Establecimiento permanente digital: la propuesta de la Unión Europea, ¿en camino hacia una solución mundial?», acceso el 1 de junio de 2020. <http://thomsonreuterslatam.com/2018/12/establecimiento-permanente-digital-la-propuesta-de-launion-europea-en-camino-hacia-una-solucion-mundial/#FN6>

CAAMAÑO A., Miguel A. y Calderón C., José M., «Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 114, (2002).

CALDERÓN C., José Manuel y Quintas S., Alberto, «Una aproximación al concepto de Planificación Fiscal Agresiva», *Revista Análisis Tributario*, n.º 337, (Lima, AELE SAC, 2016).

CARBAJO VASCO, Domingo, «El plan de acción de la iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial», Instituto de Estudios Fiscales, *Crónica Tributaria*, n.º 154 (Madrid).

Comisión Europea, *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo con el título: “Un sistema de imposición justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”*
<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-302-ES-F1-1.PDF>

Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la Transparencia Fiscal para Luchar contra la Evasión y la Elusión Fiscales* (COM/2015/0136 final), 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52015DC0136>

Comisión Europea, Recomendación de la Comisión Europea sobre la planificación fiscal agresiva, Bruselas, 6.12.2012. C (2012) 8806 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012H0772&from=DE>

Jonás E. Aponte A.

CONTRERAS G., Carlos, *Planificación Fiscal. Principios, metodología y aplicaciones*, (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016).

CRUZ P., y Sánchez-Archidona Guillermo H., «Economía digital, establecimiento permanente y presencia digital significativa: tras las conclusiones del informe del GEFED», acceso el 1 de junio de 2020, https://www.researchgate.net/publication/326772913_ECONOMIA_DIGITAL_ESTABLECIMIENTO_PERMANENTE_Y_PRESENCIA_DIGITAL_SIGNIFICATIVA_TRAS_LAS_CONCLUSIONES_DEL_INFORME_DEL_GEFED

DÍAZ RUBIO, Patricia, *El principio de confianza legítima en Derecho Tributario*, (Tesis doctoral: Universidad de Almería, 2012).

DURÁN R., Luis, «Uso del *soft law* en el derecho tributario como manifestación del cambio de paradigma jurídico. Primeras reflexiones para revisar la experiencia peruana», *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, n.º 57, (2014).

FAÚNDEZ U., Antonio, «El problema del concepto actual de establecimiento permanente en los convenios de doble tributación internacional frente a los nuevos desafíos fiscales en la economía digital», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, n.º 7, (2018).

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, «Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel», (Madrid: Editorial Trotta, 2011).

GARCÍA-LASTRA, Carmen B., «La armonización de la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades y su incidencia en el sistema tributario español» (Tesis doctoral: Universidad Complutense de Madrid, 2016).

GARCIA-GASSUL, Gerard, «El Plan BEPS», *Vitrina Legal*. <http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2017/08/El-Plan-Beps.pdf>

GUASTINI, Riccardo, *Teoría Analítica del Derecho*, (Lima: Zela Grupo Editorial, 2017).

JIMÉNEZ-VALLADOLID L., Domingo J., «Doble (no) imposición e híbridos financieros: tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades», *Encuentro de derecho financiero y tributario La reforma del sistema tributario español*, 3.a edición, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2015).

KORODY TAGLIAFERRO, Juan E. «La tributación del comercio electrónico frente a los nuevos estándares de la fiscalidad internacional» (XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2015).

NOVOA M., Eduardo, *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social* (México: Siglo Veintiuno Editores, 1981).

NIETO, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico* (Madrid: Editorial Trotta, 2003).

MAZUELOS, Ángeles, «Soft law: Mucho ruido y pocas nueces», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.8, (2004); 3.
<http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/soft-law-mucho-ruido-pocas-nueces>

MIR PUIGPELAT, ORIOL, *Globalización, Estado y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo* (Madrid: Thomson-Civitas, 2004).

MOSQUER V., Irma, «What does the PPT say about Global Tax Governance? », Kluwer International Tax Blog, acceso el 30 de junio de 2020, http://kluwertaxblog.com/2019/07/26/what-does-the-ppt-say-about-global-tax-governance/?doing_wp_cron=1591535023.6616959571838378906250

OCDE, «10 Preguntas sobre BEPS», acceso el 01 de junio de 2020, <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntassobre-beps.pdf>.

OCDE, «Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces Acción 3 – Informe final 2015», (Paris: OCDE, 2015).

OCDE, *Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 Informe final 2015*.

OSSANDÓN CERDA, F., «Normas CFC en Chile: análisis particular del requisito de control de entidades extranjeras del Artículo 41 G de la LIR», *Revista de Estudios Tributarios*, n.º 21, (2019): 17, acceso el 1 de junio de 2020, <https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/54040/56840>

POLANCO, Gonzalo, «Expertos tributarios analizan el nuevo escenario global de la iniciativa BEPS», Centro de Estudios Tributarios. http://www.cetuchile.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=2105:expertos-tributarios-analizan-el-nuevo-escenario-global-de-la-iniciativa-beps&catid=190:nd67-octubre-2016-&Itemid=281

PORPORATTO, Pablo. «Derechos y garantías de los contribuyentes en relación al intercambio de información de índole tributaria y sus nuevos paradigmas. Parte I», CIAT, acceso el 1 de junio de 2020. https://www.ciat.org/derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i/?utm_source=WebBlog&utm_medium=ActiveCampain&utm_campaign=derechos-y-garantias-de-los-contribuyentes-en-relacion-al-intercambio-de-informacion-de-indole-tributaria-y-sus-nuevos-paradigmas-parte-i&utm_content=marzo2020

SANZ S. José F., «Los costes de la imposición: un sistema fiscal eficiente para una economía en crecimiento, trabajo colectivo: Una Reforma Fiscal para el crecimiento y el empleo», Fundación para el análisis y los estudios sociales, acceso el 01 de mayo de 2016, 22. http://www.fundacionfaes.org/file_upload/news/pdfs/20130702133516.pdf

Jonás E. Aponte A.

SERRANO A., Fernando, «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional», *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2014).

SII, «Catálogo de esquemas tributarios 2016», Servicio de Impuestos Internos (SII), acceso el 30 de junio de 2020, http://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/index.html

SUPIOT, Alain, *El Espíritu de Filadelfia, La Justicia social frente al Mercado Total* (Barcelona: Editorial Península, 2011).

VEGA G., Alberto, *El soft law en la fiscalidad internacional* (Tesis doctoral: Universitat Pompeu Fabra, 2014).

VILLABELA A., Carlos M., «Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 25, (2010).

WEFFE H., Carlos E., «La defraudación tributaria y las nuevas formas de ilícitos tributarios», acceso el 30 de junio de 2020, 8. http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/C.Weffe_.La-Defraudación.pdf

WEFFE H., Carlos E. «Derechos del contribuyente vs. expansión sancionadora. Una aproximación garantista al Derecho Tributario Sancionador post-BEPS» (Derechos de los contribuyentes: Academia Mexicana de Derecho Fiscal, 2019).

World Economic Forum, Centre for the New Economy and Society, «*The Future of Jobs Report 2018*». http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil* (Madrid: Editorial Trotta, 2008).

ZAGREBELSKY, Gustavo y Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 2006).

CONVENIOS DE LA HAYA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: UNA APROXIMACIÓN CON ACENTO EUROPEO A TRAVÉS DE LA VÍA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

Maiger Dalay Urbina Romero

Abogado Magna Cum Laude, UCV. Licenciado Magna Cum Laude en Estudios Internacionales, UCV. Profesor de Teoría de las Relaciones Internacionales, UCV. Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Venezolano de Derecho y Tecnología.

Resumen

La vía diplomática y la vía consular como mecanismos tradicionales de cooperación jurídica internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado deben analizarse y reinterpretarse con el objetivo principal de garantizar el acceso a la justicia. En tal sentido, la presente investigación realiza un estudio crítico aproximativo que principalmente se centra en la especificidad española respecto del marco jurídico europeo, con el propósito de mostrar la influencia que han tenido la vía diplomática y consular en otros instrumentos jurídicos, a partir de los conocidos Convenios de la Haya en materia civil y/o mercantil sobre notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, así como el relativo a la obtención de pruebas, de 1965 y 1970, respectivamente.

Palabras clave: Vía Diplomática, Vía Consular, Cooperación Jurídica Internacional, Derecho Internacional Privado, Convenios de la Haya.

THE HAGUE CONVENTIONS AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: AN APPROACH WITH A EUROPEAN ACCENT THROUGH THE DIPLOMATIC AND CONSULAR ROUTE

Abstract

Diplomatic and consular channels as traditional mechanisms of international cooperation inside the Private International Law must be analyzed and reinterpreted with the purpose of guarantee justice access. Therefore, this research does an approximate critical study, which mainly focuses on the Spanish specificity regarding the European Legal Framework, highlighting, diplomatic and consular's influence over other law instruments, derived from the Hague Conventions about civil and/or mercantile matters regarding notification or transfer of judicial and extrajudicial documents, as well as, collection of evidence, dated on 1965 and 1970, respectively.

Keywords: Diplomatic channel, Consular channel, International Cooperation, Private International Law, Hague Conventions.

INTRODUCCIÓN

Aunque desde el plano científico contemporáneo suene algo reiterativo hablar de contradicciones y crisis, no es baladí retomar las ideas de Edgar Morín en cuanto sea necesario, pues afirma, sin ánimos de sonar a serie de televisión actual, que desde el final del siglo XX nos hemos dado cuenta que las nociones del desorden y el orden, siendo enemigas una de la otra, cooperan eficientemente para organizar al universo¹.

Universo, por cierto, que materializado en el plano del Derecho Internacional Privado (DIPr), se enfrenta a una nueva realidad: “*La expansión del rango, intensidad, velocidad e impacto de las interacciones globales desdibuja los límites entre los asuntos locales y globales como nunca antes*”².

Por ello, para muchos estamos en un mundo que afronta múltiples crisis, bien sea que se hable, por ejemplo, de crisis respecto a la pobreza, crisis de comunicación y crisis de desintegración social³. Empero, rescatando una vez más a los teóricos de la complejidad bajo un enfoque interdisciplinario del que no escapa el Derecho, es posible sostener que si se asume la idea de un “*sistema complejo adaptable*”⁴ donde resulta vital la interacción entre los agentes, los procesos de retroalimentación y la capacidad de enfrentar colectivamente estos retos⁵, se podría entender la noción propia de crisis que desde hace un tiempo parece acompañar al DIPr⁶.

El núcleo del DIPr “*se está enfrentando a una realidad global donde las estructuras de la sociedad contemporánea comportan cierto caos generalizado e*

¹ Cfr. Morin, Edgar, “El paradigma de la complejidad” en *De Culture, signes, critiques*, N° S 16, Presses de L’ Université de Québec, Canadá, 1988, pp. 65-87.

² Cfr. Van Loon, Hans, *El Horizonte Global del Derecho Internacional Privado* (Trad. J. Ochoa Muñoz & otros), Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, Editorial RVLJ, 2020, p.37.

³ Cfr. Iglesias, Fernando, *Modernidad global*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2011, pp. 5 y ss.

⁴ Cfr. Rosenau, James, “Demasiadas cosas a la vez. La teoría de la complejidad y los asuntos mundiales” en: *Nueva Sociedad*, N° 148, Marzo-Abril, 1997, pp. 70-83.

⁵ Cfr. Gil, Ricardo, *Tiempos complejos ¿Fin del método científico?*, Mérida, Ediciones de la Asociación de Profesores de la Universidad de los Andes, 2010, p.60.

⁶ Cfr. Ochoa Muñoz, Javier, “Hacia un derecho internacional privado de médula procesal” en *A.A.V.V., Derecho, conflicto y argumentación, Estudios jurídicos en homenaje a Jorge Alberto Silva*, Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2017, p.p. 367-390.

*interdependencia (sociopolítica, cultural, jurídica y económica), al tiempo que como disciplina se abre paso a procesos creadores... ”*⁷, cuyos resultados iniciales consolidan una tendencia transformativa propia.

La clave es comprender que todos los temas asociados al DIPr (sobre todos aquellos enlazados con la cooperación jurídica internacional) se enmarcan en un espectro más amplio que envuelve relaciones sociales y modelos organizativos que desde finales del siglo XX han venido experimentado innumerables cambios cuyas características permiten entender concienzudamente las formas en que asistimos a renovados escenarios donde lo más preponderante, a efectos jurídicos, debe ser los cambios profundos de mentalidad⁸.

De esta dinámica no ha escapado ni escapará el DIPr, pero aún persiste cierto grado de resistencia, en tanto pareciera que replantear ciertos contenidos representa una ofensa para algunos, no obstante, la vorágine de discusiones se ha hecho tan palpable que no disertar al respecto nos colocaría en una suerte de *Síndrome de Procusto* que negaría el incuestionable proceso catalogado tantas veces como el fin del mito universalista y la emancipación progresiva frente al Estado desde los ribetes postmodernos y multiculturales⁹.

Esa negación sí que nos llevaría realmente a un cuadro de “*ansiedad generalizada*” de la que nos habla Fernández Arroyo,¹⁰ y es por ello que la presente investigación pretende dejar un estudio crítico aproximativo de derecho comparado (primordialmente en la especificidad española respecto al marco jurídico europeo) sobre la vía consular y la vía diplomática consagradas en el Convenio de la Haya sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de

⁷ Cfr. Urbina Romero, Maiger, “Tribunales de Internet en China: ¿un nuevo dolor de cabeza o avance transnacional de los criterios atributivos de jurisdicción?” en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 2, 15 de mayo de 2020, p. 385. Disponible en <http://www.mdipc-ucv.com>

⁸ Cfr. Naim, Moisés, *El fin del poder*, Caracas, Libros El Nacional, Debate, 2014.

⁹ Cfr. Sánchez Lorenzo, Enrique, “Estado Democrático, Postmodernismo y el Derecho Internacional Privado” en: *Revista de Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-11

¹⁰ Cfr. Fernández Arroyo, Diego, “El derecho internacional privado en el diván –Tribulaciones de un ser complejo” en: *Derecho internacional privado y Derecho de la integración*, Asunción, Paraguay, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2013, p.32-34.

1965 y el Convenio de la Haya relativo a la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Mercantil de 1970, inspirados, entre otros instrumentos, por el Convenio de la Haya sobre el Procedimiento Civil de 1954.

Sobre todo, porque con ello estaremos contribuyendo con la idea según la cual la cooperación jurídica internacional lejos de atomizar o difuminar la esencia del DIPr por exceso de flexibilización, es un eje transversal sobre el cual el DIPr puede “...*gestionar su éxito*”,¹¹ vale decir, gestionar la justicia. De allí que, frente a todo lo que incida directa o indirectamente en lo que entendamos por esto último, deben saltar a la vista de los justiciables, abogados, doctrinarios, jueces y demás operadores de los sistemas jurídicos, una serie de deliberaciones que giren en torno a las mejores formas para garantizar la dignidad humana, en tanto base fundamental de lo que en todo lugar y tiempo consideramos justo.

De lo que se trata es de encontrar aproximaciones a las nociones que representan la vía diplomática y la vía consular a la luz de la aplicación que se le ha dado a las referidas Conferencias de la Haya, ya que solo así podremos observar si estos mecanismos facilitan las notificaciones en el extranjero, si facilitan la transmisión de rogatorias, si garantizan la actividad probatoria como corolario del derecho a la defensa y si son cónsonos con una premisa contemporánea: la interpretación, integración, complementación e inspiración de todo sistema de DIPr¹² se encamina a una función principal asociada a garantizar el acceso a la justicia, en tanto tutela de aquellos justiciables cuyas controversias trascienden de los “*límites clásicos del Estado Westfaliano*”¹³

Esta es pues, la mejor forma de dar testimonio de una disciplina en renovación de sus técnicas normativas y de interpretación¹⁴, enmarcadas en visiones desarrolladas

¹¹ Cfr. Fernández Arroyo, Diego, *El derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 34

¹² Ideas desarrolladas en extenso por Madrid Martínez, Claudia y Ochoa, J en “ASADIP: Principios sobre el Acceso Transnacional a la Justicia”, *Cartas Blogatorias*, 1 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2016/11/01/asadip-principios-sobre-acceso-transnacional-a-la-justicia/>

¹³ Cfr. Iglesias, Fernando, *Modernidad global...*, ob. cit., p. 5.

¹⁴ Cfr. Sánchez Lorenzo, Enrique, *Estado Democrático, Postmodernismo...*, ob. cit., pp. 1-11

colectivamente¹⁵ que entienden el acceso a la justicia como un derecho humano fundamental.

I. ALGUNOS ASPECTOS DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

A. Consideraciones Generales

El paulatino desplazamiento del DIPr hacia el eje procesal del que nos hablan en la doctrina especializada,¹⁶ confirma la idea general sobre las formas en que desde tiempos posteriores al periodo bélico del siglo XX, fue naciendo y madurándose la conciencia de que la cooperación internacional, en sentido amplio, era esencial¹⁷.

Ahora bien, en el terreno del DIPr, esto involucrará indefectiblemente todos aquellos mecanismos, procedimientos y ayudas que permitan realizar la función jurisdiccional de manera efectiva. Ergo, estamos hablando de formas de cooperación jurídica que independientemente de las diferentes vertientes en discusión, se asumen como herramientas que han dado pasos adelantados frente a la cooperación clásica en su sentido orgánico. No olvidemos que los mecanismos cooperativos operan precisamente en la medida en que una jurisdicción nacional requiere de la colaboración de su par en el extranjero.¹⁸

De allí que, aun cuando la vía diplomática y la vía consular parecieran que se mantendrían bajo el manto de la cooperación procesal internacional clásica, lo cierto es que forman parte del estudio del DIPr, por cuanto “...*la autonomía científica alcanzada por los sectores de la competencia judicial internacional y de la eficacia extraterritorial de*

¹⁵ Cfr. Gaillard, Emmanuel, “El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia” en: *Revista de Derecho Forseti*, Comisión de Edición de Forseti, N° 1, 2014, pp. 12-13.

¹⁶ Cfr. Ochoa Muñoz, Javier, *Hacia un Derecho internacional...*, ob. cit., pp. 12-22.

¹⁷ Cfr. Van Loon, Hans, *El Horizonte Global del ...*, ob. cit., p. 25.

¹⁸ Cfr. Rapallini, Liliana, “Cooperación jurídica internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” en: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Argentina, Universidad Nacional de La Plata, Año 15, N° 48, 2018, pp. 432-433.

Maiger Dalay Urbina Romero

decisiones impiden seguir defendiendo la unidad intrínseca del derecho procesal civil internacional”¹⁹.

Más allá de las formas, el fondo de la cooperación jurídica internacional ha experimentado un proceso de expansión hacia ámbitos materiales específicos que obliga a reflexionar sobre su sentido y alcance en el contenido del DIPr²⁰, pero en ningún momento niegan que:

hasta la creación e instauración de la figura de las autoridades centrales (AACC) en el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, (...) sólo puede sostenerse que los Estados, respetando las fronteras de su soberanía, hacían uso de los cauces tradicionales de las relaciones internacionales previstos por el derecho internacional (vía diplomática y vía consular)²¹

En tal sentido, estaremos entonces ante mecanismos tradicionales encarnados en la vía diplomática y vía consular, inmersos en la estructura viva de una institución dinámica (cooperación jurídica internacional), que, por si fuera poco, en el escenario global actual “...toma la forma de interacción directa transfronteriza entre autoridades gubernamentales en algunas áreas, incluso entre jueces”²²

B. La Función Diplomática y Consular como base posible de la Cooperación Jurídica Internacional

En pocos espacios dentro del DIPr se hace tan manifiesta la presencia del Derecho Internacional Público como sucede con la cooperación jurídica internacional.

Si hacemos nuestros los argumentos del mencionado Fernández Arroyo²³, aquellas distinciones tajantes e irreconciliables entre ambas disciplinas son menos rígidas e inamovibles, puesto que la disyunción que las vendía como espacios incólumes, hoy por

¹⁹ Cfr. García Cano, Sandra, “Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado” en: *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, Vol. 38, N° 112, p. 77.

²⁰ *Ibidem*, pp. 77-78.

²¹ *Ibidem*, p. 79.

²² Cfr. Van Loon, Hans, *El Horizonte Global del ...*, ob. cit., 37

²³ Cfr. Fernández Arroyo, Diego, *El derecho internacional privado...*, ob. cit., p.29.

hoy, no se hace imperativa como condición para garantizar su grado de autonomía y evitar confusiones.

Es en este orden de ideas que, sin pecar de herejía jurídica, es menester abordar algunas nociones básicas sobre la función diplomática y consular, ya que de este modo se identifican las bases subyacentes a estas herramientas aun sobrevivientes en las Conferencias de la Haya vigentes.

En primer término, no es una trivialidad que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1961 y 1963, respectivamente, hayan significado un esfuerzo notable por dar cierta uniformidad jurídica a tópicos que desde lo consuetudinario y lo bilateral se habían venido manejado desde el mismo momento en que cualquier unidad política-territorial o los individuos vinculados a ella, bien sea que estuviésemos en la Antigüedad, la Edad Media o el paradigma de la Modernidad, reconocieron la necesidad de regular sus relaciones comerciales, sociales, culturales y, por supuesto, jurídico-políticas.

Así pues, en *stricto sensu*, la diplomacia funge como protección de intereses de un Estado acreditante dentro de otro que sea receptor conforme a los límites permitidos por el derecho internacional, mientras que lo consular funge como dispositivo de defensa de los connacionales²⁴. Por ende, visto que pareciera ser una noción poco entendida en el medio jurídico que más bien tiende a confundirlas, es por lo que aseveramos que reconocer su esencia permite comprender los elementos a través de los cuales se desempeña.

De seguida, esto permite concebir que el derecho diplomático establece parámetros comunes a la comunidad internacional que reconocen la igualdad soberana de los Estados, la reciprocidad, negociación, no discriminación y otorgamiento de inmunidades y privilegios con base en la teoría de la funcionalidad. A la par, el derecho consular garantiza intereses no políticos que hacen valer el *ius gestionis*, dado que, en su aplicación, se emplea el derecho interno de los Estados, sea acreditante o receptor.

²⁴ Cfr. Jara Roncanti, Eduardo, *La función consular*, Santiago, Chile, Proyecto de Cooperación con los Servicios Exteriores de América Latina, PNUD-CEPAL, 1989.

Mundo diplomático o mundo consular, estamos ante dos prismas relacionados pero diferenciados, cuya cualidad se cruza con el DIPr –conforme a una hipótesis abstracta y general– en momentos puntuales diferentes que atenderán al sistema de fuentes que se maneje.

En consecuencia, analizar las formas de cooperación jurídica internacional según sea el caso y requerimiento, es advertir que si la diplomacia está orientada a la búsqueda de la paz entre naciones²⁵, poco es el peso que se le otorga a los conflictos intersubjetivos de intereses entre particulares y de allí su ineficacia histórica. Por su parte, vislumbrar la función consular como actividades que no están circunscritas a las relaciones diplomáticas, es sin duda un avance cuyos efectos prácticos son abruptamente limitados por la tendencia según la cual, por razones de seguridad y protección, se incluye a las oficinas consulares en las sedes físicas de la misión diplomática.

II. REVISIÓN DE LA CONSAGRACIÓN DE LA VÍA DIPLOMÁTICA Y LA VÍA CONSULAR EN LOS CONVENIOS DE LA HAYA DE 1965 Y 1970.

A. La vía diplomática

Sea que la justificación viniese en función de la cortesía, la conveniencia o el interés recíproco²⁶, históricamente la vía diplomática vino a tener su antecedente más remoto y poco diáfano de derecho positivo, en el Tratado de Lima de 1878²⁷, pero no fue hasta el Convenio de La Haya de 1896 sobre procedimiento civil que alcanzaría su asunción protagónica como principal vía para la comunicación entre los Estados²⁸.

Ahora bien, entendiendo que la codificación del DIPr forma parte de un largo periplo de discusiones y avances, el antiguo Convenio de la Haya de 1905 concebía que esta vía podía mantenerse pero la relegan a una herramienta de carácter subsidiario, y,

²⁵ Cfr. Jara Roncanti, Eduardo, *La función consular...*, ob. cit. pp. 15-19.

²⁶ Cfr. Goicochea, Ignacio, “Los nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial” en: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 4(7), 2016, p. 131.

²⁷ Cfr. B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría general de Derecho internacional privado*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 87, 2010, pp. 96-101.

²⁸ Cfr. García Cano, Sandra, *La Cooperación Internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en Derecho Internacional Privado español*, España, Universidad de Córdoba, 2002, p. 65.

luego, con el Convenio de la Haya de 1954 (mantenido en esencia en las consagraciones de 1965 y 1970) la caracterizan expresamente como una técnica de carácter exclusivamente excepcional a la Autoridad Central, ya sea que estemos hablando de notificaciones y comunicaciones de actos, o de actuaciones probatorias.

Así, entendiendo que se enmarca en el principio de soberanía suficientemente explicitado en los apartados anteriores, tenemos que la vía diplomática inicia con la solicitud o carta rogatoria del tribunal donde este cursando el proceso para poner en cuenta al Ministerio de Justicia dentro del mismo Estado requirente, en virtud que esta instancia normalmente se encarga de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial en estos asuntos.

Después, con la rigurosidad del principio preclusivo, la autoridad ministerial envía la solicitud a la cartera que se ocupe de las Relaciones Exteriores o Cancillería, para que a través de sus rutinas de acción se le dé curso, entendiéndose, claro está, que para actuar en el Estado requerido, el requirente tramita la solicitud a través de sus Embajadas acreditadas hasta que estas sean quienes participen a la Cancillería del Estado requerido y continúe el largo proceso de comunicación que se mantiene ileso cuando la respuesta se encamina a la inversa (desde el requerido).

Es en este hilo conductor que los artículos 8 y 9 de la Convención de 1965, y los artículos 18,19,20,21 y 22 de la Convención de 1970, regulan la vía en extenso.

Por tanto, al tratarse entonces como un asunto de Estado y no en función de la relación jurídica privada que le da vida, esta senda responde en su espíritu y propósito, a la caracterización del "*tiempo de los embajadores*"²⁹, en el que todo se hace con "*majestuosidad y lentitud*"³⁰, y agregaríamos nosotros, a través del cauce burocrático que representa en sí mismo la toma de decisiones estatales, cualquiera que sea su naturaleza.

²⁹ Expresión atribuida a G. A. L. DROZ, citado en Cfr. García Cano, Sandra, *La Cooperación Internacional...*, ob. cit., p. 65.

³⁰ *Ibidem*.

B. La vía consular

Sobre el particular, los estudiosos del área han evidenciado que existiría el uso de una vía consular directa cuando el funcionario con competencia consular lleva y ejecuta directamente el acto de cooperación. Dicho acto, tal como sucede con la vía diplomática, puede referirse a la comunicación y notificación de documentos o referirse a actuaciones de índole probatoria.

A tales fines, sostenemos que se estaría ejerciendo amplia, suficientemente y bajo una óptica de interpretación progresiva del derecho a la tutela judicial efectiva subyacente, aquello que estipula el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. No en vano, le atribuye la comunicación de decisiones judiciales y extrajudiciales, así como diligenciar comisiones rogatorias compatibles con el derecho del Estado receptor.

Sin embargo, la vía adoptada tanto por los Convenios de La Haya de 1905 y de 1954, como en los Convenios de La Haya de 1965 y 1970, fue la defensa de la vía consular indirecta. La fórmula jurídica consiste en una técnica a partir de la cual el cónsul del Estado requirente transmite la petición de notificación o de comisión rogatoria a la autoridad designada para ello por el Estado requerido, y una vez ejecutada la actuación, tal como sucede con la vía diplomática, se transmite el resultado en sentido inverso de la misma forma.

De entrada, “...es un avance cualitativo en términos de tiempo y simplicidad, y consecuentemente también de salvaguardia para los intereses de las partes implicadas en el proceso”³¹, pero en virtud de la vinculación y hasta confusión con los conductos diplomáticos, el caso es que la comunicación dada a través de los canales propios de las Cancillerías, no resultó en modo alguno sencilla. Eso sí, en razón de su propio peso funcional, se mantuvo en las referidas Convenciones de 1965 y la 1970, ya que la vía consular constituía una alternativa a la establecida de forma principal en tales Convenios³².

³¹ Cfr. García Cano, Sandra, Evolución de las técnicas de cooperación..., ob. cit., p. 82.

³² Ibídem, pp. 82-83.

Maiger Dalay Urbina Romero

De hecho, de acuerdo a lo aquí explicitado, a estas vías se refieren en extenso los artículos 8 y 9 de la Convención de 1965, y los artículos 18,19,20,21 y 22 de la Convención de 1970.

Ahora, donde coincidimos con la doctrina es que, en la Convención de 1965, como un gran hito de DIPr concertado, se logró un paso adicional cuando en su artículo 21, establece la obligatoriedad de notificación para los Estados contratantes ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, en cuanto a la designación de la autoridad competente para recibir los documentos remitidos por vía consular.

III. VÍA DIPLOMÁTICA Y VÍA CONSULAR SOBREVIVIENDO EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

A. ¿Por qué esta sobrevivencia?: una aproximación.

Una ojeada rasante sobre los diferentes sistemas de DIPr y particularmente sobre la aplicación práctica de los Convenios de la Haya, tendría como resultado primigenio que los métodos tradicionales han cedido su posición ante una cooperación jurídica internacional remozada y motorizada por Autoridades Centrales y otros mecanismos más directos.

Las razones de este proceso se encuadrarían en el desarrollo progresivo de la ciencia jurídica y las notables fallas prácticas que comportan la vía diplomática y la vía consular respecto al peligro manifiesto en dejar vacío de contenido el derecho de tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y la justicia del caso concreto. Aunado a ello, para el justiciable con relaciones jurídicas privadas que se ve involucrado en procesos, estas técnicas terminan siendo sumamente complejas, extremadamente lentas y perjudicial para las partes³³

Pero la sobrevivencia de la vía diplomática y la vía consular en el Derecho Comparado no puede entenderse sin notar que los otros medios complementarios diferentes a la Autoridad Central tampoco lograron consolidarse. De hecho, la falta de consenso entre los negociadores de los Estados contratantes en estas Convenciones llevadas a cabo en

³³ *Ibíd.*, p. 84.

Maiger Dalay Urbina Romero

pleno fulgor de la guerra fría, se explica desde una concepción que caracterizaba al Estado como el sujeto por antonomasia de la relación internacional y a quien le correspondía la tutela de las individualidades, sin que estas pudieran instrumentalizar sus propios métodos.

La vía directa por representación diplomática o consular, la trasmisión por vía postal, la comunicación directa entre las autoridades respectivas, entre otras, siempre chocaron con los supuestos peligros respecto al control de legalidad de los documentos, posibles atentados a la soberanía estatal, problemas de determinación de competencia de los órganos y entes involucrados, la presunta escasa utilización o con prohibiciones discrecionales³⁴.

Por consiguiente, visto que el debate siguió abierto incluso con la cooperación por intermedio de Autoridades Centrales, es por lo que algunos experimentos bilaterales, regionales o locales en materia de DIPr, siguieron dándole aplicación o al menos se inspiraron en la vía diplomática y consular registrada en los Convenios de la Haya.

B. ¿En qué términos se da esta sobrevivencia en el Reino de España?

A grandes rasgos, en España subsistiría una suerte de sistema plurilegislativo. Sin embargo, desde la perspectiva del DIPr, su pertenencia a la Unión Europea nos conduce a un análisis pormenorizado que, a fines de demostrar su evolución, comenzará evidenciado el abordaje dado al tema en algunos acuerdos bilaterales antes del año 2007, habida cuenta del cambio normativo que en estos temas constituye tal fecha, tanto dentro del sistema de la Unión Europea como para los desarrollos posteriores fuera del mismo. Dejando claro a su vez, en este contexto, que todo aquello que escape del plano europeo, deberá ser analizado con sus pormenores.

En esta oportunidad se aporta el análisis breve de dos tratados bilaterales que cuentan con España como una de las partes, con la intención de dilucidar si el tratamiento dado responde al espíritu de los Convenios de la Haya respecto a la consabida vía diplomática y vía consular.

³⁴ *Ibidem*, pp. 84-88

1. Vía diplomática en acuerdos bilaterales fuera de la Unión Europea antes del año 2007

El Convenio de la Haya de 1965 fue aplicable en España desde el 3 de agosto de 1987, pero resulta interesante la postura que se deriva de la aplicación del Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.

Al respecto, en un sentido amplio, el artículo 5 expresa que deberá existir asistencia judicial al sujeto de derecho, en los siguientes términos:

Las certificaciones relativas a los ingresos y a la situación personal, familiar y patrimonial del requirente deberán ser expedidas por la autoridad competente de la Parte en cuyo territorio aquél tuviera su domicilio o su residencia.

Dicha certificación será expedida por la autoridad diplomática o consular territorialmente competente, si el interesado reside en un tercer Estado.

La autoridad judicial que deba resolver sobre la solicitud de asistencia judicial podrá solicitar información complementaria a la autoridad que haya expedido la certificación

Posteriormente, en su artículo 6, referido a las comisiones rogatorias sobre documentos judiciales y extrajudiciales, cataloga expresamente la vía diplomática como un mecanismo subsidiario:

Los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil, mercantil y administrativa, así como las comisiones rogatorias, que provengan de una de las Partes, se enviarán, bien directamente por la autoridad central de la Parte requirente a la autoridad central de la Parte requerida, bien por conducto diplomático

Asimismo, en sus artículos 11 y 13, con el propósito de evitar medios coercitivos, persisten en señalar la vía diplomática, pero lo hacen en términos directos, similares, en parte, a los Convenios de la Haya:

Artículo 11: Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, cada Parte podrá transmitir directamente por mediación de sus agentes diplomáticos y consulares las notificaciones dirigidas a sus nacionales que se encuentren en territorio de la otra Parte, sin necesidad de utilizar la vía coercitiva.

Artículo 13: Cada una de ambas Partes podrá igualmente hacer que se ejecuten las comisiones rogatorias directamente por mediación de sus agentes consulares o diplomáticos y sin hacer uso de medios coercitivos, cuando las personas que deban prestar testimonio o presentar documentos posean únicamente la nacionalidad de la Parte requirente.

La nacionalidad de la persona objeto de la comisión rogatoria se determinará conforme al derecho de la Parte en cuyo territorio deba ejecutarse la comisión rogatoria.

Cualquier citación o notificación que tenga por finalidad la presentación de documentos, deberá indicar expresamente que no se utilizarán medios coercitivos para ejecutar la comisión rogatoria.

Por su parte, el Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil, entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989, erige la vía diplomática como autónoma. A saber:

Artículo 3: Los documentos judiciales y extrajudiciales, relativos a las materias que son objeto de este Convenio podrán ser cursados:

- a) Por comunicación entre los Ministerios de Justicia o
- b) Por remisión directa de las autoridades y funcionarios del Estado requirente al Ministerio de Justicia del Estado requerido.
- c) Por vía diplomática

Mención esta que es completada con lo previsto en el artículo 37, en los términos particulares tradicionalmente aceptados sobre los asuntos correspondientes al Registro Civil:

Artículo 37: Los Estados contratantes se comunicarán, previa petición y gratuitamente, certificados de actas del Registro Civil, relativas a sus nacionales. Esta transmisión se efectuará por vía diplomática o consular. Sin embargo los nacionales de cualquiera de los dos Estados pueden dirigirse directamente a la autoridad competente del otro Estado abonando los gastos exigidos por la Ley del Estado requerido.

Las actas de estado civil formalizadas o transcritas en las oficinas consulares de cada Estado se asimilarán a las actas de estado civil formalizadas en el otro Estado.

2. Vía consular en acuerdos bilaterales fuera de la Unión Europea antes del año 2007

Sobre la base de lo previo, tenemos que, en el referido Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, no se desarrolla o reconoce la vía consular en los términos de los Convenios de la Haya, que como ya vimos la concibe fundamentalmente en su variable indirecta. Pues bien, solo existe una mención aislada en el tópicos de la asistencia judicial general de su artículo 5 y la posibilidad de una vía directa dispuesta en sus artículos 11 y 13.

Por el contrario, el también citado Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, a pesar que genera cierta confusión en su forma de redacción, si otorga un peso particular a las funciones consulares en el ámbito cooperativo que, aunque no desarrolla en extenso, las deja por sentado desde el inicio:

Artículo 1:

1. Los Estados contratantes se comprometen a concederse la más amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, mercantil, laboral y contencioso-administrativa.
2. Los Ministerios de Justicia de los dos Estados, con el carácter de Autoridad Central, transmitirán y recibirán las solicitudes de cooperación jurisdiccional, remitiéndolas a los órganos competentes para su ejecución.
3. Los funcionarios consulares seguirán teniendo la competencia que les atribuyen los tratados internacionales en que ambos Estados sean Parte.”

Tan es así que el artículo 33 de este instrumento internacional, en similar sentido – que no igual- que los Convenios de la Haya, dejaría abierta la compuerta para una actitud más activa de los funcionarios consulares en la cooperación amplia deseable en el discurrir de los procesos judiciales. En efecto, señala:

Artículo 33: La prueba de las disposiciones legales o consuetudinarias de uno de los Estados podrá ser aportada ante los Tribunales del otro Estado, de acuerdo con las informaciones suministradas por los funcionarios consulares del Estado cuyo derecho se trata de probar

Maiger Dalay Urbina Romero

Finalmente, cabe preguntarse sin demora si ¿acaso existió en estos instrumentos un olvido bilateral respecto a los demás aspectos de la materia probatoria?

La contestación se inclina por destacar que el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, y el Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, ciertamente no hacen mención expresa sobre materia probatoria, pero ello respondería tanto a la existencia del Convenio de la Haya de 1970 que, entre otras disposiciones, le deja abierta la posibilidad a la vía diplomática y a la vía consular, como también respondería a aquella circunstancia en virtud de la cual es un principio generalmente aceptado de DIPr reconocido positivamente, que en estos temas rige el *forum regit procesum* o lo que es lo mismo, *lex fori regit procesum*.

Presumimos que no existió olvido alguno por parte de los negociadores, más allá que hubiese resultado útil avanzar en estas cuestiones de manera autónoma, o en cierto modo, aprovechar la oportunidad bilateral para profundizar en aquellas aristas que no fueron del todo contempladas por el Convenio de la Haya de 1970.

C. ¿En qué términos se da esta sobrevivencia en el seno de la Unión Europea?

El entramado institucional de lo que conocemos como Unión Europea constituye, por excelencia, su caracterización identitaria.

Así las cosas, lejos de explicar al detalle la naturaleza de los diferentes actos normativos y no normativos que toman sus diferentes órganos, es de destacar que ese derecho derivado de sus textos fundacionales, ha reconocido la necesidad de regular todos los temas que le permitan afianzar su posición internacional y contribuir de la manera más amplia en la preservación de la paz y la gestión de conflictos, en el entendido que garantizar libertades de circulación de bienes, personas y servicios permite consolidar su perspectiva como espacio de justicia.

Precisamente, el debido tratamiento a los documentos públicos y privados o al proceso probatorio contribuye en tales propósitos, y es allí cuando consideramos que la

Unión Europea tempranamente reconoció la necesidad de generar prueba y solidez fehaciente de las comunicaciones o actividades múltiples dadas mediante cooperación jurídica internacional.

Tal como señala la doctrina, en el marco del Consejo de Europa³⁵, durante un tiempo esto fue satisfecho mediante tratados bilaterales y por el Convenio de la Haya de 15 de noviembre de 1965, de paralela vigencia con el Convenio de 1970. A pesar de ello, “*la construcción de un verdadero espacio judicial en la Unión Europea no puede llevarse a cabo sin la articulación de un adecuado mecanismo de notificación y traslado de documentos entre las autoridades y ciudadanos de los Estados que conforman aquélla*”³⁶.

En ese orden, si bien es cierto que para realizar los proyectos que derivaron en el Reglamento (CE) 1348/ 2000 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales³⁷, el Consejo de la Unión Europea tomó como referencia adicional el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968³⁸, no es menos cierto que en la nueva propuesta de reglamento hoy vigente desde el 13 de noviembre de 2008, subsiste la presencia de las aparentemente antiquísimas vía diplomática y vía consular.

Similar situación pues, *mutatis mutandi*, que como se verá en extenso, tomo forma con el Reglamento (CE) 1206/2001 relativo a relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

³⁵ Cfr. Gutiérrez Cardenete, Antonio, “Aplicación del Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo”, en: *Boletín del Ministerio de Justicia - Estudio Doctrinal*, España, Año LXX, N° 9124, 2016, p. 6.

³⁶ Cfr. Ybarra Bores, Alfonso, “El sistema de notificaciones en la unión europea en el marco del reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, España, Proyecto de I+D-La europeización del Derecho de familia, Octubre 2013, Vol. 5, N° 2, p. 482

³⁷ Previamente inspirado en el proyecto de Convenio adoptado por el Consejo mediante Acto de 26 de mayo de 1997 que no entró en vigor y que derivó en el referido Reglamento (CE) 1348/ 2000

³⁸ Cfr. Ybarra Bores, Alfonso, El sistema de notificaciones en..., ob. cit., pp. 482-483.

En otras palabras, aunque estemos hablando de instrumentos que constituyen “...*Auxilio Judicial Internacional de uso más generalizado*”³⁹ en este orbe europeo, y cuya aplicación extrajudicial incluso ha sido ampliada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁰, resulta que seguimos denotando vestigios de los Convenios de la Haya que la inspiraron.

1. Reglamento (CE) 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil: ¿Vía Diplomática y Vía Consular en los términos de la Haya?

Es ilustrativo que desde el año 1992, operadores de los diferentes sistemas jurídicos europeos “...*consideraban que el sistema vigente era complejo, heterogéneo e insuficientemente eficaz debido a la coexistencia del Convenio de la Haya de 1965 con los tratados bilaterales en esta materia.*”⁴¹

Aun así, tanto en el reglamento 1348/2000 como en el 1393/2007 quedan ciertos ropajes tradicionales que estipulan la vía diplomática y la vía consular como mecanismo subsidiario, ya no de una Autoridad Central (en el Reglamento (CE) 1393/2007 pasa a ser una excepción), pero, en suma, las aceptan y reconocen, incluso frente a la notificación y traslado de documentos extrajudiciales⁴².

Específicamente, en el Capítulo II, Sección 2, en sus artículos 12 y 13, se hace mención a la transmisión por vía consular o diplomática como formas integrantes de otros medios de transmisión, notificación o traslado de documentos, bien a los organismos receptores designados conforme al artículo 2, bien a la entidad central excepcional

³⁹ Cfr. Gutiérrez Cardenete, Antonio, *Aplicación del Reglamento (CE)...*, ob. cit., p.6.

⁴⁰ *Ibídem*, pp. 40-42

⁴¹ *Ibídem*, p.6.

⁴² En extenso el artículo 16 del Reglamento (CE) 1393/2007 consagra: “*Los documentos extrajudiciales podrán transmitirse a efectos de notificación o traslado en otro Estado miembro de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento*”

Maiger Dalay Urbina Romero

designada conforme al artículo 3 en aquellos supuestos de intermediación para la resolución de dificultades en la vía directa⁴³. Como se señala, de los 28 Estados miembros⁴⁴:

tan sólo Dinamarca, Chipre y Letonia han optado por mantener centralizadas las funciones de transmisión y recepción en la misma Autoridad Central. Otros han buscado fórmulas semi-centralizadas sólo para los documentos extrajudiciales (Estonia), bien sólo para la recepción (Suecia), bien centralizada en órganos superiores de justicia (Reino Unido para Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte y Gibraltar) que actúan al propio tiempo como autoridades centrales⁴⁵

Eso sí, la particularidad radica en que según estas disposiciones normativas, la vía consular y la vía diplomática están condicionadas a que la notificación no puede implicar coacción alguna y que sea un medio admitido por el Estado miembro donde deba practicarse la notificación o traslado⁴⁶.

De suyo, tenemos una técnica o mecanismo consular y diplomático que no tiene el peso de lo dispuesto en la Haya, pero que respeta condiciones generalmente aceptadas provenientes de tales Convenios. A saber, solamente:

5 Estados miembros han manifestado su oposición (Bélgica, Alemania, España, Luxemburgo y Malta). Una mayoría admite sin condiciones este tipo de medio (República Checa, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Chipre, Hungría, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia y Reino Unido). Finalmente existen varios países que admiten este medio bajo la reserva que se realice a los nacionales del Estado miembro del que procede el documento (Bulgaria, Croacia, Estonia, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Polonia, Rumania, Eslovenia y Eslovaquia)⁴⁷

Como puede apreciarse, el Reglamento hace descansar en una potestad discrecional de los Estados, aquellas circunstancias excepcionales que los habilitan a utilizar esta

⁴³ BOE núm. 324, de 10 de diciembre de 2007.

⁴⁴ Actualmente estaríamos hablando de 27 Estado miembros de la Unión Europea en virtud del proceso BREXIT.

⁴⁵ Cfr. Gutiérrez Cardenete, Antonio, Aplicación del Reglamento (CE)..., ob. cit., pp. 21-22.

⁴⁶ *Ibídem*, pp. 32-33.

⁴⁷ *Ibídem*, p. 33.

fórmula jurídica de transmisión de documentos mediante los agentes diplomáticos o funcionarios consulares debidamente acreditados en algún Estado de la Unión⁴⁸.

2. Reglamento (CE) 1206/2001 relativo a relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil: ¿Vía Diplomática y Vía Consular presente?

Abordar lo probatorio es abordar un elemento clave del derecho a la defensa, y por extensión, del derecho al debido proceso que, por demás, garantiza la tutela efectiva de los justiciables.

En este círculo de complejidades, es donde la normativa de la Unión Europea encontró en el Reglamento (CE) 1206/2001 un pilar de avanzada que afronta la sensibilidad de un tema respecto al cual había avanzado el Convenio de la Haya de 1970, pero que apenas tenía vigencia plena en once (11) Estados de la Unión según puede consultarse en los propios anales de la Haya.

Se siguió así con el camino trazado desde el Tratado de Ámsterdam de 1997 en cuanto a la necesidad de superación de “...*las deficiencias que se venían observando en el desarrollo del ámbito de la cooperación judicial civil en el marco del Tratado de Maastricht de 1992*”⁴⁹ y de este modo, entendiéndose parte del Derecho Comunitario aquel Convenio de Bruselas de 1968, en la forma de Reglamento 44/2001 del Consejo de fecha 22 de diciembre de 2000, es cuando entonces se decide dar nacimiento al citado Reglamento (CE) 1206/2001.

Peculiares circunstancias todas estas que, ipso facto, generan un indicio sobre la meta planteada con esta normativa, esto es, centrarse en el fondo de la cuestión probatoria más allá de fórmulas sacramentales. En tal sentido, visto que “...*prioritario era conformar un sistema eficaz para la ejecución de diligencias de prueba en el territorio de un Estado miembro diferente al del juez del foro, mejorando la asistencia a la función jurisdiccional*

⁴⁸ Cfr. Ybarra Bores, Alfonso, El sistema de notificaciones en..., ob. cit., pp. 491-492.

⁴⁹ Ibídem, pp. 248-249.

Maiger Dalay Urbina Romero

estatal en un espacio judicial común”⁵⁰, se hace comprensible que nada se diga respecto a la vía consular y la vía diplomática, aun tomadas en cuenta en el Convenio de la Haya de 1970.

Además, si a esto se le suma que la gratuidad constituye un principio general del Reglamento con contadas excepciones⁵¹, resulta razonable que no sean involucrados funcionarios diplomáticos o consulares, en tanto que justamente la raíz de toda la reglamentación descansa en la idea de la comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales que, por antonomasia, son los interesados inmediatos en la resolución del conflicto con base a lo alegado y probado por las partes, y respecto a los cuales, según el propio Reglamento, existirá una lista previa donde se indica su competencia y naturaleza.

El Reglamento (CE) 1206/2001 es claro cuando alude que lo trascendental en la transmisión del acto y ejecución del mismo, es que se haga conforme a medios adecuados, siendo admitido, cuando lo sostenga el Estado involucrado (requerido y requirente), el uso de medios modernos en la práctica de las comunicaciones⁵². Verbigracia, con las críticas subsecuentes que se la ha hecho, España aceptó el uso del correo postal.⁵³

De allí que al permitir esta máxima expresión de flexibilización positiva, era incongruente siquiera asumir que las vías consulares o diplomáticas tenían algo que aportar pues, para mayor abundamiento, ciertos informes citados por doctrina española y del resto de Europa, indican, con las excepciones que siempre existen, “*que la mayoría de las solicitudes para la obtención de pruebas se ejecutan dentro de los noventa días siguientes a su recepción*”⁵⁴. Efectividad que ni en sus mejores momentos de operatividad, lamentablemente han alcanzado las formulas diplomáticas y/o consulares.

Adicionalmente, el parámetro normativo queda robustecido cuando permite que las propias partes, sin intermediarios, estén inmersas protagónicamente en el proceso

⁵⁰ *Ibídem*, pp. 249-250.

⁵¹ *Ibídem*, pp. 256-257.

⁵² *Ibídem*, pp. 257-261.

⁵³ *Ibídem*, p 258.

⁵⁴ *Ibídem*, p 259-260.

Maiger Dalay Urbina Romero

probatorio, o que en todo caso, el órgano jurisdiccional requirente designe a personas (mandatarios) mucho más cercanas a la posible controversia para realizar la actividad probatoria, tales como un experto⁵⁵.

Vale decir, no se está pensando en vías distintas que, como la diplomática y/o consular, pudieran alejar el proceso del principio de inmediatez tan vital para el tema probatorio. Este punto es tan reconocible, que cuando se posibilita al órgano requirente para que haga solicitudes directas de intervención en la práctica de la diligencia de esta prueba en el extranjero, no se está pensando en un funcionario cuyo contacto con la situación concreta sea escaso.

Esto explicaría por qué el propio artículo 21 del Reglamento es enfático en señalar que cuando se trate de relaciones entre Estados de la Unión, debe prevalecer este instrumento sobre las disposiciones de los Convenio de la Haya en estas materias.

Quizás, el pequeño resquicio por donde la vía diplomática y/o consular podrían entrar en este Reglamento sin que así sea señalado abierta y diáfana, es en la referida habilitación de mandatarios del órgano requirente, en tanto que nada obsta para que este pudiera pensar en algún funcionario diplomático y/o consular que la norma no excluye expresamente, más allá que, repetimos, la teleología de la misma sea bastante clara en el sentido que hemos afirmado. Sobre esto último, inclusive los comentaristas más críticos con relación a lo que se circunscribe este Reglamento, apoyarían⁵⁶.

D. ¿Cómo queda entonces la situación española?

No es una nimiedad que en España, por ejemplo, a partir de la vigencia del citado Reglamento 1393/2007, se asevere que solo se admite la fórmula de cooperación diplomática o consular “...*si son efectuadas por los servicios consulares o diplomáticos del Estado requirente a un nacional de este último Estado que sea residente en nuestro*

⁵⁵ *Ibidem*, p 261-263.

⁵⁶ Cfr. Martín Álvarez, Sonia, “El ámbito de aplicación del reglamento comunitario sobre obtención de pruebas: algunas cuestiones controvertidas”, en: *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, N° 27, 2005.

Maiger Dalay Urbina Romero

*territorio nacional*⁵⁷, pues a grandes rasgos, por el avance cualitativo de la cooperación, hay una oposición clara al uso de estas fórmulas en el ámbito europeo como primera instancia.

No obstante, aun asumiendo tiempos históricos muy diferentes a los que privaron en el contexto de la Haya, es incontrovertible que ambos Reglamentos referidos (1393/2007 y 1206/2001) y hasta la normativa bilateral, reafirman el viejo principio de especialidad que legitima una regulación procesal autónoma con primacía sobre el régimen interno de notificaciones judiciales y extrajudiciales, o respecto a los temas probatorios.

En consecuencia, si bien en el plano europeo no quedaría duda del escenario descrito hasta el momento y que esto constituiría criterios de influencia tangible para: 1) que el resto de negociaciones que pueda desempeñar el Estado español fuera del marco del Unión vean remozadas sus prácticas; 2) se conciba la cooperación como instrumento al servicio de la seguridad del tráfico jurídico de documentos extrajudiciales tanto públicos como privados⁵⁸; 3) la concepción pro derecho a la defensa de la actividad probatoria; no es menos cierto que, en definitiva, la vía consular y diplomática que se consolidó en La Haya existe como una opción real fuerte, aunque no es exclusiva, para el relacionamiento con el resto de regiones.

Es más, la supervivencia de estas vías es tal, que a pesar de asumirse discursivamente como formulas en desuso, nada obsta para que al menos se las haga valer expresamente en la notificación y transmisión de documentos de conformidad con el criterio jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en decisión del 9 de febrero de 2006 respecto al Reglamento 1393/2007, declaró:

en primer término, que no existe jerarquía alguna entre las formas de notificación contempladas en el Reglamento, por lo que cabe notificar un documento mediante cualquier de las formas previstas, o bien de una manera acumulativa. Y, así las cosas, en caso de una eventual acumulación de notificaciones, el punto de partida de un plazo procesal vinculado a una notificación debe tomarse de la primera de las notificaciones debidamente realizadas.⁵⁹

⁵⁷ Cfr. Ybarra Bores, Alfonso, El sistema de notificaciones en..., ob. cit., p. 494.

⁵⁸ Cfr. Gutiérrez Cardenete, Antonio, Aplicación del Reglamento (CE)..., ob. cit., p. 42.

⁵⁹ STJUE de 9 de febrero de 2006 (Asunto Plumex/Young Sports NV, C-473/04, apartado 2), citada en Cfr. Ybarra Bores, Alfonso, El sistema de notificaciones en..., ob. cit., p. 495

CONCLUSIONES

Las fórmulas jurídicas que dan vida a las vías de índole diplomático y/o consular para la práctica de actividades concretas en la cooperación judicial internacional, tienen al menos un siglo de tradición positiva o consuetudinaria.

A pesar de ello, coincidimos con la distinguida Dra. Tatiana Maekelt, que es a partir de 1964 cuando estamos ante el periodo vital del impulso dado por los trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado hacia la consolidación “*de verdaderos regímenes de cooperación permanente e institucionalizada...*”⁶⁰

Por tanto, el estudio aproximativo que se realizó respecto a la actual aplicación de estas vías tradicionales en el marco europeo, especialmente en España, evidenció, entre otras cosas, que el principio de cooperación internacional, en pleno siglo XXI deja de ser un principio per se y pasa a tener un sentido instrumental⁶¹, en el entendido que permite analizar la influencia real del Convenio de la Haya sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de 1965 y el Convenio de la Haya relativo a la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Mercantil de 1970, desde una perspectiva más integral capaz hasta de dilucidar la influencia de estas fórmulas en el relacionamiento internacional dado hacia otras zonas del mundo y que, por vía de consecuencia, determinan fuertemente las fuentes del DIPr.

El debate central pareciera pasar por entender que si la cooperación jurídica puede darse en una amplísima gama de circunstancias⁶², las vías que lo conducen tienen que estar lo más adaptadas, en lo posible, ante las mismas. Tal como pudimos notar, ese es el camino embrionario que ha tomado España y la Unión Europea, empero, jurídicamente siguen existiendo estas vías diplomáticas y/o consulares que, si bien no son lesivas por esencia, es

⁶⁰ Cfr. B. de Maekelt, Tatiana,, *Teoría general de...*, ob. cit., p. 101.

⁶¹ Cfr. García Cano, Sandra, *Evolución de las técnicas de cooperación...*, ob. cit., p. 13.

⁶² *Ibidem*, pp. 7-8.

innegable su relación inseparable con concepciones estatales que arrojan para sí una labor que, en la actualidad, debe reposar protagónicamente en el individuo otrora olvidado.

Dejar a un lado la vía diplomática y la vía consular con su subsecuente eliminación del lenguaje del derecho positivo, creemos que no constituye ningún mal insalvable. En contraste, permite romper con la idea paradigmática que durante tanto espacio inspiró estos temas en el marco de los procesos internacionales en general, y del DIPr en particular. Al mismo tiempo, es lo que entendería más vigorosamente el tratamiento adecuado a la tutela judicial efectiva.

Claro está que no se trata de dar un plumazo injustificado a los años de desarrollo doctrinario y/o jurisprudencial. Los Convenios de la Haya de 1965 y 1970, por supuesto que tienen muchas otras cosas que aportar, así no sea en el punto de la vía consular y diplomática utilizada para la rogatoria que versa sobre documentos o pruebas de un determinado proceso, pero en ejercicios de derecho comparado como los aquí aproximados, vemos definitivamente que otro camino es posible.

En tiempos de múltiples disrupciones se necesita un DIPr que confíe en la potenciación de su eficiencia. Por los momentos, el llamado es a permanecer en debate abierto, interpretar lo menos restrictivo posible el tema, no reiterar estas vías en acuerdos bilaterales o multilaterales (sea cual sea la región o país donde estemos) y, en suma, erigir una postura de avanzada vanguardista que, independientemente de la herramienta, se sobreponga en favor del justiciable, pues solo así se haría honor a la muy clara premisa: “...el rechazo de los diferentes sistemas jurídicos a la coexistencia y a la cooperación implicaría la desaparición del DIPr”⁶³

⁶³ M. Aguilar Navarro citado en Cfr. García Cano, Sandra, Evolución de las técnicas de cooperación..., ob. cit., p. 10.

BIBLIOGRAFÍA

B. DE MAEKELT, Tatiana, *Teoría general de Derecho internacional privado*, Segunda Edición actualizada y ampliada, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 87, 2010, pp. 96-101.

Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=17>

Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=82>

Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil, entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-17793

Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-13925

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961 (en vigor el 24 de abril de 1964): <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convencionviena.htm>

24 de abril de 1963

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 24 de abril de 1963 (en vigor el 19 de marzo de 1967): <http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvVienaConsulares.htm>

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, “El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo” en: *Derecho internacional privado y Derecho de*

Maiger Dalay Urbina Romero

la integración, Asunción, Paraguay, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2013, p.32-34

GAILLARD, Emmanuel, “El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia” en: *Revista de Derecho Forseti*, Comisión de Edición de Forseti, N° 1, 2014, pp. 12-13.

GARCÍA CANO, Sandra, “Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional privado” en: *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, Vol. 38, N° 112, p. 77

GARCÍA CANO, Sandra, *La Cooperación Internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en Derecho Internacional Privado español*, España, Universidad de Córdoba, 2002, p. 65

GIL, Ricardo, *Tiempos complejos ¿Fin del método científico?*, Mérida, Ediciones de la Asociación de Profesores de la Universidad de los Andes, 2010, p.60.

GOICOCHEA, Ignacio, “Los nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial” en: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 4(7), 2016, p. 131.

GUTIÉRREZ CARDENETE, Antonio, “Aplicación del Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo”, en: *Boletín del Ministerio de Justicia - Estudio Doctrinal*, España, Año LXX, N° 9124, 2016, p. 6.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*, Colección Cuadernos N° 8, Caracas, Editorial Sherwood, 2004

IGLESIAS, Fernando, *Modernidad global*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2011, pp. 5 y ss.

JARA RONCANTI, Eduardo, *La función consular*, Santiago, Chile, Proyecto de Cooperación con los Servicios Exteriores de América Latina, PNUD-CEPAL, 1989.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia y Ochoa, J en “ASADIP: Principios sobre el Acceso Transnacional a la Justicia”, *Cartas Blogatorias*, 1 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2016/11/01/asadip-principios-sobre-acceso-transnacional-a-la-justicia/>

MARTIN ÁLVAREZ, Sonia, “El ámbito de aplicación del reglamento comunitario sobre obtención de pruebas: algunas cuestiones controvertidas”, en: *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, N° 27, 2005.

MORIN, Edgar, “El paradigma de la complejidad” en *De Culture*, signes, critiques, N° S 16, Presses de L’ Université de Québec, Canadá, 1988, pp. 65-87.

NAIM, Moisés, *El fin del poder*, Caracas, Libros El Nacional, Debate, 2014.

RAPALLINI, Liliana, “Cooperación jurídica internacional en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” en: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Argentina, Universidad Nacional de La Plata, Año 15, N° 48, 2018, pp. 432-433.

Reglamento (CE) 1206/2001 relativo a relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R1206:20081204:ES:PDF>

Reglamento (CE) 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32007R1393>

Maiger Dalay Urbina Romero

ROSENAU, James, “Demasiadas cosas a la vez. La teoría de la complejidad y los asuntos mundiales” en: *Nueva Sociedad*, N° 148, Marzo-Abril, 1997, pp. 70-83.

SÁNCHEZ LORENZO, Enrique, “Estado Democrático, Postmodernismo y el Derecho Internacional Privado” en: *Revista de Estudios Jurídicos*, 2010, pp. 1-11.

OCHOA MUÑOZ, Javier, “Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global (comentarios introductorios a los principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia)” en: *Revista de Direito Brasileira (RDB)*, Año 8, vol. 20, 2018, pp. 336-363.

OCHOA MUÑOZ, Javier, “Cooperación Jurídica Internacional. Desarrollo histórico y desafíos actuales” en *A.A.V.V.: Cuestiones complejas de la sustracción internacional de niños en las Américas*, Editorial Porrúa México, Ciudad de México, 2017, pp. 39-68.

OCHOA MUÑOZ, Javier, “Hacia un derecho internacional privado de médula procesal” en *A.A.V.V., Derecho, conflicto y argumentación, Estudios jurídicos en homenaje a Jorge Alberto Silva*, Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2017, p.p. 367-390.

OCHOA MUÑOZ, Javier, “Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un Derecho internacional privado al servicio de la justicia” en *A.A.V.V., Los servicios en el Derecho Internacional Privado, Jornadas ASADIP 2014*, Gráfica e Editora RJR, Porto Alegre, 2014, pp. 235-260.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo: *Estudios de Derecho Procesal Civil Internacional*. Caracas, FCJPUCV, 1998

URBINA ROMERO, Maiger, “Tribunales de Internet en China: ¿un nuevo dolor de cabeza o avance transnacional de los criterios atributivos de jurisdicción?” en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 2, 15 de mayo de 2020, p. 385. Disponible en <http://www.mdipc-ucv.com>

Maiger Dalay Urbina Romero

VAN LOON, Hans, *El Horizonte Global del Derecho Internacional Privado* (Trad. J. Ochoa Muñoz & otros), Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, Editorial RVLJ, 2020, p.37.

YBARRA BORES, Alfonso, “El sistema de notificaciones en la unión europea en el marco del reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, España, Proyecto de I+D-La europeización del Derecho de familia, Octubre 2013, Vol. 5, N° 2, p. 482

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE

Rosnell V. Carrasco Baptista

Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), profesor de Derecho Constitucional y Administrativo (UCAB), y de Derecho Público Económico en la Universidad Metropolitana (Unimet). Investigador adscrito al Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila (UMA).

Resumen:

Este estudio aborda las relaciones entre el Poder Judicial y el arbitraje, con la finalidad de determinar si algunos mecanismos propios de la justicia constitucional, pueden constituir mecanismos válidos para la impugnación de laudos arbitrales.

Palabras clave: Laudo, Amparo Constitucional, Avocamiento, Poder Judicial, coordinación, control.

CONSTITUTIONAL JUSTICE AND ARBITRATION

Abstract:

This paper points out the relationship between the Judiciary and arbitration, in order to determine whether some of the mechanisms of constitutional justice are valid for challenging arbitration awards.

Keywords: Arbitration award, constitutional action, request of avocamiento, Judiciary, coordination, control.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre la justicia arbitral y el Poder Judicial, no han sido pacíficas. Por el contrario, han experimentado momentos de verdadera tensión, que en la mayoría de los casos han terminado por imponer un mayor control del Poder Judicial sobre el arbitraje.

En efecto, el desarrollo de las relaciones entre ambos órdenes competenciales ha estado marcado por los constantes vaivenes de la jurisprudencia, que en algunos casos han terminado reforzando la institución arbitral y en otros la han debilitado notablemente.

Resulta evidente que la justicia arbitral requiere en algunas oportunidades la colaboración del Poder Judicial, tal es el caso de la ejecución coactiva de las decisiones arbitrales. Si bien es cierto que los laudos deberían ser acatados de buena fe por los particulares, la realidad indica que la parte que se ve afectada por la decisión de los árbitros, en muchos casos pretenderá iniciar un largo camino para atacar el laudo arbitral, con la finalidad de evitar su cumplimiento voluntario.

De lo anterior podemos observar que una etapa importante en la relación entre Poder Judicial y justicia arbitral es la referida a la ejecución forzosa del laudo, lo cual es aplicable tanto al laudo definitivo, como a interlocutorios, verbigracia, los referidos a medidas cautelares, cuando por su propia naturaleza no resulte posible hacerlas cumplir por los mismos árbitros.

No obstante, mayores tensiones se presentan en aquellos casos en los que se pretende la nulidad o anulación del laudo. Nuestro sistema jurídico, inspirado en las convenciones internacionales que regulan la materia y en la Ley Modelo UNCITRAL, acoge con claridad el principio de la *recurribilidad excepcional del laudo arbitral*.

En efecto, de acuerdo a dicho principio, contra el laudo arbitral solo procede el recurso de nulidad por las causales taxativamente previstas en la Ley de Arbitraje Comercial, el cual deberá ser conocido por un Tribunal Superior competente del lugar en donde se hubiere dictado.

Esta regulación procesal es cónsona con la idea del arbitraje como un mecanismo autorregulado de solución de controversias, mediante el cual las partes se dan su propia solución al conflicto, disponiendo un procedimiento propio y eligiendo a sus árbitros, *en virtud del cual renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*, según dispone expresamente el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial.

El acuerdo de arbitraje ha sido caracterizado como un contrato cuyos efectos son principalmente de orden procesal, si aceptamos esa premisa como válida, entonces podremos entender que cuando las partes deciden acudir al arbitraje renuncian por entero al mundo de los recursos judiciales, y aceptan como único mecanismo excepcional de control de la legalidad del laudo el recurso de nulidad previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.

No obstante, la claridad de la Ley sobre estos asuntos que venimos comentando, la interposición del recurso de nulidad por ante Tribunales Superiores ha generado todo un debate referido a si la sentencia que resuelve el recurso de nulidad puede ser a su vez objeto de los recursos judiciales extraordinarios que caben contra esas sentencias judiciales, en cualquier otra materia.

Es decir, se ha sostenido que, si bien el laudo no puede ser impugnado mediante un recurso judicial distinto al recurso de nulidad, algo diferente sucede con la sentencia que resuelve o decide ese recurso de nulidad, contra la cual podría ser ejercido el recurso de casación, el amparo constitucional, y la revisión constitucional.

Es pertinente que señalemos que hasta ahora el problema había quedado reducido a la impugnación de esa sentencia que resolvía el recurso de nulidad, y en cada uno de los casos tanto la Sala de Casación Civil, como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, han sostenido criterios nada pacíficos, en donde la inseguridad jurídica es la regla.

Pero recientemente, este panorama nada alentador para el arbitraje, se ha complicado en grado aún mayor, ello como consecuencia de la admisión de una solicitud de avocamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el

curso de un procedimiento arbitral todavía no concluido. Es decir, que, por primera vez, lo atacado fue el procedimiento y no el laudo, ni la sentencia que resolvió el recurso de nulidad.

En virtud de estas consideraciones, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las relaciones entre la justicia constitucional y el arbitraje? dicho de otra manera ¿los mecanismos propios de la justicia constitucional pueden ser utilizados válidamente en el mundo del arbitraje? y de manera concreta ¿puede atacarse el procedimiento arbitral mediante la solicitud de avocamiento?

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

1.- El arbitraje como derecho fundamental

El arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias que es parte del sistema de justicia y que debe ser promovido por el legislador (artículos 253 y 258). Como consecuencia de lo antes expuesto, es necesario señalar que los particulares tienen un verdadero derecho constitucional a disponer que las controversias que surjan como consecuencia de sus relaciones jurídicas con terceros sean resueltas por Tribunales Arbitrales, lo que implica la derogación convencional de la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia, en favor de la justicia arbitral.

En consecuencia, el establecimiento del arbitraje como medio de solución de controversias entre particulares, es una verdadera manifestación del derecho constitucional a la tutela efectiva de los derechos y al debido proceso (artículos 26 y 49 de la Constitución), por lo cual debemos concluir que existe un verdadero derecho fundamental al arbitraje. Esto sería así, incluso si consideráramos que los artículos 253 y 258 de la Constitución no contienen un derecho autónomo al arbitraje, ya que el formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos.

Efectivamente, el artículo 26 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho de acceso a los “órganos de administración de justicia” y a la “tutela efectiva de los mismos”. La norma analizada, no expresa que los únicos órganos de administración de

Justicia sean los del Poder Judicial, así como tampoco judicializa la tutela efectiva de los derechos, por lo que podemos efectivamente concluir que la justicia arbitral forma parte de los órganos de administración de justicia, y que mediante el recurso al arbitraje también se tutelan efectivamente los derechos, por lo que el derecho fundamental al arbitraje tiene rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26, 253 y 258 de la Constitución.

Las consideraciones anteriores, nos permiten sostener que la columna vertebral de este derecho fundamental lo encontramos en el artículo 26, por establecer este el derecho a la tutela efectiva de los derechos, con independencia de lo que dispongan las otras dos normas.

La interpretación que venimos sosteniendo, garantizaría la continuidad del funcionamiento institucional de la justicia arbitral a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial, con independencia de que las normas contenidas en los artículos 253 y 258, desaparezcan totalmente de nuestro sistema constitucional, ya que ellas contienen el derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos¹.

La idea que acabamos de exponer, resulta de capital importancia de cara al impacto que la categorización del arbitraje como derecho fundamental y su impacto sobre los mecanismos para hacer efectivo o proteger adecuadamente ese derecho.

Desde ya queremos destacar que algunos podrían verse tentados a concluir que esa calificación de derecho fundamental, que no es propia de todos los ordenamientos jurídicos, podría hacer pensar que en última instancia el recurso a los mecanismos judiciales de protección de la Constitución, tales como el amparo constitucional, la revisión de sentencias, y el avocamiento, puedan ser considerados como recursos válidos y aplicables al arbitraje.

¹ Hernández-Breton, Eugenio. Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental, publicado en Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos, Caracas, pp. 31 y 32.

No obstante, como veremos de seguidas, nada resulta más alejado a la realidad, en tanto y en cuanto el arbitraje cuenta en Venezuela con un proceso previsto en la Ley, y con un mecanismo de control de la actuación de los árbitros y del laudo, que es el recurso de nulidad, que además permite la suspensión de los efectos de la decisión arbitral, si se consigna por ante el Tribunal competente, fianza suficiente. Mecanismos estos, lo suficientemente eficaces e idóneos para la protección constitucional de los derechos de las partes que deciden acudir al arbitraje como mecanismo de solución de disputas.

Por último, queremos destacar que la doctrina de derecho comparado ha sostenido con relación al fenómeno de la constitucionalización del arbitraje, que el mismo resulta negativo en la medida que favorece el intervencionismo judicial, paralizando arbitrajes en curso o dejando desprovistos de valor laudos arbitrales, sobre la base del ejercicio de recursos extraordinarios de carácter constitucional²

2.- La justicia constitucional como sistema de protección de derechos fundamentales.

No nos vamos a detener en profundidad en el estudio y análisis de la justicia constitucional, ya que ello excedería el propósito de esta investigación. No obstante, consideramos pertinente hacer algunas consideraciones sobre la vinculación entre la protección de la supremacía de la Constitución y el arbitraje como mecanismo para la tutela judicial de los derechos de quienes han suscrito una cláusula de arbitraje, con la finalidad de dejar clara la vinculación entre estos importantes sistemas de solución de controversias.

En efecto, la denominada justicia constitucional constituye una garantía del principio de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 7 de la Carta Magna. Este principio, es el reconocimiento de la soberanía con la que actúa el poder constituyente, al establecer el pacto social y político que permite dotar de una estructura institucional al Estado y definir los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En nuestro país, la Constitución expresamente dispone que ella es la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. No obstante, esta declaración tendría

² Conejero Roos, Cristian. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?, en: Revista chilena de derecho privado. Universidad Diego Portales, Chile, 2006, p. 255.

poca significación, si ella no estuviera acompañada de un mecanismo coactivo para hacer efectiva esa supremacía, y que viene a hacer cumplir el carácter normativo de la Constitución, o lo que es lo mismo su real aplicación a todo el ordenamiento.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución todos los jueces están en la obligación de asegurar la integridad de la norma fundamental, lo cual tiene como consecuencia la aplicación preferente de la Constitución por encima de cualquier otra norma que la contradiga. Además, a los fines de robustecer el sistema de control de constitucionalidad se creó en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuyas competencias y atribuciones se encuentran previstas en el artículo 336 constitucional.

No obstante, como ha sostenido JESÚS MARÍA CASAL, la creación de la Sala Constitucional en modo alguno implica concentrar en un órgano judicial todas las formas de defensa o de interpretación de la Constitución, ya que todas las vías procesales pueden, así sea de manera indirecta, servir de cauce para la defensa de las reglas y principios constitucionales y para la interpretación constitucional, estando obligados todos los jueces a interpretar las normas a la luz de la Constitución³.

Compartimos plenamente las ideas anteriores, referidas a la obligación de todos los jueces y árbitros de garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución, lo cual, en nuestra opinión, se cumpliría de dos maneras. En efecto, la primera de las referidas herramientas de las que disponen los árbitros es la potestad de control difuso de la constitución, tal y como sucedió en el caso de la desaplicación por control difuso del literal “j” del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, publicado en la Gaceta Oficial de la

³ Casal Hernández, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional: Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*. UCAB, Caracas, 2000, p. 83.

República Bolivariana de Venezuela No 40.418 del 23 de mayo de 2014, que prohibía el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial⁴.

Probablemente el elemento más importante de la configuración de la justicia constitucional como un instrumento transversal del sistema de justicia en Venezuela, tiene que ver con la obligación de todos los jueces y árbitros de garantizar a todos los particulares el goce efectivo de sus derechos constitucionales, especialmente el derecho a la tutela efectiva y al debido proceso.

Elemento esencial del derecho a la tutela efectiva lo conforman dos derechos específicos, y que son los que nos interesan a los efectos de la presente investigación: *(i)* el derecho a recurrir de la decisión, y, por otra parte, *(ii)* el derecho a la ejecución de la decisión.

Ahora bien, en el arbitraje se ha insistido en la procedencia de algunos mecanismos propios de la justicia constitucional como el amparo constitucional y más recientemente el avocamiento, esgrimiendo el perdidoso fundamentalmente su derecho a recurrir de la decisión que califica de inconstitucional, en nuestra opinión, en detrimento del derecho de la parte gananciosa, a la ejecución de la decisión o laudo.

En virtud de esta aparente dualidad, consideramos necesario analizar las relaciones de coordinación y control entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria, y, posteriormente, pasar al análisis de la figura del amparo y del avocamiento como mecanismos o vías procesales de impugnación del laudo en materia arbitral.

⁴ Caso: *Miriam Josefina Pacheco Cortés*, laudo arbitral del 15 de septiembre de 2016, expediente N° CA01-A-2016-000005 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 18 de octubre de dos mil dieciocho (2018), que puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

II. RELACIONES DE COORDINACIÓN Y CONTROL ENTRE LA JUSTICIA ARBITRAL Y LA JUSTICIA JUDICIAL

Somos de la opinión que en Venezuela urge el reacomodo de todo el sistema de justicia, a los fines de hacer verdaderamente efectivo los postulados constitucionales de tutela efectiva de los derechos y debido proceso. Ahora, esa reforma pasa necesariamente por entender que tanto el Poder Judicial como el sistema arbitral son piezas fundamentales de la justicia en nuestro país, y para hacer efectivos esos postulados es necesario procurar entre ambos sistemas un justo equilibrio.

En efecto, la justicia judicial se sirve del arbitraje para descongestionarse de tantos asuntos que hoy la saturan, para poder atender con los escasos recursos de los que dispone, a quienes realmente necesitan de la justicia del Estado, y si es posible tomando del arbitraje los principios de intermediación, oralidad, informalidad, celeridad y eficacia, que lo caracterizan, pero, por otra parte, la justicia arbitral requiere del Poder Judicial para controlar los excesos y errores en que podrían incurrir los árbitros, y para hacer efectiva la voluntad de las partes contenida en la cláusula arbitral, mediante la cabal ejecución de lo decidido⁵.

En definitiva, entre el sistema arbitral y el Poder Judicial debe existir una recíproca colaboración de manera que ambos trabajen para obtener el mismo fin, que no es otro que garantizar que los justiciables puedan acceder a una justicia sustantiva o material mediante la elección de mecanismos de solución de disputas que propicien razonamientos no formalistas o extremadamente positivistas.⁶

1.- Relaciones de coordinación

En efecto, estas relaciones de coordinación permiten lograr la instalación efectiva del tribunal arbitral, mediante la designación de algún árbitro cuando las partes no están de acuerdo, colaboración en la evacuación de pruebas que por su naturaleza no pueda ejecutar

⁵ Haro, José Vicente. La Justicia Arbitral y la justicia judicial, en: Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 166-168.

⁶ Diaz-Candia, Hernando. El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje: Teoría general del arbitraje. Editorial Torino, Caracas, 2016, p. 231.

el tribunal arbitral, de manera similar la ejecución de medidas cautelares, decisión de la inhibición o recusación en caso de empate por los árbitros, y probablemente la más importante: la ejecución del laudo definitivo.

Si bien se ha reconocido de manera incuestionable que los árbitros ejercen función jurisdiccional, no es menos cierto que frecuentemente requieren el auxilio de la fuerza pública para lograr ejecutar ciertas decisiones y para tomar otras que garanticen la correcta instalación del tribunal, el cumplimiento de algunos actos del procedimiento y finalmente la ejecución de las decisiones del tribunal arbitral.

Estas relaciones de coordinación determinan que no puede pensarse en ambos sistemas, como esquemas contrapuestos, sino, que, por el contrario, como sistemas complementarios, cuyo normal funcionamiento redundan en beneficios para los particulares.

2.- Relaciones de control

a) El principio de la recurribilidad excepcional del laudo arbitral en la Ley

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la tutela jurisdiccional de los derechos no es facultad exclusiva del Estado por intermedio del Poder Judicial. En efecto, es pertinente recordar que el artículo 253 de la Constitución expresamente señala que “*El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley...*”. De la disposición comentada se puede considerar que la Ley de Arbitraje Comercial es una de esas leyes a la que se refiere el artículo 253 y que los tribunales arbitrales, lo son, en los términos de esa norma.

En consecuencia, podemos sostener que el Estado puede delegar en particulares *la tutela jurisdiccional* de los derechos en los términos y condiciones señalados por la Ley. En igual sentido, puede afirmarse que la ejecución forzosa de las decisiones de los árbitros o lo que es lo mismo, *la tutela coactiva de los derechos* frente a particulares, sí está reservada al Estado, por medio de los tribunales del Poder Judicial.

Así, las relaciones de control se plantean en dos momentos diferentes, bien mediante el ejercicio del correspondiente recurso de nulidad en los términos previstos en el

artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, y por las causales taxativamente contempladas en dicha Ley, o mediante la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo, también por las causales establecidas en el artículo 49.

A los efectos del presente trabajo solo haremos algunas consideraciones sobre *el control judicial limitado del laudo* mediante la interposición del recurso de nulidad.

Si bien es cierto que, nuestra ley de arbitraje, reconoce el derecho a recurrir del laudo, ese derecho, a los efectos de lograr un equilibrio entre recurribilidad y aceptación, admite el derecho a recurrir, pero solo en forma parcial, ya que el único recurso judicial procedente es el recurso de nulidad.

En efecto, en este sentido compartimos plenamente la opinión del profesor ANDRÉS MEZGRAVIZ, quien, entre nosotros, ha destacado las características del arbitraje que fundamentan ese derecho parcial a recurrir del fallo, y en consecuencia la no aplicación al arbitraje de otros recursos procesales propios del Poder Judicial a los efectos de salvaguardar derechos fundamentales en juego, tales como el amparo constitucional y ahora el avocamiento.

En primer lugar, el profesor MEZGRAVIS nos recuerda que el arbitraje de acuerdo a la Ley solo puede tener lugar en controversias sobre derechos disponibles, y es justamente eso lo que explica que la voluntad librantemente manifestada en un acuerdo de arbitraje no debe quedar a la merced de quien, habiendo sido desfavorecido por el laudo, invoque principios constitucionales que propiamente acabarían con la Constitución e irían en contra de la voluntad libremente expresada en la cláusula de arbitraje⁷.

En segundo lugar, cabe destacar que cuando las partes se someten a arbitraje, renuncian voluntariamente a cualquier otro medio, pretensión, acción o recurso judicial, exceptuando el recurso de nulidad, por lo que ellas asumen como propia la decisión de los

⁷ Mezgravis, Andrés. Recursos contra el laudo arbitral comercial, en: en: Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 224-240.

árbitros y consienten cualquier vicio distinto a los expresamente admitidos para fundamentar el recurso de nulidad.

También es importante tener en consideración que la referida renuncia no la hace una sola de las partes, ni se hace depender de la voluntad de una sola de ellas, sino que, por el contrario, es querida y aceptada por todas las partes que suscriben el acuerdo.

De igual manera, la renuncia no la hacen para disminuir sus derechos procesales, sino que la suscriben por cuanto las partes están convencidas de que comparativamente adquieren mayores beneficios, ya que la controversia sería decidida rápidamente, por personas que ellas mismas elijan y con una preparación mucho más amplia, por lo general, que la de los jueces del Poder Judicial.

Por último, debemos recordar que el recurso de nulidad es un mecanismo idóneo para tutelar y proteger cualquier derecho constitucional que las partes puedan considerar afectados, especialmente si, partiendo de lo anterior, consideramos que ellas al someter la controversia a la decisión de árbitros, expresamente han rechazado la idea de una decisión formalista, y han acogido una que favorece la pronta resolución del conflicto desde una perspectiva material o de fondo.

Esto que acabamos de exponer se ve reforzado por el hecho, según el cual, es perfectamente posible obtener la suspensión de los efectos del laudo si la parte recurrente lo solicita, y acompaña caución suficiente a los fines de evitar daños a la parte que pretende beneficiarse de dicha ejecución, lo cual vendría a impedir cualquier daño que una decisión francamente inconstitucional pueda causar.

b) El principio de la recurribilidad excepcional del laudo arbitral en los reglamentos de los centros de arbitraje

Todo cuanto venimos comentando adquiere mayor relevancia si observamos las vigentes normas que regulan esta materia en los reglamentos de los dos principales centros de arbitraje en Venezuela, por una parte, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC).

b.1) Reglamento CEDCA 2020

En efecto, el artículo 42.4 del reglamento CEDCA 2020, actualmente vigente, dispone que al someter su controversia a arbitraje según las normas del CEDCA, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y, específicamente, *renuncian a cualesquiera recursos a los que tuviere derecho, sin perjuicio de los permitidos en la ley aplicable al procedimiento arbitral.*

Debemos destacar que esta norma fue recientemente modificada, ya que anteriormente el artículo 40.4 se limitaba a señalar que al someter su controversia a arbitraje según las normas del CEDCA, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y, específicamente, *renuncian a cualesquiera recursos a los que tuviere derecho.*

Al no haber dejado a salvo el recurso previsto en la Ley (nulidad), algún sector de la doctrina había sostenido que, con fundamento en esa norma, hubiera sido posible declarar inadmisibles cualquier recurso de nulidad, ya que expresamente las partes incluso estaban renunciando a la nulidad⁸. Sin embargo, esta postura, en defecto de alguna norma que expresamente permitiera la posibilidad de renunciar al recurso, sostiene que tal interpretación podría resultar inconstitucional, por lo cual asumimos como positiva la modificación que viene a reproducir el contenido de la Ley.

b.2) Reglamento CACC

Por su parte el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas dispone en su artículo 75, de manera similar al RCEDCA 2020, que el sometimiento de las partes al arbitraje, implica que las ellas se comprometen a ejecutar sin demora alguna el laudo que se haya dictado y *renuncian a cualesquiera recursos salvo lo previsto en la Ley de Arbitraje.*

⁸ Saghy Cadenas, Pedro J. EL arbitraje institucional en Venezuela: Análisis comparado de los Reglamentos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 152-153.

En efecto, actualmente ambos reglamentos tienen una regulación armónica, lo cual garantiza la seguridad jurídica y ratifica la idea de la *recurribilidad parcial del laudo arbitral*, lo cual se logra bien porque las partes así lo señalen expresamente en la cláusula, bien porque se hayan remitido al reglamento de alguno de los centros, o por la simple aplicación de la Ley para los casos de arbitraje independiente.

Expuestos los argumentos que justifican y explican la constitucionalidad del derecho parcial o limitado a recurrir del laudo solo mediante el ejercicio del recurso de nulidad, pasamos entonces a estudiar el amparo constitucional y la figural del avocamiento, ambos aplicados al arbitraje.

III. EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y EL AVOCAMIENTO COMO INSTRUMENTOS DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

1.- El amparo constitucional contra decisiones judiciales

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA), dispone que la acción de amparo constitucional procede contra las decisiones de Tribunales de la República, que hayan sido dictadas fuera de su competencia, y siempre que las mismas lesionen derechos constitucionales.

Ha sido la jurisprudencia la encargada de determinar el alcance de esta norma. En ese sentido, mediante sentencia de fecha 12 de diciembre de 1989, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia determinó que la procedencia del amparo contra sentencia se fundamenta en la verificación de dos requisitos, a saber: *(i) que el Juez accionado, actúe fuera de su competencia, lo cual debe abarcar no sólo la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino que también corresponde a los conceptos de abuso de poder o extralimitación de atribuciones, y ii) que esa actuación lesione o vulnere derechos o garantías constitucionales.*

En efecto, la doctrina ha señalado, sobre la frase “actuando fuera de su competencia”, que “*se ha extendido su ámbito a aquellas actuaciones judiciales donde se realiza un uso indebido de las funciones que le son atribuidas por la Ley, que llevan al juez*

*a incurrir en un abuso de autoridad y por tanto en una violación de derechos constitucionales*⁹.

El referido criterio fue desarrollado por la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de diciembre de 1999, en la cual dejó sentado que: *“Es razonable, por lo tanto, que se exija como requisito de procedencia del amparo contra sentencia, que la conducta del juez accionado, constituya un abuso de poder o una usurpación o extralimitación de funciones, que lesione simultáneamente un derecho constitucional*¹⁰”.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido, sobre el amparo contra sentencias, que éste procede en los siguientes supuestos:

1) el tribunal haya actuado con abuso de autoridad, con usurpación de funciones o que se haya atribuido funciones que la Ley no le confiere; o 2) cuando su actuación signifique la violación directa de uno de los derechos o garantías constitucionales. Igualmente, en reiteradas ocasiones se ha definido el alcance que se le ha dado al concepto de incompetencia en estos casos, la cual no debe entenderse en un sentido procesal estricto (por la materia, valor o territorio), sino más bien en el aspecto constitucional, ya que “obrar fuera de su competencia” como requisito fundamental para la protección constitucional del derecho que se pretenda vulnerado, significa usurpar funciones por parte del juzgador que, por la Ley, no le han sido conferidas. Por tanto, es requisito sine qua non que, en la interposición de un amparo contra sentencia judicial, deba verificarse, en primer lugar, los requisitos ut supra mencionados.

a) El tribunal arbitral no es un tribunal de la República

El profesor ANDRÉS MEZGRAVIS ha sostenido que los tribunales arbitrales por más funciones jurisdiccionales que tengan, no son Tribunales de la República, ya que estos últimos son aquellos constituidos de conformidad con la Constitución, y las leyes y forman

⁹ Chavero, Rafael *El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood 2001. P. 497

¹⁰ Este criterio fue ratificado posteriormente, en sentencia del 2 de febrero de 2000.

parte del Poder Judicial, no siendo posible recurrir a interpretaciones extensivas ya que este es el sentido técnico de las palabras expresadas por el legislador¹¹.

En este sentido, deberíamos entender por opuesto a la idea de Tribunales de la República, tribunales privados, constituidos principalmente por la voluntad de los particulares, tal y como sucede con el tribunal arbitral, en el que el tribunal o panel arbitral se constituye de acuerdo a lo pactado o establecido en la cláusula de arbitraje y solo en ausencia de esa voluntad, puede completarse la misma con lo dispuesto por la Ley.

b) El carácter extraordinario del amparo

Como hemos venido exponiendo se ha reconocido en el ámbito judicial una presunción según la cual, la mayoría de acciones o recursos tienen naturaleza subjetiva y en consecuencia resultan medios idóneos para la tutela constitucional de sus derechos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas, razón por la cual el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha reconocido expresamente como causal de inadmisibilidad de cualquier amparo constitucional, *cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes*.

Esas expresiones han sido interpretadas por la jurisprudencia, por lo menos desde la sentencia del 22 de abril de 1993, emanada de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el sentido de sostener que el amparo constitucional no se puede convertir en un medio procesal sustituto del resto de los procesos judiciales existentes, lo cual sería inconstitucional.

En este caso, debemos señalar que existe un recurso judicial expedito y lo suficientemente amplio que permite la tutela constitucional de los derechos de las partes. El recurso de nulidad del laudo, previsto en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, sobre el cual se ha sostenido que, a pesar de ser taxativas las causales de procedencia, al mismo tiempo son lo suficientemente amplias para que en ellas se pueda subsumir

¹¹ Mezgravis, Andrés. Op. Cit, p. 226

cualquier eventual violación de derechos o garantías fundamentales, siendo muy difícil imaginar algún supuesto en el que se pueda violar un derecho o garantía fundamental y no pueda subsumirse en algunos de los supuestos del referido recurso de nulidad¹².

En idéntico sentido se ha pronunciado RAMON ESCOVAR ALVARADO, quien ha sostenido que las causales de nulidad de los laudos y las causales de denegación de los laudos extranjeros, establecidas en las normas del sistema de arbitraje comercial venezolano constituyen el medio procesal plausible, sumario, idóneo y eficaz para garantizar la eficacia de los derechos procesales fundamentales (debido proceso y defensa), por lo tanto, en su opinión, están dados los supuestos para que el amparo sea declarado inadmisibile¹³.

c) La amenaza es de imposible realización por el imputado

El artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA) es claro al señalar que el amparo será inadmisibile cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucional no sea inmediata, posible y realizable por el imputado. En este sentido, los autores citados son contestes en sostener que por más inmediata y posible que pueda considerarse la amenaza que reporta el Tribunal Arbitral, la misma jamás podrá ser ejecutada por dicho tribunal, toda vez que es el Tribunal de ejecución quien, en tal caso, la ordenaría y llevaría a cabo. Lo que significa que la supuesta amenaza jamás podrá ser realizada por el tribunal arbitral, por lo que el amparo debería ser declarado improcedente.

d) El agraviado dio su consentimiento expreso

El amparo también resulta inadmisibile de conformidad con el artículo 6.4 de la LOA, cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o la garantía constitucionales *hayan sido consentidos expresa o tácitamente*. En virtud de este supuesto, es necesario recordar que el presupuesto fundamental de todo arbitraje es el consentimiento

¹² Mezgravis, Andrés. Op. Cit, p. 230

¹³ Escovar Alvarado, Ramón. Revisión judicial de actos dictados por Tribunales Arbitrales, en: Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Universidad Católica Andrés Bello, Volumen V, Caracas, 2012, p. 589.

legítimamente expresado por las partes al momento de suscribir el acuerdo de arbitraje, razón por la cual, cuando las partes seleccionan el arbitraje como medio de solución de controversias, también están aceptando las normas sobre recurribilidad de laudos, por lo cual la parte presuntamente agraviada habría otorgado expresamente su consentimiento, lo que haría inadmisibles el amparo.

e) La admisión del amparo viola el principio de fungibilidad de los servicios jurisdiccionales.

La doctrina citada sostiene que el arbitraje comercial se erige como el mecanismo de resolución de controversias por excelencia en el comercio, y que su fundamento se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual -agregamos nosotros- en esta materia es tan importante, e incluso complementario del derecho a la defensa y a la tutela efectiva de sus derechos, por lo cual el análisis jurídico en esta materia debe realizarse con la debida deferencia por la institución arbitral, que en nuestro sistema cuenta con rango constitucional de conformidad con lo previsto en los artículos 253 y 258 de la Constitución.

2.- El avocamiento como medio de impugnación de un proceso arbitral

a) Consideraciones generales sobre el avocamiento

La institución procesal del avocamiento, constituye un mecanismo judicial que permite al Tribunal Supremo de Justicia, en cualquiera de sus Salas, atraer para sí cualquier proceso que curse por ante cualquier tribunal de la República. En el caso concreto de la Sala Constitucional, esta facultad extraordinaria se encuentra prevista en el artículo 25.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada en Gaceta Oficial N° 39.522 del 1 de octubre de 2010, según el cual dicha Sala es competente para avocarse en las causas en las que se presume *violación al orden público constitucional*, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme.

Esta figura encontró por primera vez su regulación legal en el hoy derogado artículo 43.29 de la extinta Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en la que se

estableció que la Sala Político-Administrativa era competente para *solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue pertinente.*

En ese sentido, la Sala Político-Administrativa interpretó que la potestad de avocamiento (prevista en el ordinal 29º) estaba consagrada como una facultad exclusiva de la Sala Político-Administrativa, al no encontrarse expresamente atribuida a otra Sala.

Esta potestad extraordinaria fue definida por la Sala Político-Administrativa como un *extraordinario mecanismo legal que le permite desviar a su favor, la competencia natural de otros tribunales*¹⁴. Por medio de su uso, el Tribunal Supremo “*atrae para sí el conocimiento y decisión de un juicio que cursa ante otro tribunal de inferior jerarquía*”¹⁵.

Es, por tanto, un mecanismo cuya finalidad o consecuencia principal es desviar la competencia natural de los tribunales de la República, ya que sustrae un asunto de la competencia del inferior para llevarlo al conocimiento del Tribunal Supremo.

No obstante, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 43 de la LOCSJ, la cual, como vimos, reservaba de manera exclusiva y excluyente a la Sala Político- Administrativa la facultad de avocarse al conocimiento de asuntos que cursen ante otro tribunal de la República.

En la referida decisión, la Sala Constitucional dispuso que la potestad de avocamiento “*corresponde [...] a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición...*”¹⁶. Agregando algunas consideraciones sobre los requisitos de procedencia de la solicitud de Avocamiento, al sostener que el ejercicio de esa

¹⁴ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de agosto de 1996.

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 24.04.02 (caso *Sintracemiento*).

¹⁶ Para un análisis más profundo sobre la inconstitucionalidad de esta interpretación puede consultarse la obra del profesor Brewer-Carias, titulada: *Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación*. Revista de Derecho Público N.º 105, enero-marzo 2006.

potestad se justifica en casos *de manifiesta injusticia, denegación de justicia, amenaza en grado superlativo al interés público y social o necesidad de restablecer el orden en algún proceso judicial que así lo amerite en razón de su trascendencia e importancia*”.

De lo expuesto podemos advertir algunas características de esta especial institución procesal, la cual se rige por los siguientes principios: *(i)* proceden contra tribunales de la República, *(ii)* es una figura extraordinaria que solo procede en casos de manifiesta injusticia, *(iii)* es una competencia de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

b) Aplicación del avocamiento al caso *Modexel*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 42, publicada en fecha 20 de febrero de 2020, ordenó a un Tribunal Arbitral la remisión del expediente del caso a los fines de revisar la solicitud de avocamiento formulada por una de las partes, respecto a un proceso arbitral que se seguía ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

El solicitante del avocamiento, la sociedad mercantil Alimentos Polar Comercial, C.A., alegó la existencia de violaciones del orden público constitucional como consecuencia de presuntos “excesos” que habrían llevado a la “desnaturalización” de la función del Tribunal Arbitral.

En virtud de esas consideraciones, solicitó *“que se tomen las medidas a que hubiere a lugar para restituir el orden público constitucional”*, y en consecuencia que la referida Sala proceda al avocamiento en la causa que sigue en su contra la empresa Modexel Consultores E Servicios, S.A. (MODEXEL) ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA),

La Sala Constitucional, una vez revisada la solicitud en cuestión con los recaudos consignados, libró oficio dirigido al CEDCA, así como al Tribunal Arbitral, mediante el cual ordenó la remisión del expediente al Tribunal Supremo de Justicia y ordenó la

suspensión inmediata de la causa y la prohibición de realizar cualquier acto de ejecución hasta que se decida el fondo del asunto, esto es, que resuelva la solicitud de avocamiento.

c) Improcedencia del avocamiento como mecanismo de impugnación de un proceso arbitral

La relevancia de este caso estriba en que es la primera vez que se utiliza el avocamiento como instrumento procesal para cuestionar las actuaciones de un Tribunal Arbitral, incluso antes de que se produjera el laudo definitivo, y en consecuencia creando un supuesto no previsto en la Ley, que es la impugnación del procedimiento de manera autónoma e independiente del laudo arbitral, actuación que consideramos contraria a los principios que hemos explicado a lo largo de este trabajo y que se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes, al decidir de forma autónoma e independiente mecanismos de solución de controversias distintos a los judiciales tradicional.

c.1) Desconocimiento de la voluntad de las partes

En este sentido, nos parece importante destacar que muchas de las consideraciones que justifican la improcedencia del amparo constitucional contra el laudo arbitral, de igual manera nos permiten entender que el avocamiento tampoco constituye un mecanismo judicial idóneo en materia de arbitraje, ya que utilizarlo implica desconocer la voluntad libremente expresada por los suscriptores del acuerdo de arbitraje, que como hemos explicado a lo largo de estas líneas, implica la aceptación de las normas sobre recursos propios del arbitraje, renunciado al ejercicio de recursos judiciales ordinarios y extraordinarios.

c.2) Los tribunales arbitrales no son tribunales de la República

De igual manera queremos señalar que, como fue expuesto, el avocamiento puede ser ejercido en contra de *los demás tribunales de la República*. Así lo había ratificado la Sala Constitucional por medio de sentencia de fecha 05 de abril de 2004 (Caso *Maira*

Rincón Lugo) en la cual la Sala señaló que para que se produjera el avocamiento, resulta necesario que “...*el asunto judicial curse ante algún otro Tribunal de la República, cualquiera que éste sea y con independencia de su jerarquía, competencia o su especialidad*”.

En efecto, al igual que en el caso del amparo contra actos judiciales, en el arbitraje no puede calificarse al Tribunal Arbitral como un tribunal de la República, en tanto no se constituye de acuerdo a las leyes de la República, no dicta el laudo por autoridad y en nombre de la República, los árbitros no son funcionarios públicos; sino todo lo contrario, lo que activa la constitución y funcionamiento del tribunal arbitral, nuevamente, es la voluntad de la partes de someter su controversia a arbitraje, excluyéndola de la jurisdicción ordinaria.

Incluso todo esto ha dado pie a calificar al arbitraje como una suerte de justicia privada, siendo que ese carácter privado es totalmente opuesto al pretendido de tribunal de la República, al igual que sucede en los arbitrajes internacionales. En efecto, el criterio de tribunal de la República se opone al de tribunal extranjero, al igual que al de tribunal arbitral (privado).

Estas consideraciones, en nuestra opinión, son suficientes para entender que el avocamiento, al igual que el amparo no pueden entenderse como mecanismos idóneos para canalizar la impugnación del procedimiento arbitral y del laudo, respectivamente.

CONCLUSIONES

1. Entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria debe existir armónicas relaciones de coordinación y control, que garanticen el descongestionamiento del Poder Judicial y en consecuencia el establecimiento definitivo del arbitraje como el mecanismo típico de resolución de controversias por parte de los comerciantes.

2. Existe un verdadero derecho fundamental al arbitraje, cuyo fundamento principal es la tutela efectiva de los derechos, y el mecanismo idóneo a los fines de garantizar los derechos constitucionales de la parte perdidosa en un procedimiento arbitral es el recurso de nulidad en contra del laudo y no los procedimientos constitucionales, que favorecen el intervencionismo judicial en el arbitraje.

3. No existen razones que justifiquen la interposición y admisión del amparo contra decisiones judiciales como medio de impugnación de laudos arbitrales, y cualquier interpretación en contrario atenta contra la justicia arbitral y en consecuencia contra el sistema de justicia, del cual el arbitraje es parte fundamental.

4. Similares razones, indican que el avocamiento, como mecanismo procesal para impugnar, ya no el laudo, sino el procedimiento, se erige en un atentado al arbitraje que debe ser rechazado, mediante el redimensionamiento de los efectos procesales del acuerdo de arbitraje, que persiguen extraer el conocimiento y solución del conflicto de la justicia ordinaria, y someter a las partes a las normas especiales sobre impugnación de laudos, que se refieren por una parte al recurso de nulidad y por la otra a la oposición a la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- BREWER-CARIAS, Allan. *Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación*. Revista de Derecho Público N.º 105, enero-marzo 2006.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional: Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*. UCAB, Caracas, 2000.
- CHAVERO, Rafael *El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood 2001.
- CONEJERO ROOS, Cristian. *La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?*, en: Revista chilena de derecho privado. Universidad Diego Portales, Chile, 2006.
- DIAZ-CANDIA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje: Teoría general del arbitraje*. Editorial Torino, Caracas, 2016.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramon. *Revisión judicial de actos dictados por Tribunales Arbitrales*, en: Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Universidad Católica Andrés Bello, Volumen V, Caracas, 2012.
- HARO, José Vicente. *La Justicia Arbitral y la justicia judicial*, en: Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio. *Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental*, publicado en Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos, Caracas.

MEZGRAVIS, Andrés. Recursos contra el laudo arbitral comercial, en: en: Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.

SAGHY CADENAS, Pedro J. EL arbitraje institucional en Venezuela: Análisis comparado de los Reglamentos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

DERECHO DEL TRABAJO

INTANGIBILIDAD DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO, MODIFICACIÓN Y REVISIÓN PEYORATIVA EN TIEMPOS DE DISTANCIAMIENTO SOCIAL

Luis Augusto Azuaje Gómez

Abogado UBA. Especialista en Derecho del Trabajo UCAB. Estudios en Derecho Procesal UCAB.

Resumen

A partir de la declaración de la Organización Mundial de la Salud de la enfermedad infecciosa COVID-19, como una pandemia, la convivencia y actividades humanas se han visto alteradas trayendo como consecuencia la afectación social, jurídica y económica de los países, en Venezuela, tiene un antecedente de contracción económica de seis (6) años consecutivos que agrava el panorama de las actividades productivas, haciendo más retador añadir nuevos ajustes a los ya tomados por la coyuntura preexistente, de allí que sea necesario debatir sobre la posibilidad de nuevas negociaciones entre empleadores y organizaciones sindicales que modifiquen o revisen medidas peyorativas a las convenciones colectivas de trabajo ya acordadas y, con el desafío adicional de hacer esas negociaciones en cumplimiento de garantías de seguridad de salud y legales como el distanciamiento personal impuesto que hacen necesaria la incorporación de medios telemáticos para lograr las negociaciones y acuerdos.

Palabras claves: Pandemia, COVID 19, Convención Colectiva de Trabajo, Negociación Colectiva de Trabajo, Modificación y Revisión peyorativa de condiciones de trabajo, Conciliación con autoridad administrativa, medios telemáticos, procedimiento de crisis económica.

INTANGIBILITY OF COLLECTIVE LABOR, MODIFICATION AND REVISION AGREEMENTS IN TIMES OF SOCIAL DISTANCING

Summary

Since the World Health Organization classified the infectious disease COVID-19 as a pandemic, our coexistence and human activities in general have been altered resulting in drastic changes on social, legal and economic fronts. Venezuela has a precedent of six consecutive years of long economic contraction that worsens the landscape of economic activities, making it even more challenging to add new adjustments to those already made. It is therefore necessary to debate the possibility of new negotiations between employers and labor unions to modify or revise existing cruel measures in collective bargaining agreements. This comes with the additional challenge of making these negotiations in full compliance of the legal and health safety warranties such as imposed social distancing, requiring the incorporation of telematics to finalize these negotiations.

Keywords: Pandemic, COVID-19, Collective labor bargaining agreement, Collective labor negotiation, modification and peyorative revise of work conditions, Conciliation with administrative authority, telematics tools, crisis economics bargaining.

ANTECEDENTES, INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Venezuela ha vivido en su historia económica más reciente una contracción sin precedentes en el país, en tiempo y esfuerzos las empresas han procurado adaptaciones a esta realidad al menos en los últimos seis años, lo que supera con creces el tiempo máximo legal estipulado para la duración de las convenciones colectivas de trabajo de tres años, hacemos referencia a este marco porque el objeto de este ensayo es precisamente ubicar las fórmulas que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, para la solución de esta coyuntura y sus límites.

Ya al complejo entorno que recién resumimos, la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través del pronunciamiento de su director Tedros Adhanom Ghebreyesus, declaró el 11 de marzo de 2020 la enfermedad infecciosa COVID-19 originada en Wuham, China, como una pandemia; seguidamente en Venezuela, se anunció el Decreto de Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional para atender la emergencia sanitaria del COVID-19, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6,519, de fecha 13 de marzo de 2020, bajo decreto No. 4.160 (DEAV), lo cual ha impactado no sólo las actividades cotidianas de la población restringiendo la circulación, estableciendo medidas alternativas de circulación (Art. 7), la suspensión de actividades escolares, académicas, actividades públicas, sino que impactó además las actividades laborales (Art. 8, 11, 12 y 14), todas estas medidas dictadas en el decreto se emerge como un evento de fuerza mayor por estar vinculado a hechos de la naturaleza, de allí que tenga como consecuencia un impacto en las relaciones laborales y económicas en las entidades de trabajo, que desarrollaremos enseguida.

I. INTANGIBILIDAD DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Bloque constitucional y legal sobre la intangibilidad de las convenciones colectivas de trabajo.

Dentro del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) referido a los derechos humanos, garantías, y de los deberes, encontramos el

Luis Augusto Azuaje Gómez

capítulo V de los derechos sociales y de las familias que contiene el derecho y deber al trabajo (Art. 87), Protección al trabajo (Art. 89), Jornada de trabajo (Art. 90) y el derecho a la negociación y convención colectiva (Art. 96), derechos, deberes y garantías laborales que aplican al caso en concreto de este trabajo.

Sobre la intangibilidad, la norma constitucional CRBV señala¹ que “...*Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales...*”, con lo cual asocia la constitución venezolana la intangibilidad a la reivindicación de derechos y beneficios laborales, sin que ninguna ley pueda alterar esa garantía.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado sobre la intangibilidad y progresividad en el derecho laboral², de la cual rescatamos lo siguiente:

Estas nociones permiten aproximar a los derechos de los trabajadores como intangibles en cuanto y en tanto no se alteren o modifiquen luego de haberse legítimamente establecidos, mientras que su progresividad se refleja únicamente en el aspecto que los mismos deben favorecerse para su avance, es decir, mejorarse tanto cualitativa como cuantitativamente

El esfuerzo de definir los conceptos por parte de la SC nos orienta claramente a que la existencia de la intangibilidad amerita el cumplimiento de formalidades que legitimen esos derechos, en el caso de las convenciones colectivas de trabajo, esas formalidades están orientadas a los sujetos que suscriben los acuerdos, el depósito y la homologación de esa convención.

Logrado los extremos conceptuales del principio de intangibilidad y progresividad establecidos en la CRBV, debemos pasar al estudio de las normas legales incorporadas en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras³-

¹ Artículo 89 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, identificada CRBV

² STC No 1.185, de fecha 17 de junio de 2004 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

³ En lo sucesivo DLOTTT.

1.2 Principio de intangibilidad y progresividad en el DLOTTT

El DLOTTT incorpora en su texto un catálogo sobre los principios rectores orientando la aplicación e interpretación de la intangibilidad y progresividad a “...que no sufrirán desmejoras y tenderán a su progresivo desarrollo...”⁴.

Estos principios los vemos directamente vinculados a la convención colectiva de trabajo en las disposiciones generales que establece para esa institución el DLOTTT, señalando de manera enfática⁵ que “...no podrá concertarse en condiciones menos favorables para los trabajadores y trabajadoras que las contenidas en los contratos de trabajo vigentes...”, sin embargo, los sujetos negociadores podrán (indica la misma norma) sustituir beneficios siempre que la ponderación resultante de los beneficios sustraídos por los sustituidos sean más favorables para el trabajador.

Sobre este principio de protección de los derechos y beneficios laborales describió el autor Ernesto Krotoschin en su obra *Manual de Derecho del Trabajo*⁶:

Uno de los medios para conseguir ese fin protectorio consiste en la restricción de la libertad contractual (libertad de fijar las condiciones de trabajo). El derecho del trabajo prohíbe o quita valor jurídico a ciertas condiciones no equitativas de labor y otorga al trabajador los derechos inderogables e irrenunciables. El derecho colectivo de trabajo persigue esa misma finalidad.

Lo expresado por el tratadista, confirma la regla general y de orden público contenida en la Ley sustantiva laboral sobre la intangibilidad como un elemento de protección que restringe la voluntad de las partes en los acuerdos individuales y colectivos de trabajo, prohibiendo o anulando el valor jurídico de cualquier condición que quiebre este principio.

Sin embargo, por vía excepcional y, cuando la fuente de empleo se vea amenazada por razones técnicas o económicas a través de una *instancia de protección de derechos* con la intervención del Ministerio con competencia en el Trabajo, podrán con participación de los trabajadores, las organizaciones sindicales y el empleador en el escenario que exista

⁴ Artículo 18 numeral 2 del DLOTTT.

⁵ Artículo 434 eiusdem.

⁶ Ernesto Krotoschin, *Manual de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993), 343-344.

Luis Augusto Azuaje Gómez

convención colectiva acordar⁷ “...la modificación de condiciones contenidas en esa convención, dichas modificaciones permanecerán en ejecución durante un plano no mayor del que falte para que termine la vigencia de la convención colectiva correspondiente...”, así el legislador no sólo establece una excepción sino que regula el tiempo de vigencia del acuerdo y, esto como veremos más adelante tiene razón con base al sistema de negociación imperante en el DLOTTT.

II. MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE TRABAJO EN EL DLOTTT.

Nuestro propósito en este ensayo es lograr definir la posibilidad legal de modificar de forma peyorativa las convenciones colectivas y, partiendo de la realidad imperante por hasta ahora seis años de contracción económica, hacer revisión de esas modificaciones, todo ello en el contexto de una pandemia que vive la nación, que impone un distanciamiento personal y restringe el libre tránsito, así como el derecho a reunión de los ciudadanos.

Corresponde ahora definir qué modelo de negociación de convención colectiva incorpora el DLOTTT, para luego entonces, poder lograr establecer el alcance de la modificación y revisión peyorativa de la convención, así como la prórroga como solución a la necesidad de redefinir condiciones de trabajo de la fuente de empleo dentro de una crisis económica, pues como acertadamente apunta el profesor Humberto Villasmil Prieto⁸ “...Claro está que los ius laboristas creyeron que el crecimiento sería eterno y que así no conocería regresiones. Se equivocaron, sin duda, sumiendo a la disciplina en un letargo perezoso...”.

Del mismo autor Humberto Villasmil⁹ obtenemos los tipos de negociación existentes y la utilidad de precisarlos:

⁷ Artículo 148 del DLOTTT.

⁸ Humberto Villasmil Prieto, *Estudios del Derecho del Trabajo* (Caracas, Publicaciones UCAB, 2005), 241.

⁹ Humberto Villasmil Prieto, *Apuntamientos de Derecho Colectivo del Trabajo: Negociaciones y Conflictos* (Caracas, Paredes Editores, 1995), 148-149.

Es posible y con probabilidad útil intentar proseguir con una caracterización del modelo de negociación colectiva que surge de la LOT. Un criterio de valoración diferenciaría los modelos de negociación permanente y los de negociación estática. Por lo que hace a Venezuela es esta última la caracterización que corresponde.

Esta noción (modelo de negociación estática) no es más que la expresión de una negociación procesalizada que se sirve, hemos dicho, de actos, lapsos y preclusividades por lo que ella tiene un momento y habrá otra para reiniciarla, aún cuando en el interín las condiciones laborales y económicas que la soportan puedan hacer cambiado sustancialmente.

Distinto de ellos es la virtualidad de la “cláusula rebus sic stantibus” en el derecho colectivo del trabajo para justificar el por qué es posible y admisible el reinicio de la negociación “ante tempus” y por tanto la relativa eficacia de las cláusulas de término cuando las condiciones bajo la cual se negoció se hubiesen modificado.

Como bien explica el tratadista patrio, en Venezuela seguimos teniendo un modelo estático de negociación como es patente en el DLOTTT¹⁰, y hemos sido testigos de cómo las circunstancias que concurren al momento de lograr un acuerdo en el ámbito colectivo pueden cambiar con precipitada velocidad, poniendo en riesgo no sólo el cumplimiento de beneficios laborales, sino puestos de trabajo y la fuente de empleo, causando una necesidad de modificar en detrimento las condiciones pactadas inicialmente en una convención colectiva reivindicativa.

Posibilidad legal de modificar y revisar peyorativamente las convenciones colectivas de trabajo.

Siguiendo el hilo de argumentación, tenemos que la modificación y revisión debe ser extraordinaria y bajo causas no solo justificadas sino fundamentadas en medios que demuestran tal necesidad, debiendo siempre tener por norte la ponderación entre la sustentabilidad del centro de producción con la debida retribución que genere bienestar para el trabajador, pues cuando el entorno económico es el motor que impulsa estos cambios, sin duda, el reto es lograr ese equilibrio, pues tanto empresa como trabajadores son afectados.

¹⁰ Artículo 431 y siguientes del DLOTTT

Luis Augusto Azuaje Gómez

Sobre la diferencia que pudiese existir entre modificación y revisión de las condiciones establecidas en una convención colectiva de trabajo, a pesar que el DLOTTT no presenta distinción entre ellas, la conceptualización generada en el trabajo del doctrinario Mario de la Cueva¹¹ puede ser útil como vemos de seguida:

Pero difieren por varios conceptos: ante todo, porque la *revisión* opera por el solo transcurso del tiempo, treinta o sesenta días anteriores al vencimiento del contrato colectivo, sin que sea necesaria la presencia de algún otro requisito; en tanto la *modificación* presupone la existencia de las circunstancias mencionadas expresa y limitativamente en la Ley, por consiguiente, puede iniciarse en cualquier tiempo. En segundo término, la revisión es un procedimiento normal, congénito con la celebración de las convenciones colectivas, y periódico, cada uno o dos años como máximo, mientras la modificación es un proceso extraordinario que se presenta de pronto, pero que podría no volver a aparecer.

Hemos expuesto repetidamente durante el ensayo, que en oportunidades las crisis económicas tienen una duración tan prolongadas como indeseadas, Venezuela hoy transita por una de ellas, con lo cual ha correspondido la imperiosa necesidad de modificar las convenciones iniciales que han logrado reivindicaciones a través de muchos años, sino que la alteración de la pandemia hoy nos impone revisar aceleradamente esas modificaciones que ya habían desmejorado esas condiciones del principio.

Para ahondar sobre estos conceptos, es necesario traer a estas líneas la sentencia dictada por la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia¹²

En tal sentido, es menester destacar que el sistema previsto en el artículo 525 de la Ley Orgánica del Trabajo comporta un especial supuesto de excepción en el cual los trabajadores comparten con el patrono los riesgos de la unidad productiva ante la circunstancia de una crisis económica que ponga en peligro la actividad e incluso la propia existencia de la empresa.

Es precisamente una modificación en detrimento las condiciones de trabajo lo que regula el artículo 525 de la Ley Orgánica del Trabajo, es decir, una *reformatio in peius* del convenio colectivo y ello supone la existencia de unas condiciones de facto que hagan necesaria la extrema medida, y son

¹¹ Mario De La Cueva, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo* (México, Editorial Porrúa, 2005), Tomo II 470.

¹² STC de fecha 20 de marzo de 2007, expediente N° AA60-S-2005-0001831.

estas condiciones las que hacen posible la flexibilización del carácter tuitivo de las normas y principios que rigen el Derecho del Trabajo. En tal sentido, el artículo 512 de la Ley Orgánica del Trabajo, al preceptuar que las condiciones modificadas deban ser más favorables para los trabajadores que las anteriores, indicando los beneficios sustitutivos de los anteriores, resulta incompatible con el hecho alegado y por ende no podía ser aplicado, en caso contrario, no tendría justificación el desideratum del artículo 525 *eiusdem*.

A simple vista, esta última norma pudiera parecer violatoria de principios constitucionales del derecho del trabajo como lo son la irrenunciabilidad e intangibilidad, pero no es así, toda vez que no se trata de una circunstancia en la cual se ceden de una manera arbitraria los derechos del trabajador, sino fundada en la salvaguarda de la relación laboral ante unas circunstancias de hecho excepcionales y específicas que la colocan en riesgo.

Así es como en la práctica forense, nos ha correspondido conocer sin que legalmente se defina de esa manera la modificación peyorativa de las condiciones durante la vigencia de una convención colectiva de trabajo y, luego la revisión de esas modificaciones bien sea para modificar y ajustar a la baja los beneficios para lograr una adaptación a un mercado contraído, o bien la extensión o prórroga de la duración y vigencia de esas convenciones.

Cambios de condiciones de trabajo, ámbito temporal de los cambios.

Sobre el ámbito temporal de los cambios, el especialista en contratación colectiva venezolano Arria Salas¹³ indica que “...*Teóricamente, el contrato colectivo que ha sido homologado, es el que está protegido de modificación o alteración...*”, sin embargo, de conformidad con el contenido del Art. 148 DLOTTT, como bien plantea Carballo Mena¹⁴ “...*la alteración de las condiciones de trabajo -más allá del ejercicio del ius variandi patronal- constituye una de las diversas medidas que cabría sopesar a los fines de garantizar “la actividad productiva de bienes o servicios, y el derecho al trabajo”...*”.

¹³ Alberto Arria Salas, *Contratación Colectiva* (Caracas, Cela Editora, 1987), Tomo I 405.

¹⁴ César Augusto Carballo Mena, *Intervención Administrativa de empresas por crisis o cierre ilegal* (Caracas, I Congreso de Derecho Social – Octubre 2016), 136.

Luis Augusto Azuaje Gómez

Acerca de los límites de esos cambios tenemos en orden de importancia que¹⁵” *...Dicha alteración peyorativa de condiciones de trabajo no podría convenirse en desmedro de la normativa de origen estatal revestida de orden público, la cual funge de suelo mínimo refractario a cualquier degradación...*”, en efecto, las convenciones colectivas de trabajo son brazos extensivos del cuerpo laboral normativo DLOTTT, por lo cual cualquier cambio o modificación debe partir de la base del cumplimiento de los derechos beneficios contenidos en éste.

Un segundo límite lo encontramos en la duración y vigencia de los acuerdos en detrimento de las condiciones iniciales de las convenciones, sobre ello estipula el Art. 148 DLOTTT que “*...dichas modificaciones permanecerán en ejecución durante un plazo no mayor del que falte para que termine la vigencia de la convención colectiva correspondiente...*”, esto es un plazo no mayor de tres años conforme al Art. 435 del mismo Decreto Ley.

El artículo 435 DLOTTT nos indica un límite de tiempo para los casos en los que los sujetos colectivos de trabajo decidiesen prorrogar la duración de la convención colectiva “*...por un límite que no excederá de la mitad del período para la cual fue pactada...*”, para este caso el límite máximo es de un año y medio para los casos de una convención con duración de tres años y un límite mínimo de un año para los casos de convenciones de dos años de duración.

En ambos supuestos, la norma sólo establece limitación en el tiempo de duración de los acuerdos, lo que va en consonancia como vimos anteriormente con el modelo de negociación adoptado por la Ley, pero no establece el DLOTTT ninguna limitación en el número de oportunidades que las partes pueden modificar, prorrogar o revisar los acuerdos peyorativos, pues esa necesidad sólo la dicta las razones técnicas o económicas de la entidad de trabajo, que como hemos expresado debe estar debidamente soportado por los medios probatorios.

III. AUTOCOMPOSICIÓN Y CONCILIACIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO A TRAVÉS DE MEDIOS TELEMÁTICOS.

¹⁵ César Augusto Carballo Mena, idem, 137.

Ya para finalizar, debemos debatir un elemento que hoy resulta un desafío a la necesidad de acuerdos inmediatos que permitan a las fuentes de empleo sortear la recesión económica que representa la pandemia y, es el distanciamiento personal, aunado a las restricciones de tránsito y de reunión que atentan al normal desenvolvimiento de las negociaciones y conciliación de la autoridad administrativa necesaria para lograr acuerdos.

Para descubrir la solución a tan inédito episodio, debemos iniciar indicando que como reseña el autor Mario Ackerman en la obra de Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica¹⁶:

Entre los medios de solución *-pacíficos-* cabe distinguir entre la *autocomposición* y la *heterocomposición*, según que aquélla se busque por el acuerdo directo entre las partes o se recurra a la decisión de un tercero para alcanzarla.

La *negociación colectiva directa y espontánea* es, así, la expresión paradigmática de la *autocomposición* (...)

Y, junto a la primera, aparecen la *conciliación*, la *mediación* y la *investigación o encuesta*, que, si bien suponen la intervención de un tercero, éste no pretende sustituir a las partes en la solución del conflicto sino, por el contrario, tiene como función ayudarlas o *asistirlas* en la prosecución del acuerdo.

Con el marco conceptual reseñado en mente, tenemos que el ordenamiento positivo venezolano contiene los modos de solución de conflictos planteados por el autor Mario Ackerman, es así como el artículo 166 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, establece *los modos de autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo*, señalando su preferencia ante los modos de heterocomposición, por ello resalta *la negociación directa entre las partes y la conciliación*, a las cuales dedicaremos la propuesta de medios para la resolución planteados.

¹⁶ Mario Akerman, *Autocomposición de Conflictos Colectivos de Trabajo* (Santo Domingo, República Dominicana, Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica, 2007), Tomo I, 259-260.

La conciliación para los escenarios expuestos corresponde a la autoridad administrativa del trabajo, tal como lo confirma la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁷ que determinó:

la conciliación constituye un medio alternativo para la solución pacífica de desacuerdos o conflictos entre partes que, para el caso en específico, en la vigente ley sustantiva laboral, se propone para la solución de diferencias relativas a situaciones colectivas –no individuales- derivadas del hecho social trabajo, con la finalidad de que las organizaciones sindicales y los patronos encuentren mediante la facilitación del diálogo dirigido por los Inspectores del Trabajo (*ex* artículo 509.10 de la Ley Orgánica del Trabajo, la Trabajadoras y los Trabajadores) un acuerdo que permita la solución concertada de sus diferencias, sin que el órgano administrativo resuelva directamente, pues solo intervendrá como facilitador de los respectivas soluciones que deben darse las partes para evitar el pase a una situación de conflicto colectivo.

Ello así, en los casos específicos en que se pretenda la reducción de personal por razones de índole económico, ésta se permitirá a los efectos de la protección del proceso social trabajo garantizando la actividad productiva de bienes y servicios, por encima de los intereses individuales derivados de la relación particular de trabajo, pues tal situación trasciende dicho ámbito y se sitúa en el derecho colectivo del trabajo.

En virtud de que la situación que motivó la causa originaria se planteó en un procedimiento de conciliación, derivado de un pliego de peticiones en razón de la solicitud de una reducción de personal por causa económica, y que esta constituye un caso de derecho colectivo de trabajo, es claro que las organizaciones sindicales tengan la representación legal para llevar a cabo el trámite y negociación y, por tanto, formar parte de la junta de conciliación tal cual lo dispone la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras, tanto de forma específica en ese tipo de procedimiento (*vid.* artículos 472, 473 y 479), como de forma genérica, tal cual se dispone en su artículo 367.6 cuando señala: “[l]as organizaciones sindicales de trabajadores y trabajadoras tendrán las siguientes atribuciones y finalidades: 6. [r]epresentar a sus afiliados y afiliadas en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo y, especialmente, en los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje”.

Teniendo claro que en casos de desacuerdos o conflictos colectivos de trabajo, se hace necesaria la conciliación por los Inspectores del Trabajo, que por la urgencia que trata

¹⁷ STC de fecha 14 de agosto de 2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictada en el asunto No 16-1057.

Luis Augusto Azuaje Gómez

conseguir acuerdos que permitan la supervivencia de las fuentes de empleo, es necesario que el procedimiento establecido en el DLOTTT sea realizado a través de los medios telemáticos, para de esta forma asegurar el distanciamiento personal, el cumplimiento de las restricciones y a su vez lograr la negociación con los acuerdos necesarios para la preservación del centro de producción.

Procedimiento de conciliación con uso de medios telemáticos.

El uso de las plataformas digitales, tramitación electrónica y uso de la telemática dentro del procedimiento administrativo previsto en el DLOTTT no es un procedimiento administrativo nuevo, se trata es de una forma de tramitarlo con base en la Ley de Infogobierno¹⁸, es decir, no se está creando procedimiento, sólo se está tramitando con apoyo de herramientas y medios telemáticos para lograr el objeto del procedimiento legal.

El artículo 6 de la Ley de Infogobierno exige a la Administración Pública la utilización de tecnologías de la información en sus relaciones con los ciudadanos. Por su parte, el artículo 49 del Decreto Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos¹⁹ entre los Órganos y Entes del Estado serán aplicables a los expedientes administrativos electrónicos, todas las normas sobre procedimiento administrativo, en la medida en que no sean incompatibles con la naturaleza del medio empleado.

Por su parte en el artículo 44, 2do párrafo del Decreto Ley de Simplificación Trámites Administrativos²⁰ establece: *“Asimismo, deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos con el objeto que las personas interesadas envíen o reciban la información requerida en sus actuaciones frente a la Administración Pública...”*.

¹⁸ Ley de Infogobierno, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 40.274 de fecha 17 de octubre de 2013.

¹⁹ Decreto Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre órganos y Entes del Estado, publicada en Gaceta Oficial No 39.945 de fecha 15 de junio de 2012.

²⁰ Decreto Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No 5.393 de fecha 22 de octubre de 1999.

Luis Augusto Azuaje Gómez

Así mismo, de conformidad con previsto en los artículos 1 y 3 del Reglamento de la LOPA²¹ sobre Servicios de Información al Público y Recepción y Entrega de Documentos (de 1997), que obliga a la Administración Pública a informar a los interesados sobre los procedimientos para *“las tramitaciones administrativas de sus respectivas solicitudes”*, a través de los sistemas de información telefónica *“u otros servicios de telecomunicaciones de moderna tecnología que puedan tener a su disposición”*.

Por tales motivos, nada impide que la Inspectoría del Trabajo diseñe su tramitación ya que de conformidad con el artículo 33 *in fine* la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece: *“Igualmente informarán a los interesados sobre los métodos y procedimientos en uso de la tramitación o consideración de su caso”* (se refiere a La Administración).

Es probable que para ello se necesite un experto técnico especializado en tecnologías de la comunicación que las partes pueden ponerlo a disposición, o en su defecto pueda ser designado por la Administración como ocurre en los casos de las experticias por tratarse de un auxiliar de la administración.

El apoyo técnico requerido implica la necesaria asistencia técnica ad hoc a la Inspectoría del Trabajo durante este procedimiento conciliatorio y supone lo siguiente: i) Incorporar a la Inspectoría y las partes el sistema tecnológico que se usará (Teams o Zoom o cualquier otra plataforma de uso libre y seguro por ejemplo); ii) Garantizar transparencia y seguridad en el trámite, tanto a la Inspectoría del Trabajo como a las partes, impulsando a la Inspectoría del Trabajo como garante y administradora de las claves de acceso, que los documentos no puedan ser alterados, retirados, modificados, etc.; iii) Garantías de la seguridad y comunicación de los intervinientes, así como la grabación y final recolección de cada una de las sesiones de negociación en un cd que será colocado en sobre para ser incorporado al expediente físico y la versión digital para el expediente electrónico; iv) Garantías en caso de ser necesario, de la privacidad de las reuniones privadas de las organizaciones sindicales o las reuniones privadas que decidiere el Inspector del Trabajo

²¹ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No 2.818 de fecha 1 de julio de 1981.

Luis Augusto Azuaje Gómez

con cualquiera de los sujetos intervinientes; v) Garantías de acceso de los sujetos intervinientes y asistencia para la consulta de los asuntos electrónicos derivados del procedimiento.

Inicio, admisión, notificación, y conformación del expediente administrativo durante el procedimiento administrativo.

Inicio:

1. Por iniciativa del empleador o trabajadores: Escrito contentiva de la iniciativa a través del procedimiento conciliatorio para realizar cambios de condiciones laborales, instaurar una negociación con la mediación de la Inspectoría del Trabajo (Art. 473 DLOTTT).

2. De Oficio: El procedimiento puede ser iniciado de oficio por el Inspector del Trabajo, sólo necesita tener conocimiento de la diferencia colectiva para actuar de oficio o que alguna parte o interesado realice una petición al órgano administrativo. (Art. 474 DLOTTT)

3. Contenido: La petición determina el alcance de la pretensión, los hechos que la motivan, la petición específica (art. 476 DLOTTT).

4. Recepción: Luego de recibida la solicitud por la Inspectoría, deberá tramitarla, tomando en cuenta que los procedimientos administrativos de conformidad con el Decreto de Alarma no se encuentran suspendidos, el contexto y reto actual entonces, es que la celebración de las reuniones pueda ser a distancia a través de los medios telemáticos, por lo que se hace necesario reglamentar en el auto de admisión el establecimiento de las condiciones en las que se celebrará las reuniones virtuales conciliatorias (art. 479 DLOTTT).

Auto de admisión:

1. Reglamentación: Se deben establecer las reglas generales desde el inicio y para conocimiento de todos los involucrados sobre el uso de plataformas electrónicas para su ejecución con una explicación detallada de las instrucciones de acceso para la primera reunión.

Luis Augusto Azuaje Gómez

2. Designación de un experto informático: que podrá hacer contacto con las partes antes de la primera reunión, quien asistirá al Inspector tanto en la creación de los medios necesarios para la celebración de las reuniones virtuales conciliatorias, como para la creación del expediente electrónico, así como la asistencia en el aseguramiento y garantías de acceso, desenvolvimiento y configuraciones necesarias para lograr el objeto del procedimiento conciliatorio.

3. Requerir el nombramiento de los miembros de la junta de conciliación: para la primera reunión con indicación clara de identificación y correos electrónicos de sus integrantes.

4. Advertencia que los argumentos y defensas solo se plantean en la primera reunión y deben ser consignado por escrito.

5. Garantizar el derecho a la defensa, estableciendo la posibilidad de consignar diligencias, escritos, pruebas o cualquier medio que a bien tengan aportar al procedimiento a través de la Inspectoría del Trabajo de su localidad, la cual revisará y recibirá e inmediatamente certificará para enviar a través de correo electrónico a la dirección de correo habilitada para tal fin, debiendo una vez recibida incorporarla al expediente físico principal y al expediente virtual al que todos los sujetos notificados deben tener acceso permanente.

6. Orden de expresa de notificación, acompañando como documento adjunto, copia certificada de la petición de la empresa, informando a las inspectorías del trabajo de cada localidad donde exista un centro de trabajo de la empresa sobre la tramitación del asunto y la prohibición de trámite de pliegos y la obligación de recepción de diligencias, escritos y pruebas que a bien tengas las partes aportar al presente procedimiento, así como le trámite que debe otorgar en caso de consignación.

Notificación:

1. De la notificación: Una vez emitido el auto de admisión de la solicitud realizada, se deberá ordenar la notificación de las organizaciones sindicales, las cuales se podrán practicar por los medios electrónicos de los cuales se disponga, siempre y cuando estos le pertenezcan, para ello, se dará preferencia a los correos aportados por las

Luis Augusto Azuaje Gómez

organizaciones sindicales al Registro Nacional de Organizaciones Sindicales, a todo evento, el Inspector podrá recurrir a correos que previamente hayan sido verificados por el órgano administrativo, igualmente, el Inspector dejará constancia en el expediente físico y virtual, que efectivamente se materializó la notificación de los sujetos procesales interesados.

2. Confirmación vía telefónica de la notificación.

Expediente administrativo:

1. **Conformación:** Desde el mismo momento en el cual la Inspectoría notifica el auto de apertura, se habrá iniciado formalmente el procedimiento administrativo. Desde el punto de vista formal, el procedimiento administrativo puede sustanciarse de forma electrónica conforme al régimen previsto en la Ley de Infogobierno y en la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, sin embargo, para un óptimo funcionamiento y organización, se mantendrá un expediente físico que llevará el asistente administrativo que el Inspector del Trabajo designaré, quién será responsable de incorporar todas las actuaciones realizadas en el asunto de manera cronológica, adicionalmente se llevará un expediente electrónico que contendrá por duplicado todas las actuaciones y se incorporará de manera simultánea al expediente físico los actos, escrito y actuaciones de las partes, del cual sólo el responsable designado tendrá acceso para adherir, actualizar e incorporar las actuaciones, el resto de los sujetos solo podrá tener acceso para la consulta del expediente virtual. (Art. 6 de la Ley de Infogobierno y art. 49 de la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado).

2. **Validez y eficacia probatoria:** El expediente administrativo electrónico que resulte de la sustanciación electrónica tendrá la misma validez jurídica y probatoria que el expediente físico, para ello se proveerá de las plataformas electrónicas necesarias para la formación, revisión y acceso garantizado de las partes, asimismo, los sujetos distantes a la sede física de la Inspectoría Nacional o la Inspectoría del Trabajo de la localidad del trámite, podrá consignar diligencias y escritos de su interés ante la Inspectoría del Trabajo de su localidad en caso de negociaciones con múltiples organizaciones, quién deberá remitir a través de medios electrónicos una copia certificada de lo recibido, dejando

Luis Augusto Azuaje Gómez

constancia expresa de la fecha y hora del recibido para garantizar el orden, secuencia cronológica del asunto principal, igualmente deberá remitir el físico de lo recibido por los medios de transporte que resulte más seguro y expedito, todo en atención de los principios de inmediatez, brevedad y celeridad del presente procedimiento, garantizando el derecho a la defensa de los involucrados, asimismo, el interesado que ha consignado alguna actuación ante una Inspectoría se compromete en enviar por correo electrónico designado copia del recibido entregado en la Inspectoría correspondiente.

Reuniones conciliatorias a través de plataforma digital

1. Oralidad: La forma de las reuniones virtuales de conciliación, la cual deberá ser oral, privada y presidida por el Inspector o Inspectora de la Inspectoría Nacional, quién dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la reunión virtual conciliatoria, con la asistencia obligatoria de las partes, las cuales deberán designar en la primera reunión los dos representantes principales y un suplente (art. 479 DLOTTT), para constituir la Junta de Conciliación en la fecha y a través de los medios telemáticos establecidos con anticipación, que en todo caso podrá ser proveído por el solicitante interesado a través de un proveedor independiente del servicio.

2. Prohibición de nuevas peticiones: adicionalmente se hace necesario establecer por la naturaleza de la petición la vigencia de la prohibición de nuevas peticiones y reclamos hasta la definitiva solución de la solicitud o, cláusula de tregua (art. 477 DLOTTT).

3. Constitución y defensas y excepción: Esta reunión se tendrá válidamente constituida con la asistencia de al menos de un representante de cada una de las partes convocadas, sólo en la primera reunión las partes tendrán oportunidad de oponer defensas que tengan a bien presentar, que deberán ser resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a la oposición (art. 439 DLOTTT y 141 RLOT).

4. Prolongaciones: Las reuniones podrán ser prolongada hasta que se agotará el debate, al día hábil siguiente, y así cuantas veces sea necesario, de cada sesión virtual de conciliación el Inspector del Trabajo deberá dejar constancia de la continuidad de las

Luis Augusto Azuaje Gómez

sesiones mediante convocatoria de forma oral, que se reducirá en acta escrita que contendrá la exposición de las partes anexa al expediente físico y virtual llevado al efecto, asimismo, de cada audiencia virtual de conciliación deberá ser reproducida en forma audiovisual, debiendo, el Inspector, ordenar su almacenamiento en sobre cerrado en el expediente físico del procedimiento y poner a disposición a las partes el enlace virtual para su reproducción a cualquiera de los interesados autorizados en el asunto, todo ello de conformidad con los artículos 11 y 65 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 5 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, 49 de la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado y 474 del DLOTTT.

5. Medios de autocomposición procesal: El Inspector del Trabajo, deberá personalmente mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal. Si la mediación es positiva, el Inspector dará por concluido el procedimiento, mediante sentencia en forma oral, que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada, en caso que se decidiera que la mediación no es posible, el presidente de la Junta de Conciliación deberá realizar un informe fundado, que contenga la enumeración de las causas del conflicto, un extracto de las deliberaciones y una síntesis de los argumentos expuestos por las partes (Art. 480 DLOTTT).

6. Informe si no hay conciliación: En dicho informe, también deberá expresarse en caso de imposible conciliación, primero de manera oral en la reunión virtual de conciliación que se ha recomendado el Arbitraje como una forma de solución de la diferencia y el resultado de esa propuesta., esto dará por finalizado el procedimiento (Art. 482 DLOTTT).

Otras incidencias o normas en el procedimiento:

Luis Augusto Azuaje Gómez

1. Desde el inicio de la reunión, el Inspector del Trabajo presidirá la Junta, debiendo notificar a las partes las conductas permitidas que deberán ser modeladas durante las reuniones, la dirección de la reunión y forma de intervención en ellas.

2. En la primera reunión, se deberá ratificar de manera oral lo establecido en el auto de admisión con respecto a la definición de horarios, frecuencia, intervinientes, forma de asentar acuerdos digital y físico, el procedimiento de consignación de documentos y la forma de cargarlos en la plataforma definiendo un responsable que hará las veces de secretario de la comisión de conciliación (asistente designado), forma de asentar los acuerdos y obtener la homologación, modos de terminación del procedimiento de conciliación.

3. La sede de conexión para la reunión virtual conciliatoria será en el centro de trabajo correspondiente a cada una de las organizaciones sindicales o, la sede con la tecnología suficiente previamente acordada proveída por la entidad de trabajo para garantizar el acceso a la reunión.

Sólo en caso de interrupción eléctrica o de conexión, el Inspector que preside las reuniones, podrá decidir si posponer la reunión o establecer un tiempo prudencial para reanudar la reunión virtual conciliatoria.

De esta forma, podemos cumplir con el interés de salvaguardar la garantía de los procedimientos administrativos durante la pandemia COVID 19 de manera segura y con la transparencia necesaria de generar certeza y seguridad a los administrados.

CONCLUSIONES

1. El derecho constitucional del trabajo promueve y protege con celo a través de sus normas la negociación colectiva de trabajo, marcando medidas que generen la progresividad en las reivindicaciones de los beneficios y prohibiendo leyes que alteren ese derecho.

2. El principio de intangibilidad y progresividad sólo encuentran la excepción en los casos de peligro de extinción de la fuente de empleo, bien sea por razones técnicas o económicas, pudiendo los sujetos colectivos de trabajo con la intervención del Inspector del Trabajo lograr modificar peyorativamente la convención colectiva de trabajo.

3. Con base al modelo de negociación estática contenida en el DLOTTT, los acuerdos de modificación tienen un lapso máximo para que los sujetos tengan la oportunidad y obligación de revisar esos acuerdos.

4. La limitación temporal no implica limitación en la cantidad de acuerdos que puedan los sujetos negociadores acordar medidas peyorativas en sus convenciones de trabajo o las prórrogas que pudieran acordar, siempre que se soporte en la protección de la fuente de empleo ante crisis técnicas o económicas.

5. Las restricciones de acercamiento, reunión y movilidad que han sido tomadas como medidas de seguridad a partir de la pandemia COVID-19, aunado a las suspensiones de actividades, causan mayores amenazas de extinción a las fuentes de empleo y mayores desafíos para lograr los acuerdos necesarios para protegerla cumpliendo la protección debida.

6. El ordenamiento positivo venezolano, cuenta con normas suficientes para apoyar el procedimiento de negociación colectiva de trabajo establecido en la LOTTT, como la Ley Infogobierno, Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, por lo que no se estaría creando un nuevo procedimiento de negociación sino dando soporte tecnológico necesario para su trámite.

7. Por tanto la conciliación del Inspector del Trabajo es posible jurídicamente como medio de autocomposición de las diferencias y conflictos de naturaleza conflictiva de manera segura en medio de una pandemia, a través del uso de medios telemáticos.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario. *Autocomposición de conflictos colectivos de trabajo*. Santo Domingo: Estudios de Procedimiento Laboral en Iberoamérica, 2007.

ARRIA SALAS, Alberto. *Contratación Colectiva*. Caracas: Cela Editora, 1987.

CARBALLO MENA, César Augusto. *Intervención Administrativa de empresas por crisis o cierre ilegal*. I Congreso de Derecho Social. Caracas: Impresos Minipres, C.A., 2016.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Gaceta Oficial No 36.860 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 1999.

DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Editorial Porrúa, 2005.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras: Gaceta Oficial No 6.076 Extraordinario de fecha 7 de mayo de 2012.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Manual de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo: Gaceta Oficial No 38.426 de fecha 28 de abril de 2006.

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Acceso el 29 de Julio de 2020.
<http://tsj.gob.ve/web/tsj>

VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Apuntamientos de Derecho Colectivo del Trabajo: Negociaciones y Conflictos*. Caracas: Paredes Editores, 1995.

VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Estudios de Derecho del Trabajo*. Caracas: Publicaciones UCAB, 2005.

JUSTICIA SOCIAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO VENEZOLANO

Wilder Márquez Romero

Abogado (UCAB, 2010), Especialista en Derecho del Trabajo (UCAB, 2020)

Resumen

Partiendo desde el surgimiento del concepto de justicia social, se hace una revisión del mismo pasando por la forma de gobierno predilecta para su ejercicio pero desde la óptica del derecho del trabajo, tanto en la legislación nacional como en las estipulaciones en la materia de la Organización Internacional del Trabajo, desde el punto de vista conceptual, con la finalidad de poder analizar la actualidad práctica de la justicia social en Venezuela con ocasión al Informe de la Comisión de Encuesta de la Organización Internacional del Trabajo del 27 de septiembre de 2019 en virtud del artículo 26 de la Constitución de esta organización internacional.

Palabras clave: justicia social, Estado Social, patrono, trabajador.

SOCIAL JUSTICE IN VENEZUELAN LABOR LAW

Summary

Starting from the emergence of the concept of social justice, with the purpose of review it through the preferred form of government for its exercise but from the perspective of labor law, both in national legislation and in the stipulations in the matter of the International Labor Organization from the conceptual point of view to analyze the current practice of social justice in Venezuela on the occasion of the Report of the Commission of Inquiry of the International Labor Organization of September 27th 2019, under article 26 of the Constitution of this international organization.

Keywords: social justice, Social State, employer, employee.

INTRODUCCIÓN

La justicia social nace como respuesta a la práctica del Estado Capitalista de explotación obrera que imperaba en el siglo XIX y, con el paso de los años, fue evolucionando y ganando espacios hasta repercutir incluso en una forma de gobierno bastante común en las democracias actuales: el Estado Social. La evolución de este concepto tuvo un reto importante que era evitar convertirse en bandera de revancha social a las desigualdades antes mencionadas y rápidamente logró desligarse del discurso socialista en favor del discurso social.

Sin embargo, pese a que nuestra Constitución establece el Estado Social como forma de Estado y que es clara la posición de la Organización Internacional del Trabajo en función a este, la actualidad venezolana parece alejarse de este concepto. La finalidad del estudio de la figura de la Justicia Social nos permitirá conocer su estado actual en Venezuela.

I. JUSTICIA SOCIAL

El concepto de justicia social no es de nueva data y para su entendimiento actual, se hace necesario revisar cómo inició y cómo fue su evolución histórica con la finalidad de entender la influencia que este tiene en la forma del Estado.

Surgimiento del Concepto de Justicia Social

La justicia social, como muchos de los conceptos o principios que rigen a la sociedad y que han tenido repercusión en el derecho del trabajo, surgió como respuesta a situaciones complejas preexistentes.

Tal y como recoge la doctrina:

...las jornadas de trabajo se medían por la luz solar y en el que los trabajadores y patronos mantenían un diálogo permanente, fueron violentamente cancelados. El gas, como instrumento de iluminación artificial hizo posible las jornadas interminables...¹

¹ Efrén Córdoba y Néstor de Buen, *Estudios de Derecho del Trabajo, bajo la óptica de dos maestros*, (Barquisimeto: Universitas, 2009) 438.

Lo anterior es tan solo una muestra de las penurias a las cuales se encontraban expuestos los trabajadores en la era industrial, lo cual evidentemente tensaba el clima entre los dueños de los medios de producción y quienes realmente producían. Esta situación motivó entre otras cosas, a pronunciamientos por parte de la Iglesia Católica, por lo cual, este concepto cuenta con orígenes, además de históricos, con una base religiosa.

Y así, nos encontramos con la Carta Encíclica *Rerum Novarum* del Sumo Pontífice León XIII del 05 de mayo de 1891 Sobre la Situación de los Obreros², donde alertando sobre la condición de los trabajadores de la época, indicó que:

Despertado el prurito revolucionario que desde hace ya tiempo agita a los pueblos, era de esperar que el afán de cambiarlo todo llegara un día a derramarse desde el campo de la política al terreno, con él colindante, de la economía. En efecto, los adelantos de la industria y de las artes, que caminan por nuevos derroteros; el cambio operado en las relaciones mutuas entre patronos y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría; la mayor confianza de los obreros en sí mismos y la más estrecha cohesión entre ellos, juntamente con la relajación de la moral, han determinado el planteamiento de la contienda.

(...)

Este tema ha sido tratado por Nos incidentalmente ya más de una vez; más la conciencia de nuestro oficio apostólico nos incita a tratar de intento en esta encíclica la cuestión por entero, a fin de que resplandezcan los principios con que poder dirimir la contienda conforme lo piden la verdad y la justicia. El asunto es difícil de tratar y no exento de peligros. Es difícil realmente determinar los derechos y deberes dentro de los cuales hayan de mantenerse los ricos y los proletarios, los que aportan el capital y los que ponen el trabajo. Es discusión peligrosa, porque de ella se sirven con frecuencia hombres turbulentos y astutos para torcer el juicio de la verdad y para incitar sediciosamente a las turbas.

Continúa la Carta Encíclica alertando sobre la peligrosidad de buscar revertir dicha situación con la bandera de la revancha cuando sostiene que:

De todo lo cual se sigue claramente que debe rechazarse de plano esa fantasía del socialismo de reducir a común la propiedad privada, pues que daña a esos

² Sumo Pontífice León XIII, *Carta Encíclica Rerum Novarum Sobre la Situación de los Obreros*, 05 de mayo de 1891, http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

mismos a quienes se pretende socorrer, repugna a los derechos naturales de los individuos y perturba las funciones del Estado y la tranquilidad común.

(...)

Establézcase, por tanto, en primer lugar, que debe ser respetada la condición humana, que no se puede igualar en la sociedad civil lo alto con lo bajo. Los socialistas lo pretenden, es verdad, pero todo es vana tentativa contra la naturaleza de las cosas. Y hay por naturaleza entre los hombres muchas y grandes diferencias; no son iguales los talentos de todos, no la habilidad, ni la salud, ni lo son las fuerzas; y de la inevitable diferencia de estas cosas brota espontáneamente la diferencia de fortuna.

En función de ello, era lógico que la retribución principal del obrero por su oficio, el salario, fuese núcleo central de las preocupaciones en este caso de la Iglesia católica cuando expone el Papa Pío XIII al respecto que:

Cierto es que para establecer la medida del salario con justicia hay que considerar muchas razones; pero, generalmente, tengan presente los ricos y los patronos que oprimir para su lucro a los necesitados y a los desvalidos y buscar su ganancia en la pobreza ajena no lo permiten ni las leyes divinas ni las humanas.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que para finales del siglo XIX ya era una preocupación latente las relaciones obrero-patronales y que, por ende, existía una necesidad de buscar equilibrio en dicha relación, dando con esto origen al concepto de *justicia social* en dicha época y que, de acuerdo con el autor Luis María Olaso “...se emplea en un sentido pre-científico, para expresar la tendencia a reprimir los abusos nacidos de la Revolución Industrial y del Capitalismo... se convierte en el criterio dinámico motor de multitud de transformaciones económicas, sociales, políticas y culturales...”³.

El conflicto estaba planteado de la siguiente manera: por un lado, patronos que acumulan el capital y bienes de producción amparados en una política de Estado capitalista que les favorecía absolutamente; y por el otro, obreros obligados a trabajar para subsistir pero que lo hacían sin contar con protección por parte del Estado, por lo que eran objeto de explotación patronal sin que ello fuese ilegal.

³ Luis María Olaso (S.J.). *Curso de Introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. Tomo I.* (Caracas: Publicaciones UCAB, 2004). 440-441.

Esta situación social impulsó una serie de reformas que buscaban el equilibrio en la anterior ecuación (aunque otras voces de la época, más que el equilibrio, buscaban revertirla en sentido contrario buscando imponer ahora un poderío obrero amparados en las *tesis socialistas*) buscando cada vez más, mayores protecciones a los trabajadores bajo el reconocimiento de sus derechos subjetivos tales como: salarios, límites a la jornada de trabajo, sindicación, entre otros, por vía legal e incluso constitucional.

La vocería en esta lucha reivindicatoria laboral se manifiesta a través de los sindicatos a criterio del autor Fernando Villasmil, quien nos dice que:

El Sindicato nace como un producto residual de la Revolución Industrial y de la “cuestión social” que ese proceso histórico generó, en virtud de las graves injusticias y las degradantes e inhumanas condiciones a que estaban sometidos los trabajadores con extenuantes jornadas de dieciséis horas diarias, sin derecho al descanso semanal remunerado...

Más por un estado de necesidad que por convicción, los trabajadores de la gran industria manufacturera comenzaron a reunirse fuera de la fábrica para analizar su inhumana situación y planificar algunas acciones de resistencia contra las actuaciones de sus patronos⁴.

Sin embargo, esta lucha reivindicatoria no solo se limitaba al ámbito legal, sino que incluso buscaba un cambio en la política y en la forma del Estado como garantía real de que esa lucha laboral sería efectiva y lo cual, tras varios años, se fue logrando de forma gradual tal y como indica la doctrina:

Con el tiempo, la legislación obrera resistirá a la vez, la inobservancia patronal y el rechazo de los sectores organizados más conscientes del proletariado, para convertirse, con el asentamiento del Estado social de derecho, en un elemento básico para el bienestar de las clases trabajadoras⁵.

De lo anterior, no queda duda que el surgimiento de la justicia social se debe en parte a las desigualdades laborales existentes y especialmente afianzadas desde la revolución industrial, y que dicho concepto no solo se limitó a conseguir reivindicaciones

⁴ Fernando Villasmil, *El Derecho Colectivo y El Decreto con Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras*. (Caracas: Ediciones Librería Europa, 2012), 23.

⁵ Manuel Carlos Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 12^o Edición, 2004), 53.

laborales, sino que incluso repercutió en la forma de entender y manifestarse el mismo Estado, pasando de un modelo capitalista hacia uno social.

El Estado Social como Forma de Estado Predilecta para la Justicia Social

De acuerdo con el artículo 2 de la CRBV, “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*”. Este postulado, lejos de ser una mención romántica, significa una declaración de intenciones sobre como debe ser el comportamiento del Estado frente a sus ciudadanos, por lo que no pudiera considerarse redundante su mención dentro de una democracia, y así lo ha sostenido la doctrina cuando nos dice la importancia de este postulado dentro de la Constitución por cuanto con ésta “...*se reafirma como principio fundamental el compromiso del Estado de brindar respuestas concretas y objetivas al colectivo nacional sobre asuntos que están entrelazados con los valores con los cuales el hombre ha luchado por alcanzarlos*”⁶.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁷ no ha sido extraño al análisis sobre el Estado Social, así encontramos el criterio del caso Alejandro Serrano López, donde establece que:

En lo referente al respeto a la dignidad de la persona humana, éste es uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno a la cual debe girar todo el ordenamiento jurídico de un Estado y, por ende, todas las actuaciones del poder público.

La dignidad humana consiste en la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, lo que le impone a las autoridades públicas el deber de velar por la protección y salvaguarda de la vida, la libertad y la autonomía de los hombres por el mero hecho de existir, independientemente de cualquier consideración de naturaleza o de alcance positivo.

(...)

Con este propósito, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 3 establece que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un principio estructural del Estado Social de Derecho (...)

⁶ Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional*. (Valencia: Clemente Editores, C.A., 2002), 176.

⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, STC No. 2442 del 1° de septiembre de 2003. Ponente: Antonio García García, Caso: Alejandro Serrano López.

De acuerdo con este criterio, no puede haber Estado Social sin respeto a la dignidad de la persona, por cuanto éste es uno de los valores de esta forma de Estado y que en nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta en el artículo 3° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)⁸ referido a los fines del Estado.

Sin embargo, no es ésta la única decisión de esta Sala sobre el tema, ya que también tenemos como una de las más emblemáticas, la dictada en el caso Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA)⁹ y en la cual se dejó sentado que:

Refundiendo los antecedentes expuestos sobre el concepto de Estado Social de Derecho, la Sala considera que él persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiénolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales.

El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos (...)

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, enmendada el 15 de febrero de 2009 y publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, STC No. 85 del 24 de enero de 2002. Ponente: Jesús Cabrera Romero, Caso: ASODEVIPRILARA.

De conformidad con esta sentencia, el Estado Social viene a equilibrar las cargas sociales dándole mayor protección a quienes se encuentran en una situación de desventaja, y el mismo no se limita a la relación patrono-trabajador, sino que se extiende a todos los ámbitos personales en los cuales se ven envueltos derechos subjetivos; tal y como también lo ha sostenido la doctrina al establecer que *“La justicia social tiende a penetrar todo el campo jurídico como saludable reacción contra los excesos del individualismo... Sería absurdo considerar la redención social como obra exclusivamente encomendada a la legislación del trabajo...”*¹⁰

Sin embargo, resulta necesario destacar que no debe confundirse el Estado Social con el Estado Socialista, y así ha insistido la doctrina, incluso en el caso venezolano:

En esta forma, siete años después de la sanción de la Constitución de 1999, el mismo presidente de la República que en aquél momento motorizó la concepción y sanción de dicha Constitución (...) en 2007 anunció el propósito de cambiar de nuevo la Constitución de 1999, pero con el objeto, de transformar, ahora sí, radicalmente, el sistema político constitucional venezolano, estableciendo un Estado Centralizado del Poder Popular, como Estado Socialista, de economía estatal y centralizada, y como Estado Militarista, lo que se apartaba radicalmente de la concepción del Estado civil social y democrático de derecho y de justicia, de economía mixta que reguló la Constitución de 1999. Con las reformas propuestas, además, materialmente desaparecía la democracia representativa y las autonomías político territoriales, sustituyéndose por una supuesta democracia “participativa y protagónica” controlada total y centralizadamente por el Jefe de Estado, en la cual quedaba proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial¹¹.

La anterior posición doctrinaria enfocada en ese caso con la propuesta de reforma constitucional del año 2007, nos indica que el Estado Socialista se caracteriza por ser centralista y su economía es manejada por el Estado; mientras que en el Estado Social se destaca la intervención de los miembros de la sociedad en rol protagónico tanto en lo político como en lo económico. Dado ello, se debe evitar a toda costa, incurrir en el error de

¹⁰ Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo, Tomo I* (Buenos Aires: El Ateneo, 1972) 60.

¹¹ Allan Brewer Carías, *Proyectos Constitucionales del Chavismo para Desmantelar la Democracia y Establecer un Estado Socialista en Venezuela*. (Editorial Temis, 1º Edición, 2019), 251, <http://allanbrewercarias.com/biblioteca-virtual/195-proyectos-constitucionales-del-chavismo-desmantelar-la-democracia-establecer-estado-socialista-venezuela-del-principio-al-fin-1999-2019/>

considerar ambas figuras como sinónimos, cuando incluso como ya vimos en la Encíclica de Pío XIII, para finales del siglo XIX dicha distinción estaba más de clara.

Todo lo anterior nos permite establecer que la justicia social es propia del Estado Social, tal y como lo ha manifestado la doctrina al referirse a la cláusula de Estado Social en la Constitución como el deber del Estado a: “...desarrollar una conducta activa de la justicia social... de tal manera que favorezca el desarrollo de los valores de libertad, igualdad y participación de los individuos y los grupos primarios...”¹². Por ende, resultaría impensable que esta, la justicia social, pueda desarrollarse plenamente en un Estado Capitalista bajo el esquema de finales del siglo XIX, por cuanto este estaba inclinado a priorizar el capital; e incluso uno Socialista por hacer prevalecer los intereses del Estado; esto se debe a que ninguno tenía como objetivo el bien común de los ciudadanos.

Definición de Justicia Social

Vistos los orígenes del concepto e incluso como éste influye y se manifiesta en la forma del Estado, resulta necesario entender que es la justicia social, lo cual, a su vez, permitirá determinar la importancia de esta figura en el entorno laboral actual a nivel mundial y sus repercusiones en Venezuela.

El concepto de justicia social puede variar en función del enfoque desde el que se le mire e incluso, desde la tendencia de quien lo analice. Así tenemos la posición de Lino Rodríguez-Arias sobre justicia social¹³:

...supone la justa distribución de los bienes, de los salarios y de las oportunidades...

(...)

Si analizamos el contenido de la justicia social no nos es difícil advertir que el poder público se coloca de antemano del lado de la parte contratante más débil para protegerla contra fundados abusos de la otra parte contratante más fuerte económicamente...

¹² Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García Murcia, *Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial Tecnos, 8º Edición, 1999), 137.

¹³ Lino Rodríguez-Arias, *Hombre, Estado y Justicia*. 165, 167, 169-170. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/45/rucv_1970_45_139-173.pdf

(...)

No perdamos de vista que los pueblos oprimidos reivindican la justicia en nombre del bien común, porque les hieren las desigualdades sociales que se han producido a costa de vulnerar aquel bien, a la vez que los pueblos dominadores buscan la seguridad que conserva sus dominios, actuando en contra de la justicia y el bien común. Así también sucede con las clases sociales: los pobres son anticonservadores y apelan a la justicia; los ricos son conservadores y apelan a la seguridad. La ética del capitalismo es la ética de la seguridad...

Al revisar el anterior análisis, es fácil comprobar la carga ideológica de las mismas. Si bien, como ya lo analizamos y de ello no queda duda, la justicia social nace de las desigualdades sociales, no es menos cierto que después de más de un siglo de ese debate, en nuestro criterio resulta restrictivo y estéril ceñir este concepto al mismo debate de clases.

Es cierto que las desigualdades sociales aún existen, pero al menos en el ámbito laboral, ya los debates no deben centrarse en el reconocimiento de derechos subjetivos para los trabajadores¹⁴ como ocurría cuando se originaba este concepto a finales del siglo XIX, más aun cuando nuestra Constitución es clara al establecer en su artículo 22 que la inexistencia de mención expresa a algún derecho fundamental, signifique la negación del mismo, por cuanto éstos son inherentes a la persona por su sola condición de ser humano. Donde aún hay trabajo por delante, y es ahí donde yace la importancia y aplicación del concepto de justicia social, es en el ejercicio pleno de esos derechos ya peleados, ganados y reconocidos.

Adicionalmente, la justicia social en la actualidad no solo está para hacer frente a la relación del patrono capitalista con el trabajador como lo limita el citado autor Lino Rodríguez, sino incluso (y, sobre todo) ante el mismo Estado, quien participa en esta relación con una doble función: como patrono y como regulador de las relaciones laborales tanto propias como de los privados, siendo que este último aspecto de la interacción del

¹⁴ Tal y como indica Cesar Carballo Mena en su obra *Derechos Fundamentales de Trabajador y Libertad de Empresa* (Caracas: UCAB, 2014), 37: *...y de allí que el patrono deba, desde un lado, considerarlos como límites concretos e infranqueables de sus poderes de organización, dirección y disciplina del proceso productivo, y del otro, ofrecerles mecanismos idóneos de tutela de garanticen su pleno y eficaz ejercicio (...)*

Estado con la justicia social en el ámbito laboral venezolano, será objeto de análisis en el último capítulo.

Por ello, no debe entenderse a esta institución como una revancha de los trabajadores hacia los empleadores por las opresiones de épocas pasadas, sino como un punto de encuentro para alcanzar la paz mediante el respeto mutuo de los derechos de cada uno y con una armónica interacción estatal, tal y como lo ha sostenido la doctrina cuando nos dice que:

Así entendemos la Justicia Social. De cuerpo entero. Rompiendo lanzas por los vejados y oprimidos, pero exigiendo a éstos que depongan actitudes violentas y frenesíes destructores. Recordando al capital, al trabajo, a la producción y al consumo, al Estado y a los ciudadanos, que la convivencia social exige ineludiblemente que se entiendan; que se unan; que se fundan en bloque de armonías para cumplir el hombre el destino que le está encomendado.¹⁵

Es por todo lo anterior que, la justicia social, debe entenderse como el postulado o principio a través del cual los ciudadanos y el Estado, deben ajustar su actuación a los fines de respetar y garantizar el ejercicio pleno de los derechos subjetivos de los demás ciudadanos con los cuales necesariamente interactúan en sociedad en pro del bien común.

II. CONSAGRACIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Como ya vimos, la justicia social es un concepto que comenzó a ganar terreno a finales del siglo XIX y que, a raíz de sus postulados, empezó a permear en las Constituciones de varios países democráticos. Sin embargo, por sus orígenes estrechamente vinculados con las relaciones patrono-trabajador, su repercusión en el ámbito laboral es innegable, siendo por ello que es de vieja data su influencia en las premisas sobre las cuales se fundamenta la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

¹⁵ Rafael Caldera, *Obra Citada*. 59.

Desde la misma Constitución de la OIT del año 1919¹⁶ comienza la influencia del postulado de justicia social, cuando en el Preámbulo de esta se establece que es basamento para lograr la “*paz universal y permanente*”. Esto evidencia que, para la OIT, la justicia social es piedra angular de su actuación.

Posteriormente, este basamento un poco abstracto y amplio de “*paz universal y permanente*” de la Constitución de la OIT, se ve profundizado en la Declaración de Filadelfia de 1944¹⁷, que es Anexo de ésta y se refiere a los fines y objetivos de la OIT, estableciéndose en su Artículo II que la justicia social se materializa garantizando a todos los seres humanos, sin distinción alguna: (i) la libertad, dignidad y seguridad económica en igualdad de oportunidades debe ser propósito central de la política nacional e internacional; (ii) aplicando políticas y medidas, particularmente de carácter económico y financiero y que las mismas sean juzgadas desde este punto de vista y, especialmente, aceptarse solamente cuando favorezcan el cumplimiento de este objetivo fundamental; y, (iii) estableciendo el compromiso de la OIT de examinar y considerar cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero.

Es claro que, de acuerdo con lo anterior y para la época, la justicia social era vista desde un ángulo principalmente económico, lo cual tiene sentido considerando que fueron las desigualdades en ese aspecto las que fundamentaron el surgimiento de este principio.

Ya para finales del siglo XX y a las puertas de un nuevo milenio, la línea de la OIT con relación a la justicia social es mucho más marcada hacia su amplitud más allá de lo económico.

Así encontramos la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo del año 1998¹⁸ y en la cual se ratifica en el primer *Considerando* que la “*justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente*”, en su artículo 1 sostiene que: (i) la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente; y, (ii) los Estados miembros al incorporarse a la OIT, han

¹⁶ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907

¹⁷ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907

¹⁸ <https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm>

aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia.

Sin embargo, esta Declaración deja sentado que el crecimiento económico no es el único elemento de la justicia social, si bien ratifica que éste es esencial, también sostiene que no es “...suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas...” Es decir, la justicia social va más allá de prosperidad económica.

De seguidas, se presenta la Memoria del Director General de la OIT, Juan Savadía del año 1999 sobre Trabajo Decente¹⁹ y el cual dio cabida a la creación al Programa de Trabajo Decente, donde se considera a éste como el medio para impulsar la justicia social por cuanto resulta ser: (i) un factor clave para alcanzar una globalización justa y reducir la pobreza mediante el acceso a un empleo que genere un ingreso justo; (ii) seguridad en el trabajo y la protección social para las familias; (iii) libertad para la expresión de las opiniones y derecho a organizarse y participar en las decisiones que afectan sus vidas; y, (iv) la igualdad de oportunidades y trato para todos²⁰. Este Programa ha sido objeto de seguimiento e incluso, existe por cada país, políticas para su integración.

Para el año 2007, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de donde la OIT es una agencia especializada, instauró el 20 de febrero de cada año como el Día Mundial de la Justicia Social²¹, donde se reconoce este concepto como indispensable “para la consecución y el mantenimiento de la paz y la seguridad en las naciones y que ésta no puede alcanzarse si no se respetan todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

Ya siendo claro que la justicia social va más allá del ámbito económico, encontramos la Declaración Sobre la Justicia Social Para Una Globalización Equitativa del

¹⁹ 87.a reunión (Ginebra: 1999) <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

²⁰ Programa de Trabajo Decente <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm#:~:text=E1%20Programa%20de%20Trabajo%20Decente%20de%20la%20OIT&text=La%20OIT%20ha%20elaborado%20un,g%C3%A9nero%20como%20un%20objetivo%20transversal.>

²¹ Resolución 62/10 sobre el Día Mundial de la Justicia Social. Asamblea General del 26/11/2007, <https://www.un.org/es/observances/social-justice-day>

año 2008²² donde se establecen los *cuatro objetivos estratégicos* para alcanzar la justicia social a través del Programa de Trabajo Decente, siendo éstos: (i) que exista una promoción del empleo creando un entorno institucional y económico sostenible; (ii) la adopción y ampliación de medidas de protección social sostenibles y adaptadas a cada Estado; (iii) el diálogo social y el tripartismo; y, (iv) el respeto, promoción y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Con esta Declaración, es clara la línea de la OIT de llevar el principio de justicia social más allá de un asunto netamente económico y extenderlo a un concepto más integral que abarca una serie de derechos para los trabajadores, como incluso los sindicales. La justicia social no solo busca el equilibrio en las relaciones laborales, sino que, además, sirve de garantía para el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

La crisis económica mundial del año 2008 trajo como consecuencia el incremento mundial del desempleo, la pobreza y la desigualdad, siendo necesaria la adopción del Pacto Mundial para el Empleo en el año 2009 que, a su vez, nace como consecuencia de la Declaración Sobre la Justicia Social Para Una Globalización Equitativa ya que ello “*contribuirá a revitalizar la economía y a promover una globalización justa, la prosperidad y la justicia social*” teniendo como punto de partida el trabajo decente²³.

Finalmente, y con ocasión a los cien años de la OIT en 2019, se dictó la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo y en donde la justicia social tiene un papel importante al ser ratificado como mandato constitucional e imperativo de la OIT y ser punto de enfoque como núcleo de las políticas no solo económicas, sino también sociales e incluso ambientales²⁴.

Todo lo anterior, nos deja claro que, si bien no existe un Convenio OIT sobre justicia social, este postulado permea en las políticas de esta organización desde su misma creación. Dado ello, se puede sostener perfectamente que es fundamental en las políticas de

²² https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf

²³ Artículo I, numeral 5 del Pacto Mundial para el Empleo: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_115078.pdf

²⁴ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf

la OIT y por ello debe velar por el cumplimiento de todas las partes (trabajadores, empleadores y Estado) a los fundamentos sobre los cuales se desenvuelve este principio, que, por demás, van más allá del aspecto netamente económico y se extiende a lo verdaderamente social en el ámbito laboral, como serían las condiciones de trabajo, derechos sindicales, tripartismo, entre otros.

III. LA JUSTICIA SOCIAL EN EL DERECHO LABORAL Y EL ENTORNO VENEZOLANO

En Venezuela el concepto de justicia social no es extraño, incluso ya se contemplaba desde la Declaración Preliminar contenida en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947²⁵, aunque ciertamente ha tenido mayor relevancia en reciente data, especialmente por el discurso oficial desde 1998. Sin embargo, su aplicación es cada vez más controversial.

El análisis actual de este concepto en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, debe hacerse, necesariamente, partiendo desde la Constitución de 1999, donde incluso podemos verla manifestada en su Preámbulo y el cual contempla la justicia social como fundamento de la democracia y mecanismo para alcanzar el fin supremo de refundar la República.

Sin embargo y pese a que la influencia social en nuestra Constitución es clara, lo cual se evidencia de forma más palpable luego de lo analizado sobre el Estado Social contemplado en el artículo 2 de la misma CRBV, no es precisamente cuando se refiere a los derechos sociales donde se verifica una mención expresa a la justicia social, sino en el artículo 299 donde se indica que es fundamento del régimen socioeconómico, lo cual sirve como fundamento para sostener que se pretende “...lograr una justa distribución de la riqueza...”.

Ahora bien, en el ámbito del derecho del trabajo, la justicia social gana mayor relevancia cuando con la reforma del 2012 y consecuente entrada en vigencia del Decreto

²⁵ Por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 12 de julio de 1947.

de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT)²⁶, donde se incluye a ésta como un principio del derecho del trabajo en el artículo 18.

En principio, puede saltar la idea de cómo un Decreto-Ley que, por tal condición fue dictado por el Ejecutivo nacional y no por el Legislativo nacional, puede contemplar disposiciones adicionales a las contempladas en la misma Constitución y, para ello, vale la pena revisar un poco como ha sido el tratamiento reciente de los principios del derecho laboral.

La Ley Orgánica del Trabajo (LOT)²⁷ que es anterior a la CRBV, si bien ya contemplaba menciones a ésta cuando establece en su artículo 2° que “...amparará la dignidad de la persona humana del trabajador... bajo la inspiración de la justicia social...”, ni siquiera entraba en detalles sobre cuáles eran los principios del derecho del trabajo, ya que el literal “e)” del artículo 60, se limitaba a establecer que éstos serán los “...universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo...”, siendo que la Constitución vigente para la fecha de 1961 se establecían algunos de los que actualmente conocemos en su artículo 87, específicamente los principios de: igual trabajo, igual salario; y, no discriminación.

Ahora bien, la CRBV de 1999 condensó esta información en su artículo 89 estableciendo los siguientes como principios del derecho del trabajo: (i) Intangibilidad y progresividad derechos y beneficios; (ii) Realidad sobre formas o apariencias; (iii) Irrenunciabilidad derechos; (iv) Principio de favor; (v) In dubio pro operario; (vi) Nulidad de actos contrarios a la CRBV; (vii) Prohibición discriminación; y, (viii) Prohibición trabajo adolescente que afecte su desarrollo. Con esto, quedaba más que resuelto cuáles eran esos principios universalmente admitidos a los cuales hacía referencia el literal “e)” del artículo 60 de la LOT sin necesidad de tener que remitirse a la doctrina, jurisprudencia o convenios internacionales.

²⁶ Publicado en Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario de fecha 07 de mayo de 2012.

²⁷ Publicada en Gaceta Oficial No. 5.152 Extraordinario de fecha 19 de junio de 1997.

Sin embargo, posteriormente el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) del año 2006²⁸ reabrió el debate cuando omitió acoplarse a lo establecido en la CRBV permitiéndose incorporar en su artículo 9°, algunos otros principios que no estaban contemplados en la norma constitucional, siendo éstos: (i) Presunción de continuidad de la relación de trabajo; (ii) Preferencia de contratos a tiempo indeterminado; (iii) Admisión de novaciones subjetivas y objetivas al contrato de trabajo; (iv) Indemnización por terminación de la relación de trabajo imputable al patrono; y, (v) Gratuidad de procedimientos administrativos y judiciales.

En este punto resulta estéril analizar la constitucionalidad o no de esos mencionados principios del RLOT que no están contemplados en la CRBV, por cuanto el DLOTTT en el año 2012, y que derogó a la LOT de 1997 y al RLOT de 2006 en todo lo que le fuese contrario, estableció en su artículo 18 los principios del derecho del trabajo en donde recoge los mismos principios del mencionado artículo 87 constitucional incluyendo: la justicia social²⁹.

Ahora bien, en este caso específico, ¿podríamos sostener que es inconstitucional incorporar la justicia social como un principio del derecho del trabajo?

El artículo 89 de la CRBV establece que *“El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras”*. De igual manera, el artículo 16 literal “a” del DLOTTT establece como la principal fuente del derecho del trabajo *“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la justicia social como principio fundacional de la República”*; y finalmente como ya vimos, la justicia social es de acuerdo con el Preámbulo de la CRBV, fundamento de la democracia.

En virtud de las consideraciones anteriores y sumadas a la gran influencia que tiene la justicia social en todo el sistema normativo de la OIT, resulta forzoso aceptar la justicia social como un principio del derecho del trabajo bajo el mismo argumento del artículo 89

²⁸ Publicado en Gaceta Oficial No. 38.426 de fecha 28 de abril de 2006.

²⁹ El numeral 1 de este artículo también menciona *la solidaridad*, sin embargo y a juicio de quien escribe, esta no viene a aportar nada adicional a lo que ya es la justicia social per se.

Constitucional que es precisamente el derecho del trabajo un hecho social, y ha quedado más que claro que si algún hecho ha sido social en la historia, es precisamente la justicia social, por lo que, ceñirlo solamente al régimen socioeconómico de acuerdo con la letra del artículo 299 de la CRBV, sería limitar una institución que va mucho más allá tal y como ya vimos en el análisis de su evolución en la OIT.

Consideraciones sobre el Plan de la Patria: ¿contempla verdaderamente la justicia social?

No sobra recalcar que el denominado Plan de la Patria 2019-2025³⁰ no es, ni remotamente, parte del ordenamiento jurídico venezolano y por ende no será ese el tratamiento que se le dé. Este es más bien una declaración de intenciones de la verdadera forma de gobierno y guion para las actuaciones del actual gobierno o como establece el mismo documento, que es una “...*hoja de ruta para liberar a un pueblo, para construir el socialismo...*” Sin embargo, considerando que la bandera de la justicia social forma parte del discurso cotidiano del gobierno³¹, no resulta descabellado analizarlo de acuerdo con lo revisado anteriormente.

Cuando revisamos el contenido de documento a la luz de la justicia social, encontramos menciones a esta únicamente cuando se refiere al sistema tributario en el punto 2.4.1.3.1 y en la promoción del liderazgo de Venezuela en el seno del Movimiento de Países No Alineados en el punto 4.3.1.7.

De lo anterior, es indubitable que la hoja de ruta del actual gobierno venezolano, pese al discurso en pro de la justicia social, verdaderamente tiene una visión bastante limitada sobre la institución al limitarlo netamente al aspecto económico (e incluso al hegemónico-territorial cuando pretende un liderazgo universal, lo cual está bastante alejado de los postulados socialistas) y el cual fue superado hace muchos años en el ámbito del derecho del trabajo. Por lo cual, este conciso análisis nos puede servir como guía sobre el

³⁰ <http://www.mppp.gob.ve/wp-content/uploads/2019/04/Plan-Patria-2019-2025.pdf>

³¹ Es tal su uso en el discurso oficial, que incluso la firma del Presidente de la República al momento de dictarse el DLOTTT, lleva abajo la frase *justicia social*.

siguiente punto a abordar, que no es otro que el tratamiento actual por parte del Estado venezolano hacia la justicia social en el ámbito del derecho del trabajo.

Sobre el Informe de la Comisión de Encuesta OIT - Caso Venezuela. Septiembre de 2019

Analizar la justicia social en la actualidad del derecho laboral venezolano, hace forzoso referirse al Informe de la Comisión de Encuesta de la OIT del 27 de septiembre de 2019 y denominado “*Por la Reconciliación Nacional y la Justicia Social en la República Bolivariana de Venezuela*”³², ya que el mismo es la muestra más vívida y vigente del tema en el país por encontrarse aún bajo escrutinio.

Los procedimientos de *Queja* de la OIT se encuentran regulados en el artículo 26 de su Constitución y corresponde a las denuncias que puede hacer un Estado Miembro en contra otro cuando el denunciado “...no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado...”.

Los motivos de la *Queja* interpuesta fueron investigados por la Comisión de Encuesta, ante quienes las partes se obligan a poner a disposición de la comisión todas las informaciones que tuviere en su poder relacionadas con el objeto de dicha *Queja*³³. Finalmente, y luego de examinar la *Queja*, esta Comisión de Encuesta redactará un informe con el resultado de sus investigaciones y recomendaciones con las medidas a adoptar y los plazos para dar cumplimiento³⁴.

La comentada *Queja* en contra de Venezuela, data del 13 de junio de 2015 y fue con motivo a la denuncia realizada por 33 delegados empleadores en la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en contra del gobierno de Venezuela por la inobservancia de los Convenios de la OIT número: (i) 26 (Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928), (ii) 87 (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del

³² Disponible en el siguiente enlace web: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_722037.pdf

³³ Artículo 27 de la Constitución de la OIT.

³⁴ Artículo 28 de la Constitución de la OIT.

derecho de sindicación, 1948); y, (iii) 144 (Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976). Así como por actos de violencia, otras agresiones, persecución, acoso y una, por encabezar una campaña de desprestigio en contra de la organización de empleadores Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela (FEDECAMARAS), incluidos sus líderes y afiliados; así como injerencia de las autoridades; falta de consulta tripartita y exclusión del diálogo social.

Esta Comisión de Encuesta, que estuvo conformada por tres miembros independientes y designados por el Consejo de Administración de la OIT: Manuel Herrera Carbuccia, de República Dominicana como Presidente de la Comisión; la Dra. María Emilia Casas, de España y el Dr. Santiago Pérez del Castillo, de Uruguay, llevaron a cabo la actividad investigativa bajo los métodos de: (i) Recopilación de información escrita; (ii) videoconferencias con las partes y otros actores; (iii) audiencias contradictorias con ambas partes; y, (iv) testimonios de autoridades públicas y sectores no gubernamentales.

El informe destaca que, durante el proceso investigativo, si bien el gobierno venezolano a través del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo (MPPPST) comunicó en fecha 21 de septiembre de 2018 no aceptaba la Comisión de Encuesta por considerar que el procedimiento había adolecido de vicios jurídicos, falta de transparencia y motivación política. Sin embargo, finalmente si colaboró con la investigación y presentó información de su interés, así como propuso celebrar una reunión con la Comisión de Encuesta a los fines de recabar mayores informaciones sobre el procedimiento y acordó la visita de la Comisión. A lo largo del procedimiento, el gobierno venezolano siguió remitiendo información de su interés en el proceso.

De igual manera, varias organizaciones de trabajadores, tales como la Central de Trabajadores/as ASI Venezuela (ASI), la Unión Nacional de Trabajadores (UNETE), la Confederación General de Trabajadores (CGT), la Confederación de Sindicatos Autónomos (CODESA), la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), el Frente Autónomo de Defensa del Empleo, Salario y Sindicato (FADESS) y la Central Bolivariana Socialista de Trabajadores y Trabajadoras de la Ciudad, el Campo y la Pesca (CBST) remitieron comunicaciones. Por parte de los empleadores, solamente FEDECAMARAS,

FEDEINDUSTRIA y el Consejo Bolivariano de Industriales, Empresarios y Microempresarios (COBOIEM) hicieron lo propio.

De acuerdo con lo indicado en el informe, las averiguaciones fueron marcadas por un alto grado de complejidad, especialmente lo relativo a las audiencias y testimonios, ya que muchos de los querellantes alegaron la existencia de un *clima de temor* por las amenazas de represalias en su contra por parte de actores gubernamentales que, si bien la OIT intentó mediar con el gobierno que dicha situación fuese controlada y el gobierno a su vez se comprometió a hacerlo, en la práctica dichas medidas coercitivas continuaron al punto que finalmente, no fue posible recoger varios de los testimonios estipulados.

Seguidamente, luego de varias reuniones, audiencias, revisiones de los alegatos escritos, entrevistas, documentación aportada por las partes y visitas de la Comisión al país³⁵, tal y como se detalla en el informe, entre los varios hallazgos por parte de la Comisión tenemos, a grandes rasgos y los cuales son de mayor interés para el presente punto, los siguientes:

1° *Hostigamiento y vulneraciones de las libertades civiles a FEDECAMARAS, sus miembros y organizaciones de trabajadores no afines al Gobierno.*

Por cuanto de acuerdo con el Informe, hubo favorecimiento de organizaciones empresariales paralelas promovidas por el gobierno que buscaban debilitar la representación de FEDECAMARAS.

2° *Promoción de organizaciones paralelas a las actividades de las organizaciones de empleadores y trabajadores no afines;*

Sobre este aspecto se verificaron en el Informe varias irregularidades, entre las cuales se encuentra: (i) el proceso de registro sindical, el cual más que ser una formalidad, se convierte en una autorización previa, lo cual había impedido el registro de la central ASI, la cual se solicita incluso en el Informe sea registrada; (ii) la existencia de la llamada *mora*

³⁵ Entre las cuales nunca se pudieron concretar las que correspondían al SEBIN, la DGCIM, el CICPC y el FAES pese a ser una de las prioridades fundamentales de la visita de la Comisión al país, *en aras de ofrecerles la plena oportunidad de expresarse en cuanto a los alegatos que las conciernen y al haber sido seriamente cuestionadas por numerosos testimonios recabados por la Comisión...*, quienes tampoco dieron respuesta escrita a los alegatos que les concernían.

electoral y a intervención del Consejo Nacional Electoral en las elecciones sindicales, lo cual supone un mecanismo de injerencia en las organizaciones sindicales; (iii) se exhorta a la eliminación de los Consejos Productivos de Trabajadores (CPT), por cuanto resulta una figura destinada a ejercer control que puede coartar la libertad sindical, así como las demás disposiciones o instituciones incompatibles con la libertad sindical, con especial atención al requisito de comunicar información detallada sobre afiliados a las organizaciones sindicales.

3º Inobservancia de las obligaciones de consulta tripartita sobre la fijación del salario mínimo y ausencia de diálogo social en los términos de las normas de la OIT.

Resultó claro y palpable para la Comisión la total inobservancia del Estado venezolano sobre el tripartismo, denotando con ello una falla importante en el diálogo social, lo cual es evidente cuando se verifica la inexistencia de consulta para la fijación del salario mínimo nacional y el cual es decretado unilateralmente por Decreto Presidencial, así como de la publicación del DLOTTT.

En virtud de lo anterior, el Informe de la Comisión de Encuesta de la OIT *Por la Reconciliación Nacional y la Justicia Social en la República Bolivariana de Venezuela*, recomendó al Estado venezolano cesar con las prácticas antes mencionadas para el 1º de septiembre de 2020, ello a los fines de poder hacer efectivo el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los principales actores de las relaciones laborales: patrono y trabajador.

Ahora bien, en uso de las atribuciones del artículo 29 de la Constitución de la OIT, el Estado venezolano contaba con un lapso de 3 meses para dar respuesta a este Informe, siendo que en fecha 27 de diciembre de 2019 ejerce este derecho³⁶ y en el cual en líneas generales, además de insistir en el rechazo al procedimiento por considerar que estaba comprometida “...*la objetividad, la imparcialidad, la transparencia, la ética y el apego al estricto derecho...*” por consideraciones políticas, rechazó también el contenido del mismo por cuanto, a su decir: (i) se admitieron las declaraciones de los representantes de los

³⁶ Mediante Comunicado No. 2571 del MPPST: <https://es.scribd.com/document/441281883/Respuesta-Del-Gobierno-Venezolano-Al-Informe-de-La-Comision-de-Encuesta>

empleadores y trabajadores y se les convirtió en querellantes pese a no haber sido promoventes iniciales de la queja; (ii) que la Comisión incurrió en *Extra petita*, por cuanto se pronunció más allá de lo planteado en la Queja en relación a los presuntos intereses de los empleadores; (iii) que las organizaciones sindicales indicadas como *no afines al gobierno*, son realmente *sindicatos amarillos* (controladas por el patrono); (iv) que los CPT no son un mecanismo de control y mucho menos que coarten la libertad sindical.

En virtud de lo anterior, es claro que, en la actualidad venezolana sobre la justicia social en el derecho del trabajo, los principales inconvenientes no están dados en la relación patrono-trabajador (aunque tampoco se pretende negar la existencia de problemas en esta relación), sino más bien en la intervención del Estado en esta relación, toda vez que el mismo en lugar de facilitar y velar por la correcta relación entre el dueño del capital y el dueño de la mano de obra, pareciera estar más interesado en dominar ambos aspectos de la relación mediante acciones destinadas a mermar el ejercicio de sus derechos limitando la libertad de asociación, derecho a la sindicación, el diálogo social mediante la anulación de las comisiones tripartitas y la creación de nuevas figuras destinadas a ejercer labores de control y supervisión tanto a las empresas como a los mismos sindicatos que en ella hacen vida como los CPT.

Por ende, es claro que el ejercicio de la justicia social, aunque propugnada y elevada a principio de derecho del trabajo en el DLOTTT, en la práctica realmente se ha convertido en uno de los principios más ignorados por parte del mismo Estado venezolano, limitando de esta forma, el ejercicio pleno de los derechos fundamentales tanto de los empleadores como de los trabajadores, lo cual puede encontrar una respuesta en lo comentado anteriormente sobre la imposibilidad de materializar la justicia social en un Estado Socialista³⁷ que prioriza al Estado por encima del bien general de los ciudadanos que en él habitan.

³⁷ El ya mencionado Plan de la Patria 2019-2025, como declaración de intenciones que es, resulta claro al establecer, aún en contravención de la CRBV, que es *la hoja de ruta... para construir el socialismo*.

CONCLUSIONES

La justicia social surgió por razones completamente justificadas y logró subsistir de forma independiente pese a los intentos de adopción por parte de sectores radicales que buscaban convertirla en bandera de lucha de clases. Sin embargo, aún presenta deudas con la sociedad.

Si bien el estado de la justicia social en el resto del mundo, al menos en las democracias sólidas o de vieja data, no presenten las carencias en cuanto a respeto de los derechos fundamentales básicos como ocurre en Venezuela según el Informe de la Comisión de Encuesta de la OIT, tampoco nos muestra mayores avances en el tema. De acuerdo con datos publicados en la página web de la OIT³⁸, tenemos lo siguiente:

- 1° Desde 2008, el crecimiento del empleo se ha situado en promedio en sólo 0,1 por ciento anual, frente a 0,9 por ciento entre 2000 y 2007.
- 2° Más de 60 por ciento de todos los trabajadores no tienen contrato de trabajo alguno.
- 3° Menos de 45 por ciento de los trabajadores asalariados están empleados a tiempo completo con un contrato a tiempo indeterminado, y esta proporción está disminuyendo.
- 4° Para 2019, más de 212 millones de personas estarán desempleadas, frente a las actuales 201 millones.
- 5° 600 millones de nuevos empleos deberán ser creados de aquí a 2030, sólo para mantener el ritmo de crecimiento de población en edad de trabajar.

Lo anterior solo demuestra que, más de 100 años después del vuelco hacia la justicia social como basamento de la política de Estado en pro de la igualdad, aún queda mucho trabajo por delante, por cuanto las cifras antes delatadas solo evidencian que la situación actual sobre el trabajo más allá de no presentar avances nos presenta retos mayores. Pero para alcanzar ese estado ideal se requiere sinergia entre Estado, empleadores y trabajadores como principales intervinientes en la relación laboral, pero especialmente, se requiere que el Estado esté interesado en fomentar la justicia social más allá de un discurso para masas.

³⁸ Objetivo #8: Trabajo decente y crecimiento económico del año 2019: <https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/goal-8/lang--es/index.htm>

BIBLIOGRAFÍA

- BREWER CARÍAS, Allan. *Proyectos Constitucionales del Chavismo para Desmantelar la Democracia y Establecer un Estado Socialista en Venezuela*. Editorial Temis, 2019.
<http://allanbrewercarias.com/biblioteca-virtual/195-proyectos-constitucionales-del-chavismo-desmantelar-la-democracia-establecer-estado-socialista-venezuela-del-principio-al-fin-1999-2019/>
- CALDERA Rafael. *Derecho del Trabajo, Tomo I*. Buenos Aires: El Ateneo, 1972.
- CARBALLO MENA, Cesar. *Derechos Fundamentales de Trabajador y Libertad de Empresa*. Caracas: UCAB, 2014.
- Constitución de la OIT, 1919,
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, enmendada el 15 de febrero de 2009 y publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.
- Constitución de los Estados Unidos de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente, 12 de julio de 1947.
- Córdoba, Efrén y Néstor de Buen. *Estudios de Derecho del Trabajo, bajo la óptica de dos maestros*, Barquisimeto: Universitas, 2009.
- Declaración de Filadelfia, 1944,
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907
- Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, 2019,
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf
- Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, 1998,
<https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm>

Declaración Sobre la Justicia Social Para Una Globalización Equitativa, 2008, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371206.pdf

Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario, 07 de mayo de 2012.

Informe de la Comisión de Encuesta de la OIT. *Por la Reconciliación Nacional y la Justicia Social en la República Bolivariana de Venezuela*, 27 de septiembre de 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_722037.pdf

Ley Orgánica del Trabajo, Gaceta Oficial No. 5.152 Extraordinario, 19 de junio de 1997.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García Murcia. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo. *Comunicado No. 2571*, 27 de diciembre de 2019, <https://es.scribd.com/document/441281883/Respuesta-Del-Gobierno-Venezolano-Al-Informe-de-La-Comision-de-Encuesta>

OLASO, Luis María. *Curso de Introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho. Tomo I*. Caracas: Publicaciones UCAB, 2004.

Pacto Mundial para el Empleo, 2009, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_115078.pdf

PALOMEQUE, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2004.

Plan de la Patria 2019-2025, <http://www.mppp.gob.ve/wp-content/uploads/2019/04/Plan-Patria-2019-2025.pdf>

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Gaceta Oficial No. 38.426, 28 de abril de 2006.

Resolución 62/10 sobre el Día Mundial de la Justicia Social. Asamblea General, 2007, <https://www.un.org/es/observances/social-justice-day>

RIVAS QUINTERO, Alfonso. *Derecho Constitucional*. Valencia: Clemente Editores, C.A., 2002.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino. *Hombre, Estado y Justicia*,
http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/45/rucv_1970_45_139-173.pdf

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, STC No. 2442 del 1º de septiembre de 2003. Ponente: Antonio García García, Caso: Alejandro Serrano López.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, STC No. 85 del 24 de enero de 2002. Ponente: Jesús Cabrera Romero, Caso: ASODEVIPRILARA.

SAVADÍA, Juan. *Memoria del Director General de la OIT sobre Trabajo Decente*. Ginebra, 1999, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Sumo Pontífice León XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum Sobre la Situación de los Obreros*, 1891.

VILLASMIL, Fernando. *El Derecho Colectivo y El Decreto con Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras*. Caracas: Ediciones Librería Europa, 2012.

EL EMBARGO DE BUQUE Y LA PROHIBICIÓN DE ZARPE EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL VENEZOLANO.

Edwing Marval

Abogado – Intérprete Público idioma inglés – Especialidad en Derecho procesal – Maestría en Derecho del trabajo – Especialidad en Derecho marítimo – Estudios Avanzados en Medidas Cautelares (Civil, Mercantil, Marítimo, Laboral, Agrario, Contencioso-Administrativo y Penal) – Piloto R.O.V.

Resumen

Dentro del procedimiento marítimo el embargo de buque y la prohibición de zarpe se erigen como medidas típicas o especiales concebidas por el legislador acuático venezolano como una categoría en el marco de la tutela jurisdiccional diferenciada en el género enmarcado dentro un enfoque bifronte teniendo una connotación de aseguramiento material y a la vez de medidas cautelares de acuerdo a la naturaleza de la pretensión y el tratamiento procesal concebido por una norma atributiva de competencia, teniendo excepcionalmente el Tribunal Laboral de SME potestad para decretarlas cuando existan méritos para su procedencia.

Palabras claves: Embargo de buque, prohibición de zarpe, competencia jurisdiccional, créditos laborales marítimos y privilegiados, medidas cautelares, medidas de aseguramiento.

THE SEIZURE OF THE SHIP AND THE PROHIBITION OF SAILING IN THE VENEZUELAN LABOR PROCEDURE.

Abstract

The Venezuelan domestic shipping proceeding act provides a special or tailored ship arrest and interim restraining order, which has been adopted by the maritime regulations as characterized in a differentiated jurisdictional guarantee embedded as an establishment within a two-faced focus, having either an *in rem* security effect or a court injunction on the vessel according to the claim nature, as well as legal proceedings governed by a jurisdiction rule, being provided for, in extraordinary circumstances to a court in labor matters, which eventually shall be empowered to rule upon merits therein.

Keywords: Ship arrest, interim restraining order, court jurisdiction, marine claims and liens, labor proceedings, *in rem* security claims.

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo escinde de un análisis y estudio sobre el embargo de buque y la prohibición de zarpe como medidas típicas o especiales marítimas concebidas por el legislador acuático dentro del procedimiento marítimo venezolano, y que excepcionalmente pueden ser decretadas por el Tribunal Laboral de Sustanciación, Mediación y Ejecución en el marco de la tutela diferenciada imbricada en las medidas indeterminadas o *ad hoc* como una categoría o clasificación de cautelaridad cuando la pretensión verse sobre el cobro de prestaciones sociales o cualquier otra acreencia derivada de la relación laboral entre la Gente de Mar y propietarios, armadores o cualquier otro sujeto de la navegación cuentadante de estos dos últimos.

La entrada en vigencia coetánea del nuevo régimen de los Tribunales laborales y los novedosos marítimos, así como el orden normativo especial de cada competencia en la práctica forense procesal ha presentado serias dificultades de orden ontológico en cuanto al trámite procedimental de las medidas cautelares típicas o especiales, sobre todo en lo atinente al buque como centro o entidad de trabajo, que a pesar de no ser una garantía material sino procesal en el procedimiento judicial laboral cuyo objeto es el pago de acreencias y otros conceptos laborales.

Con base en ello, es oportuno precisar que existe un afianzamiento bifronte normativo tanto de índole laboral cuyos salarios y demás créditos derivados de la relación de trabajo gozarán de privilegios sobre el buque y se pagará independiente de cualquier otro privilegio categorizado como crédito marítimo en donde los sueldos, gastos de repatriación, cuotas de seguridad social y otras cantidades debidas al Capitán, a los oficiales y otros miembros de la tripulación (*rectius*: Gente de Mar), todo ello derivado de la relación laboral a bordo de buques que enarbolan el pabellón nacional o extranjero, teniendo un carácter de crédito marítimo y privilegiado en ambas normas sustantivas tanto laboral como marítima.

Habiendo precisado las precedentes disquisiciones, se han presentado dificultades de visos procesales por parte de los Tribunales laborales al decretar medidas cautelares

tendientes a asegurar las resultas del juicio por créditos o privilegios laborales, los cuales han formulado una subversión de medidas procesales al momento de decretar el embargo marítimo o prohibición de zarpe sobre el buque convergiendo en malabarismos argumentativos sin rigor científico alguno desdibujando la morfología, arquitectura y fisonomía de la Teoría General del Poder de Prevención y Cautelar en el marco de su ontología sistemática en la ciencia de la tutela diferenciada.

En corolario, cada uno de los fenómenos anteriormente esgrimidos serán tratados y pormenorizados en aras de brindarle al ávido y amable lector una visión holística sobre el tratamiento y comportamiento de la ciencia cautelar y diferenciada en el contexto del procesal laboral.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL BUQUE

a. Definición legal, jurisprudencial y Derecho comparado

El buque como eje fundamental del Derecho de la navegación (*Rectius*: Marítimo) y centro de explotación de las actividades relativas al comercio por agua ha sido objeto de una evolución conceptual desde épocas primitivas, pues los diversos elementos calificativos que lo constituyen comportan características determinantes en el marco de su contextualización a los efectos de determinar su naturaleza técnica-jurídica lo suficientemente diáfana en los distintos ordenamientos normativos acuáticos capaces de circunscribirlo en su funcionalidad con relación a su aptitud y destinación; ambos como elementos concurrentes que lo diferencien y clasifiquen conceptualmente en las distintas categorías de buque. Es menester señalar que la individualización del Buque es el elemento vinculante en la relación tanto jurídica sustantiva como adjetiva, toda vez que una de las grandes dificultades encontradas - en la explotación comercial del buque - viene a determinar la actividad y prestación de servicio desplegado en el negocio marítimo; allí subyace el *quid* procesal cuando se trata de postular pretensiones en la reclamación de derechos y acreencias derivadas de la relación laboral, con ocasión a la prestación de servicios a bordo de la Gente de Mar quienes hacen posible el funcionamiento y operatividad del buque durante la travesía marítima.

De acuerdo a las múltiples acepciones sobre la definición de *Buque*, que han sido diversas en el tiempo desde épocas primitivas de la *navegación a vela* y aun en la postmodernidad tecnológica de *navegación autónoma satelital*, aún persisten tales desaciertos en cuanto a su conceptualización. Los calificativos y categorías no han sido capaces de segmentar su significado, pues este ha sido unísono, fundamentándose en elementos característicos como lo son navegabilidad, flotabilidad y seguridad, cuando realmente estos forman parte de su concepción técnica y material, de no contar con una de ellas entonces mal pudiésemos hablar de un buque, por lo tanto dejaría su razón de ser por una parte.

Por otra parte, resulta imperativo categorizarlo para así poder enmarcarlo en una destinación clasificada que lo circunscriba al ámbito comercial individualizador del Derecho marítimo y los efectos derivados de su explotación en el marco de la relación jurídico-procesal con ocasión a su comercialización.

Hasta ahora no existe en nuestra legislación acuática una definición cónsona de *Buque* que contenga una clara noción, toda vez que cuando nos remitimos al único concepto existente en la normatividad especial, una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia terminó de eclipsarlo. Así la Ley de Marinas y Actividades Conexas (G.O N° 6.153, ext., de 18/11/2014) estatuye:

Capítulo II. De los Buques

Artículo 17. Se entiende por buque toda construcción flotante apta para navegar por agua, *cualquiera sea su clasificación y dimensión* que cuente con *seguridad, flotabilidad y estabilidad*. Toda construcción flotante carente de medio de propulsión, se considera accesorio de navegación. (Destacados nuestros).

La definición contenida en el artículo *in comento* resulta abstracta, toda vez que la *seguridad, flotabilidad y estabilidad* son características intrínsecas, por lo tanto comportan elementos calificativos indistintamente la clase, dimensión y destinación, siendo aspectos meramente técnicos que se erigen en el núcleo esencial de la definición funcional a los efectos de su categorización. El autor Ignacio Arroyo Martínez afirma que “la legislación

española erige la navegabilidad además de la flotabilidad, como factor diferenciante de las plataformas fijas, indefectiblemente el requisito de autonomía de desplazamiento”¹.

La precitada definición no conduce jurídica ni contextualmente a determinar aspectos característicos con un valor agregado y suficientemente claro que sea capaz de diferenciar y clasificar al buque *per se* bien sea dentro del Derecho marítimo erigiendo su destinación funcional y/o al menos categorizándolos de acuerdo a su arqueo, calado, eslora, maquinaria etc.

El “buque” como eje neurálgico del Derecho marítimo instituye una interdependencia coetánea con los sujetos de la navegación y transporte marítimo como lo son armador, propietario, capitán, oficiales, tripulantes, prácticos, agentes marítimos, fletante, fletador, porteador, porteador efectivo, etc. De ello derivan las relaciones contractuales, extracontractuales como hechos y situaciones jurídicas de las cuales devienen obligaciones en cada una de instituciones aparejadas al buque como condición necesaria².

¹ Cfr. ARROYO (1994), Ignacio: «Reflexiones en torno a la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante», en Anuario de Derecho Marítimo, volumen XI, 1994, págs 51 a 54. En el mismo sentido, ALONSO ESPINOSA (1997), Francisco José: «Marina Mercante, Buque y Naviero en la Ley 27/1992», en Revista de Derecho Mercantil, n° 225, 1997. Madrid, p. 1.251. Señala al respecto ALONSO LEDESMA que el requisito de la flotabilidad exigido por el art. 146 del RRM “como elemento caracterizador del concepto de buque” no es suficiente, deberá ir acompañado de la movilidad, “esa movilidad lleva implícita la posibilidad de que .la construcción flotante pueda desplazarse por el agua, sea mediante autopropulsión (a motor, a vela o remo...) o heteropropulsión (a remolque, tracción o mediante cualquier tipo de fuerza motriz externa)”. ALONSO LEDESMA entiende que esa capacidad de desplazamiento es aptitud para navegar, complemento indispensable de la flotabilidad, ya sea con o sin medios propios. ALONSO LEDESMA(1997), Carmen: «El Estatuto jurídico del Buque», en IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia, 1997, pág. 32. A la misma conclusión llegaron GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA que, al requisito de la flotabilidad, añaden, teniendo en cuenta la jurisprudencia que así lo ha entendido, la aptitud o capacidad para navegar, y por ello, quedan excluidos del concepto de buque los artefactos que no flotan, y los que flotan pero carecen de movilidad (diques, bateas, mejillonera, embarcaciones permanentemente amarradas, etc), es decir los “destinados a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa”; vid. GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José María(20063): Manual de Derecho de la navegación marítima. Ed. Marcial Pons. Madrid, p. 172. Todas las citas son indirectas, tomadas de DOMÍNGUEZ CABRERA(2000), María del Pino: «El concepto de buque en el Derecho positivo español», en Revista de Ciencias Jurídicas, n° 5, 2000, pp. 91-104. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. España.

² Cfr. Ob. Cit. Ray Domingo, op. Cit. T. I, p, 232; Beltran, Luis, Curso de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, Astrea, 1992, p, 79, Ob. Cit Enrique Rosas (1998), J. David: El Buque. Una Introducción al estudio de los estatutos jurídicos de le embarcación. Universidad Autónoma de México. México, p,18.

Por otra parte, denominada Teoría de “personificación” del buque es una compleja noción del *Common Law* que ha sido “tropicalizada” y acogida en países del *Civil Law* o Derecho Continental, sin embargo con una acepción que no tiene calado en el Derecho común, toda vez que es una utopía o ficción jurídica. Así lo afirma Enrique Rosas al señalar que:

Tal vez, es esta una de las peculiaridades más interesantes de la Teoría General sobre el buque: su posibilidad de ser comparado con las capacidades ya de goce, ya de ejercicio que una persona tiene, lo cual excita la imaginación del jurista en la construcción de edificios metafóricos³

Ciertamente esa cosmovisión ha instituido al buque en una analogía de sujetos de derechos y obligaciones equiparándolo a tener una identidad como un nombre, clase social, domicilio y una nacionalidad. Además que tiene la capacidad de incurrir en actos que lo califiquen al ser un “*Offending Ship*” e inclusive grados de parentesco “*Sister Ship*” siendo responsable de obligaciones por “hermandad”. Sabatino-Pizzolante sostiene que el concepto del buque mismo como garantía de obligaciones descansa sobre dos elementos fundamentales como lo son: a) La Teoría de la Personificación del buque, conforme a la cual el buque en una acción in rem es considerado como un verdadero demandado con derechos y obligaciones; y b) Los privilegios marítimos, los cuales cumplen la función de reforzar el crédito del buque, ya que el acreedor sabe que su crédito goza de un privilegio que sigue al buque con independencia de su titular.⁴

En este mismo orden Scialoja nos enseña que la personificación del buque se remonta a una época en donde carece de significado jurídico, por lo que ciertos autores han llevado tan adelante tal metáfora que llegaron a creer que se podían extraer deducciones jurídicas, y luego otros sostuvieron expresamente que el buque es, o debería ser, considerado como un sujeto de jurídico⁵, tesis que termina siendo insostenible, toda vez que

³ Cfr. Enrique Rosas (1998), J. David: El Buque. Una Introducción al estudio de los estatutos jurídicos de la embarcación. Universidad Autónoma de México. México, p, 18.

⁴ Cfr. Sabatino Pizzolante, J. (2010). Opus cit. *et passim*.

⁵ Cfr. SCIALOJA (1950), Antonio: Sistema del Derecho de la navegación (Trad. ital. por Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo. EJE, Buenos Aires, p. 201, y siguientes, apud. BARROILHET ACEVEDO(2007), Claudio: «¿Subsiste la fortuna de mar en el derecho marítimo chileno?», en Revista de

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

la Teoría de limitación de responsabilidad delimita al buque a una categoría patrimonial separada de la universalidad de derechos, aunado a que al referirse a la precitada Teoría, esta recae estrictamente en la persona del propietario-armador, y no sobre el buque como sujeto de derecho⁶.

De los criterios precedentemente esbozados se puede precisar que como regla general en el ordenamiento procesal patrio un buque que no sea propiedad del demandador del crédito marítimo o privilegiado no podrá ser embargado, salvo que conforme a la Ley sea posible ejecutar sobre el buque una sentencia extranjera declarada en relación a ese crédito, ello es procedente cuando se trate de “créditos marítimos”, a diferencia de los “créditos privilegiados” cuya circunstancia y tratamiento procesal es completamente distinto de acuerdo a lo preceptuado en la Ley de Comercio Marítimo:

Artículo 114. Los privilegios marítimos gravan especial y realmente al buque sin necesidad de publicidad registral, y lo siguen aunque éste cambie de propietario, registro o pabellón, excepto en el caso de ejecución forzosa del buque.

Conforme a ello, el principio de persecución del buque está ínsitamente aparejado al crédito privilegiado, siendo así el embargo podrá ser procedente, aun cuando esté en manos de un tercero adquirente cuando se pretenda la ejecución del respectivo privilegio. En este contexto el autor Sabatino – Pizzolante ha sostenido que:

Los atributos de preferencia y persecutoriedad, en consecuencia, convierten al buque en sujeto de obligaciones, que encuentran en el embargo preventivo (*arrest* en el derecho anglosajón) la herramienta por excelencia para garantizar el pago de créditos reconocidos por la ley e incluso por la costumbre como privilegiados. Opera así en algunos casos, un derecho de acción *in rem* en contra del buque, aunque su propietario no esté obligado *in personam*. A manera de ilustración, podemos señalar que en algunas legislaciones el provisionista de buques (comúnmente denominado shiphandler) puede adquirir un privilegio marítimo sobre el buque, como consecuencia de provisiones solicitadas por el fletador del buque; otro ejemplo puede ser aquellos casos en que un buque bajo el control de un piloto de obligatorio uso

Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007), [pp. 143 - 167]. Santiago, pp. 161-162.

⁶ *Ídem*, p, 163.

por ley, causa daños a otra embarcación, pues en este caso aun cuando el propietario no es responsable *in personam*, el buque mismo es responsable *in rem*⁷.

En consonancia por lo anteriormente esgrimido, Da Man señala que la *actio in rem* está intrínsecamente entrelazada con el privilegio marítimo (*maritime lien*), toda vez que éste es el fundamento para un procedimiento *in rem*, siendo el instrumento procesal idóneo para hacer valer un derecho de crédito, al ser el privilegio marítimo sobre la cosa (*res*) que le da origen al proceso legal – acción *in rem*– ejecutada sobre el buque garantido⁸. Termina afirmando el citado autor “que paradójicamente por sus antecedentes históricos la *actio in rem* es un proceso civil, utilizado por las jurisdicciones del *Common Law*”⁹.

Entre otras nociones de ensayos conceptuales la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en un análisis asentó el criterio sobre la definición interpretativa en donde señalo lo siguiente:

La redacción original de la definición resultaba más apropiada a los fines de evitar que se pudieren generar confusiones en la interpretación de las disposiciones legales contenidas en las distintas leyes sobre la materia; en efecto: todas las normas de la Ley de Comercio Marítimo, Ley General de Puertos y la misma Ley General de Marinas y Actividades Conexas, están referidas al término ‘BUQUE’; en tal sentido resultaba más apropiado incluir en el artículo 18 (clasificación de buques) un literal que expresara “... artículo 4. Todo buque nacional y los extranjeros, así como también los hidroaviones cuando se encuentren posados en el espacio acuático nacional, están sometidos a esta Ley, en cuanto sea aplicable. Están sometidos, además a esta Ley cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua. En el evento que ésta se desplace para el cumplimiento de sus fines específicos con el apoyo de un buque, será considerada buque, y por lo tanto deberá cumplir con todas las regulaciones previstas en la ley.

⁷ En *opus cit, locus cit*.

⁸ Da Man. M (2015). La Acción *in rem*. Estudios del Derecho Marítimo – Libro a la memoria de Carlos A. Matheus, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Venezuela, p, 102.

⁹ *Ídem*, p, 108.

La redacción del artículo transcrito supra, evidencia:

- a) La Ley es aplicable a todo buque.
- b) En el aparte único se extiende la aplicación a “...cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua...”. Es decir: aún el caso de las construcciones flotantes no destinadas a la navegación (plataformas de perforación, casas flotantes, diques flotantes, etc.), serán consideradas buque, cuando se desplacen por agua.
- c) Por vía de consecuencia, las gabarras, que son construcciones flotantes aptas para navegar y siempre están destinadas a la navegación son, en todo momento buques.

Habida cuenta de lo expresado queda demostrado que, el término es aplicable, tanto a buques con medios fijos de propulsión como sin ellos; de navegación interior o marítima; afectados a servicios comerciales o no¹⁰. (Sic).

De lo anteriormente establecido por la norma especial marítima y por vía interpretativa judicial, se colige que toda embarcación cualesquiera que sean sus características, dimensiones y aptitud para navegar por los distintos espacio acuático es calificado como “Buque” en consecuencia a la luz de Ley comercial marítima, una lancha, chalana, curiara, moto de agua, gabarra, plataformas acuáticas son considerados “buques” indistintamente la destinación de cada uno de ellos, es decir sea comercial, deportiva, recreativa, industrial, etc.

Sobre el precitado concepto, la Ley 14/2014 de la Navegación Española la cual entró en vigencia 24 de Julio de 2014¹¹, haciendo referencia a los vehículos de navegación en su título II, Capítulo I en donde clasifica y define al buque, embarcación, artefacto naval, y plataformas fijas la cuales diferenció las particularidades que caracteriza cada una de ellas, lo hizo en los siguientes términos:

¹⁰ Vid. Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso (Tecnovalvulas vs Petrolago) Exp. 2003-000907 del 15 de Abril de 2004. Disponible online en “<https://vlexvenezuela.com/vid/petrolago-c-283423747>”

¹¹ Ley 14/2014 de la Navegación Española de 24 de julio de 2014, publicada en el BOE N° 180-7877.

Revista de la Facultad de Derecho N° 74.

2019-2020

ISSN: 0255-5328

Artículo 56. Buque.

Se entiende por buque todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a veinticuatro metros.

Artículo 57. Embarcación.

Se entiende por embarcación el vehículo que carezca de cubierta corrida y el de eslora inferior a veinticuatro metros, siempre que, en uno y otro caso, no sea calificado reglamentariamente como unidad menor en atención a sus características de propulsión o de utilización.

Artículo 58. Artefacto Naval.

1. Se entiende por artefacto naval toda construcción flotante con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación, sino quedar situada en un punto fijo de las aguas.

2. Se considera, asimismo, artefacto naval, el buque que haya perdido su condición de tal por haber quedado amarrado, varado o fondeado en un lugar fijo, y destinado, con carácter permanente, a actividades distintas de la navegación.

Artículo 59. Plataformas fijas.

1. Se entiende por plataforma fija toda estructura o instalación susceptible de realizar operaciones de explotación de los recursos naturales marítimos o de destinarse a cualesquiera otras actividades, emplazada sobre el lecho del mar, fondeada o apoyada en él.

2. Por encontrarse permanentemente sujeta al fondo de las aguas, la plataforma fija tiene la consideración de bien inmueble con arreglo al Código Civil.

Las novísimas definiciones son mucho más versátiles y específicas, en el caso del buque y embarcación convergen en la similitud del carácter de vehículo como sinónimo de medio de transporte; atribuyéndole al buque la aptitud de navegabilidad por aguas marítimas, incluyendo las características de contar una cubierta y una dimensión longitudinal. Caso contrario ocurre con la embarcación la cual está supeditada a unas características de autonomía y destinación conforme a la normativa reglada.

Ahora bien, a la luz de la normativa marítima española el artefacto de navegación es una instalación flotante con capacidad de acomodación y resguardo tanto de personas como cosas, cuya finalidad no es la navegación, sino quedar estáticamente en un área marítima determinada, adicional a ello, es extensible tal definición en los casos de buques que hayan perdido su aptitud, quedando fijo de carácter permanente, derivándose la cualidad de mantenerse estático para que sea considerado artefacto naval, es decir no esté destinado a la navegación.

Precisadas las respectivas disquisiciones tendientes clarificar comparativamente la noción y definición del buque contenida en la legislación marítima venezolana y la española desde la perspectiva de Derecho comparado, se puede precisar que el alcance conceptual pudiese tener una teleología bifronte, es decir por parte desde la perspectiva marítima funcional; y otra más pragmática con un enfoque procesal formalizado en la medida de embargo y prohibición de zarpe estrictamente vinculada con la actividad comercial derivada del elenco de créditos y privilegios marítimos como acreencias calificadas con ocasión a la explotación del buque destinado al transporte de mercancías por agua.

Por consiguiente surge la interrogante a efectos prácticos estrictamente procesal, ¿es procedente el embargo sobre cualquier construcción flotante o accesorio de navegación apta para navegar por agua? Conforme a la noción de “buque” – a ser susceptible de embargo – deberá ser inexorablemente analizada su categoría la cual configurará el punto neurálgico de las distintas instituciones que clasifican y cualifican al buque conforme a las disposiciones previstas en la legislación acuática¹².

Es menester esgrimir a manera de epílogo, sin pretender hacer un epítome del régimen laboral especial de la Gente de Mar denominado el Trabajo en la Navegación, Marítima, Fluvial y Lacustre proscrito en el art. 245 *ejusdem* de la Ley Orgánica del Trabajo 2012, complementada por la normativa administrativa marítima proscrita en la

¹² Cfr. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario). Ed. Frónesis. Caracas, p,108.

Ley de Marinas y Actividades Conexas, así como las Convenciones de la O.M.I y O.I.T debidamente suscritas y ratificadas por Venezuela. Conforme a lo anterior, es determinante precisar que el precitado régimen especial laboral, por disposición expresa solamente le es aplicable a tripulantes de buques mercantes, así como embarcaciones que transporte personas o cosas, así como los que trabajen en accesorios de navegación. La redacción, alcance y aplicación de la norma resulta incongruente, toda vez que cada una de las instituciones deberá ser ontológicamente analizada, partiendo de las conceptualizaciones de cada institución en un *lato sensus* y *stricto sensus*. A efectos prácticos enunciativos para el presente artículo, circunscripto en la relación laboral como eje sustantivo, a los efectos de pretensiones materiales postuladas por tripulantes con ocasión al cobro de prestaciones sociales y otros conceptos en la prestación de servicios a bordo de buques mercantes, quienes podrán postular procesalmente el embargo o prohibición de zarpe de un buque mercante en cualquiera de sus clasificaciones derivado de la titularidad de un crédito marítimo y/o privilegiado previsto en la Orgánica del Trabajo 2012 y Ley de Comercio Marítimo.

II. EL EMBARGO MARÍTIMO DE BUQUE

a. Definición

Desde la promulgación de la Ley especial marítima, el legislador ha venido modificando sustancialmente lo referente al tratamiento y aplicación de mecanismos procesales referentes al buque y sus consecuencias relativas a los derechos y obligaciones derivadas de su explotación comercial.

He aquí donde la Ley de Comercio Marítimo de 2006 incorporó sumariamente aspectos de celeridad procesal en donde convergen instituciones especiales tanto sustantivas como adjetivas, específicamente sobre el embargo de buque, caso que no ocupa en el presente análisis, como una forma de tutela especializada reproducida a través de la normativa internacional que rige la materia como son la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Embargo Preventivo de Buques de Navegación

Marítima de 1952¹³ y el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivos de Buques de 1999¹⁴, y reeditadas en la Decisión N° 487 y 532 de la Convención de la Comunidad Andina de Naciones¹⁵.

Sin ahondar en el tema, no obstante es menester puntualizar someramente ciertas disquisiciones sobre los orígenes del embargo de buque; y es que este deviene de los llamados créditos marítimos desde la época de la colonización, es decir en la edad media, no existían sociedades u organizaciones de responsabilidad limitada o garantes que pudiesen costear todas aquellas acreencias con ocasión al viaje o aventura marítima de un buque-empresa, por tanto estos realizaban el llamado *round trip* o viaje ida y vuelta, tal denominación deviene en que un grupo de mercaderes se asociaban en la prestación de un servicio de transporte de mercancía por agua desde un puerto o varios puertos entre ellos, lo que hoy conocemos como buques *freelance*, y al regreso las ganancias, beneficios y regalías eran repartidas entre quienes habían realizado aportes tanto financiero como industrial (trabajo) haciendo posible el viaje empresa de ida y vuelta¹⁶.

Por el contrario si el viaje empresa arrojaba pérdidas o subsistían acreencias u obligaciones con ocasión a la aventura marítima, el buque pasaba a ser “prenda común” entre los acreedores marítimos siendo calificados como créditos marítimos teniendo estos privilegios sobre cualquier otra acreencia existente o conexas a la explotación del buque, conllevando a la liquidación de este para la satisfacción de las obligaciones contraídas durante el viaje empresa, siendo perseguido indistintamente en manos de quien estuviese, es decir una real acción *in rem* en contra de este sin importa las circunstancias de quienes lo

¹³ Cfr. Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas sobre el Embargo Preventivo de Buques de Navegación Marítima de 1952. Bruselas, 10 de mayo de 1952.

¹⁴ Cfr. Convenio Internacional Sobre el Embargo de Buque de 1999. Ginebra, 12 de marzo de 1999. Naciones Unidas.

¹⁵ Cfr. Acuerdo de Cartagena – Decisión N° 487 – N° 532 (Reforma parcial -02/10/2002) Garantías Marítimas (Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos) y Embargo Preventivo de Buque. Gaceta Oficial N° 625, del 13 de diciembre de 2000.

¹⁶ Cfr. Marval, E (2016). La Naturaleza Procesal del Embargo de Buque en el Procedimiento Marítimo Venezolano. p, 71.

hayan adquirido de manera previa al gravamen sobrevenido con carácter de un privilegio real¹⁷.

Con la derrota hacia la norma marítima comercial, cuyo título denominó el legislador *Embargo Preventivo de Buque*, definido en el ex artículo 92¹⁸ al señalar “*A los efectos de esta Ley, se entiende por embargo preventivo, toda inmovilización o restricción a la salida de un buque, impuesta como medida cautelar por resolución de un Tribunal de la Jurisdicción Especial Acuática competente, para garantizar un crédito marítimo*”. (Destacados propios)¹⁹.

En este contexto quizás el legislador consideró la necesidad de hacer una sinergia de la tutela diferenciada como lo es el caso particular de medidas típicas especiales así como cautelares civiles; las primeras como materia prima de un extracto normativo internacional y la segunda contenidas en nuestro sistema cautelar general ordinario interno.

De modo que lo que morfológicamente ha sido desnaturalizadamente concebido difícilmente podrá lograr una concreción y precisión tanto conceptual como instrumental dentro del procedimiento al cual homogeniza en aras de brindar una eficacia como resultado y una efectividad durante el *iter* procesal.

Quizás muchos se preguntaran ¿Qué sentido tiene que tenga carácter cautelar, preventivo, provisional, asegurativo o anticipativo? Como quiera que la práctica forense haya adoptado dogmas con poco talante científico, toda vez que la teleología coactiva es lograr que el deudor-obligado cumpla con una contraprestación crediticia marítima como objeto de la pretensión embargante sobre el buque.

Pues bien, por una parte resulta que las medidas de tutelas diferenciadas en sus distintas clasificaciones y objetos no son la panacea, ni mucho menos un mecanismo de amenaza o presión *per se*, sino una forma de garantía instrumentalizada que pudiese ser

¹⁷ *Ídem*, p. 72.

¹⁸ Cfr. Ley de Comercio Marítimo. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.351, Enero 5 de 2006.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 72-73.

necesaria o no, es decir son el remedio o antídoto cuando exista una patología procesal, es decir no relativamente necesaria, toda vez que pueda que haya un procedimiento que no requiere del decreto de tutelar preventivo, cautelar o de cualquier otra índole para poder satisfacer jurídica y materialmente la pretensión postulada.

b. La “causa” calificada del embargo: Acreencias laborales como crédito marítimo o privilegiado

En el haz del *numerus clausus* de los distintos supuestos calificados como créditos marítimos conforme al ex art. 93.16 LCM, *los sueldos, otras acreencias, gastos de repatriación y las cuotas de seguridad social adeudas al Capitán y tripulantes denominados Gente de Mar* son derechos de carácter laboral en contraprestación a bordo del buque que hacen procedente tales pretensiones, es por ello que bajo tales circunstancias el buque es objeto de embargo, única y exclusivamente *en virtud de un crédito marítimo, pero no en virtud de otro crédito de naturaleza distinta*, ex art. 94 LCM. De la *ratio iuris* normativa deriva el principio de inembargabilidad del buque de acuerdo a su naturaleza comercial especial por cuanto este se erige en la *res* marítima, investida de este modo en el principio de personificación del buque siendo la prenda (*Offending ship*) entre los acreedores marítimos en el caso que nos ocupa, la relación laboral a bordo del buque.

Del mismo modo, la precitada Ley de Comercio Marítimo tipifica las reclamaciones laborales como un crédito privilegiado sobre el buque a saber: *1) los créditos por los sueldos y otras cantidades adeudadas al Capitán, oficiales y demás miembros de la tripulación del buque, así como gastos de repatriación y cuotas de seguridad social en virtud la prestación servicio a bordo*, ex art. 115 LCM. Ambas tienen una calificación bifronte sin duda alguna conforme una ontología y teleología procedimental propia dentro de ambos contextos.

Por otra parte, la normativa sustantiva laboral en el Capítulo de Regímenes Especiales de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre también ha calificado al salario y demás créditos laborales como privilegios con un orden de prelación preferente sobre cualquier otro al establecer que *“los salarios y demás créditos de los trabajadores y*

trabajadoras a causa de la relación de trabajo, gozarán de privilegios sobre el buque y se pagará independientemente de cualquier otro privilegio”, art. 248 LOT 2012.

Precisado lo anterior, nos permitimos delimitar al crédito y privilegio marítimo laboral como la “causa” calificada que hace procedente la pretensión de embargo cautelar marítimo sobre el buque por disposición expresa de una norma atributiva de competencia como principio fundamental procesal.

En resumidas cuentas, el legislador marítimo ha previsto – *ex lege* – como procedencias fácticas del embargo de buque al crédito marítimo o privilegiado derivado de un título guarentigio es decir una “garantía material” instrumentada en los requisitos previstos ex art. 97 LCM. Ello dista de las cautelares civiles cuyo objeto no es asegurar la futura ejecución del fallo, o tiene relación directa con algún riesgo, peligro o daño que capaz de lesionar el derecho del peticionario de la medida, sino la existencia del crédito o privilegio como un acreencias calificadas. En consecuencia la “causa” de la medida no es *procesal*, sino *material o sustantiva*, que se configura en una *medida de aseguramiento* y dista de las *medidas de prevención*²⁰.

c. El buque garantía material “objeto” del embargo

La característica especial que califica al embargo de buque es que ésta exclusivamente solo será procedente cuando verse sobre un crédito o privilegio marítimo conforme al *numerus clausus* de presupuestos contenidos en la norma acuática comercial, y recaer estrictamente sobre el buque, es por ello que las medidas típicas o especiales marítimas han sido concebidas como instrumentos de “aseguramiento material in rem”²¹. Este aspecto particular la diferencia de las medidas cautelares civiles, las cuales solamente pueden recaer sobre el patrimonio o bienes que sean propiedad del deudor-obligado, siendo una característica reveladora que la hace disímil a la medida de aseguramiento marítimo

²⁰ Cfr. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario). Ed. Frónesis. Caracas, pp, 87-88.

²¹ Cfr. Marval, E (2016). La Naturaleza Procesal del Embargo de Buque en el Procedimiento Marítimo Venezolano. p, 130.

que podrá recaer sobre el buque *cuando se es propietario, arrendatario a casco desnudo, derivado de un contrato de fletamento por tiempo o por viaje*, estos supuestos encuentran su razón de ser en la *ratio iuris* de la Ley de Comercio Marítimo la cual señala en extenso:

Artículo 96 El demandante podrá solicitar el embargo preventivo del buque al que el crédito se refiere o en sustitución de éste, de cualquier otro buque propiedad de la persona que esté obligada en virtud del crédito marítimo, cuando al momento en que nació el crédito, era:

1. Propietario del buque con respecto al cual haya nacido el crédito marítimo.
2. Arrendatario a casco desnudo, fletador por tiempo o fletador por viaje de ese buque. El embargo de un buque que no sea propiedad de la persona obligada en virtud del crédito sólo será admisible si, conforme a la ley, se puede ejecutar contra ese buque una sentencia extranjera dictada en relación con ese crédito, mediante su venta judicial o forzosa. No podrá procederse al embargo preventivo de un buque en los casos referidos a los créditos relativos a la propiedad o a la posesión de un buque.

De modo que el embargo se limita a que si el buque (*offending ship*), es decir sobre el cual recae el crédito marítimo no es “propiedad” del deudor-obligado en virtud a la acreencia crediticia o privilegiada en consecuencia resulta inembargable, con la excepción de los casos de arbitraje o sentencia extranjera; ni mucho menos es procedente cuando verse sobre controversias relativas a la propiedad o posesión cuya naturaleza de la pretensión sea el derecho real de titularidad.

Ahora bien, otra de las grandes dificultades que presenta el embargo marítimo es que el mismo recaiga sobre un buque que no sea propiedad del obligado por disposición normativa expresa, al señalar como condición “*si, conforme a la Ley, se puede ejecutar contra ese buque una sentencia extranjera dictada en relación con ese crédito, mediante su venta judicial o forzosa*”. Tal particularidad resulta inejecutable conforme a nuestro ordenamiento jurídico procesal, toda vez que derivado de ello solo pueden ser ejecutadas sobre bienes o patrimonio que sea “propiedad” del obligado o ejecutado conforme a esa sentencia por disposición del art. 527 CPC, es decir que la sentencia extranjera que recaer sobre el buque garantido, este último tiene que ser “propiedad” del obligado por motivos de

orden público procesal²² y derechos constitucionales sobre la protección y disposición de la propiedad.

En todos los casos en que, el buque está ligado al crédito, aunque sea arrendatario o agente naviero y no sean propietario, el embargo se puede practicar sobre el respectivo buque vinculado con el crédito marítimo, por ello hablamos de *una técnica de imputabilidad de responsabilidad*, sin necesidad de acudir a la decadente teoría de la “personificación” del buque²³.

III. LA PROHIBICIÓN DE ZARPE

a. Definición

El maestro Ortíz-Ortíz ha definido a la medida de prohibición de zarpe como aquella orden emanada de un Tribunal, antes o durante la pendencia de un juicio principal, y por el cual se impide la movilización de un buque en razón y como garantía de un crédito marítimo o privilegiado vinculado directamente con ese buque, o como medida cautelar²⁴.

De igual manera el autor Marval en su conceptualización aduce que la prohibición de zarpe *se puede definir como una medida típica o indeterminada de carácter asegurativa o cautelar que puede ser decretada por un Tribunal con motivo a una controversia extra o*

²² *Ídem*, pp. 87-88.

²³ Cfr. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): El poder cautelar en procedimientos especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario). Ed. Frónesis. Caracas, p. 106, Ob. Cit. Sobre esta “decadencia”, y no obstante haberse utilizado en fallos judiciales, “la ficción de la personalidad de la nave ha jugado un rol insignificante en el desarrollo del derecho de los privilegios marítimos. En sí, la cuestión se ha presentado en cada una de las recurrentes situaciones cuando ha existido un intento de ejercer un reclamo en contra de una nave por el cual, al momento de la demanda, su propietario no es responsable [...] si la teoría de la personificación estuviera en las raíces de nuestro derecho, tal conclusión se desprendería en cada caso que ‘la nave’ fuera responsable y el reclamo ejercible, lo que dista mucho de ser el resultado”, vid. GILMORE, Grant y BLACK JR., Charles(1975): *The law of admiralty*, 2ª edición, New York, p. 591. Según BARROILHET ACEVEDO, en la obra citada, señala que según los autores Gilmore y Black, rematan diciendo que “puede concluirse que la ficción de la personalidad de la nave nunca ha sido algo más que un tema literario”, y como tal adquirió popularidad al inicio del siglo, para luego decaer su reputación. Este autor coloca una lápida sobre la teoría al comentar que “las ficciones sirven para muchos propósitos en el derecho. Inicialmente, su introducción es apta como un signo de disturbio y crecimiento. Pero cuando una ficción ya ha servido su tiempo y propósito, su desaparición, aunque sea aceptable e inocua como la ficción de la personalidad de la nave, es siempre bienvenida”, vid. BARROILHET ACEVEDO (2007), Claudio: «¿Subsiste la fortuna de mar en el derecho marítimo chileno?», pp. 161- 162.

²⁴ *Ídem* p, 125.

*endo proceso cuyo objeto es la inmovilización del buque derivado de un crédito marítimo o privilegiado*²⁵. En otras circunstancias también podrá ser decretada por la autoridad acuática conforme a Resoluciones Administrativas.

Existe una amplia versatilidad en cuanto a la prohibición de zarpe, ya que esta tiene la modalidad de tener carácter cautelar en algunas circunstancias en cuanto a otros procedimientos de naturaleza distinta a los créditos marítimos; del mismo modo la prohibición de zarpe puede ser decretada como una medida administrativa de astringencia por la autoridad acuática, mientras el embargo es competencia exclusiva y excluyente del órgano jurisdiccional²⁶.

b. Efectos bifronte: Medida de aseguramiento *in rem* y medida cautelar

La institución de la prohibición de zarpe como una medida típica y especial marítima se ha categorizado en un fenómeno de tutela diferenciada la cual ha calado dentro del marco teórico del aseguramiento jurisdiccional y la Tutela Preventiva y Cautelar, bajo el género de medidas indeterminadas o *ad hoc*, así como cautelares de acuerdo al procedimiento que servirán como instrumentos de efectiva tutela judicial en la concepción del debido proceso y el derecho a la defensa invocada tanto por la parte solicitante como quien es afectada por la medida.

De acuerdo la Ley comercial marítima *el titular de un crédito marítimo o privilegiado sobre un buque, tal como se encuentran establecidos en esta Ley, podrá ocurrir ante un Tribunal competente para solicitar medida cautelar de prohibición de zarpe*, ex art. 103 LCM. Reparemos sobre el enunciado normativo, y es que la prohibición de zarpe a diferencia del embargo, resulta procedente cuando concurren dos supuestos fácticos, bien sea un crédito marítimo o privilegiado por una parte: y por otra el solicitante podrá recurrir ante el órgano jurisdiccional competente conforme a la naturaleza del litigio, y es por ello que el legislador acuático al respecto no atribuye de manera expresa la

²⁵ Cfr. Marval, E (2016). La Naturaleza Procesal del Embargo de Buque en el Procedimiento Marítimo Venezolano. p, 132.

²⁶ Cfr. Marval, E (2016). La Naturaleza Procesal del Embargo de Buque en el Procedimiento Marítimo Venezolano. p, 137.

competencia reservándola únicamente al Tribunal marítimo como ocurre en el caso del embargo marítimo. De este modo, cuando se trate de cualesquiera de la dos circunstancias por la naturaleza de la pretensión será el Tribunal marítimo quien la decrete cuando se haya demostrado preliminarmente la posición jurídica tutelable (*Fumus boni iuris*) previsto en la norma en consonancia con los instrumentos públicos o privados reconocidos que constituyan un título guarentigio calificado para hacer procedente la prohibición de zarpe como una garantía material de aseguramiento sobre el buque. Sin embargo no existe ninguna demostración de algún daño, perjuicio, amenaza, temor, riesgo, etc., que puedan constituir el *Periculum in mora*²⁷, y es por ello que no tiene naturaleza de medida cautelar.

En este mismo contexto, el precitado 103 LCM, *in fine* dispone que la prohibición de zarpe por créditos distintos a los marítimo o privilegiados solo podrán ser decretados mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, es decir todas aquellas controversias que no sean de naturaleza marítima la prohibición de zarpe deberá adecuarse a la categoría de medida cautelar o innominada prevista en el texto adjetivo civil, en consecuencia deberán concurrir coetáneamente el *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora* como presupuestos procesales de ontología y fisonomía cautelar precaviendo la futura ejecución del fallo configurando un garantía procesal.

c. La Prohibición de Zarpe: Medida cautelar indeterminada o *ad hoc*

Además de ser una medida típica o especial marítima de aseguramiento y cautelar de acuerdo a los requisitos previstos en las normas atributivas de competencia, la prohibición de zarpe puede ser decretada en el haz y categoría de las denominadas medidas indeterminadas o *ad hoc*, es decir la adecuación de tutela diferenciada conforme a la concepción, consistencia y esencia teleológica coadyuvante a la norma adjetiva que requiere articulación procesal congruente a los efectos de hacer procedente el decreto de la medida de prohibición de zarpe conforme a la norma atributiva de competencia del Tribunal que la decreta excepcionalmente dada la naturaleza de la pretensión asegurativa

²⁷ *Ibidem*, p, 127.

como ocurre en materia laboral cuyo Tribunal de SME es competente conforme al ex art. 137 LOPTRA en donde se postula como *medidas cautelares indeterminadas*²⁸ como explicaremos más adelante en el presente ensayo.

IV. DICOTOMÍA COMPETENCIAL ENTRE EL TRIBUNAL LABORAL Y EL TRIBUNAL MARÍTIMO

a. Límites de la competencia

En el desarrollo del presente apartado serán esbozadas las disquisiciones atientes a los límites de competencia especial derivada de la naturaleza procesal de la pretensión postulada cuando las reclamaciones se conflagren con ocasión a la relación laboral derivada de la prestación de servicio a bordo del buque, pero a su vez bifurca en la connotación de acreencias como lo fue esgrimidos precedentemente, por lo tanto el crédito marítimo como privilegiado previstos en la Ley de Comercio Marítimo y la Ley Orgánica del Trabajo 2012 tienen una categoría equivalente tanto de derecho de crédito como privilegio en cuanto al cobro de prestaciones sociales y demás conceptos laborales.

Para una palmaria comprensión sobre la temática abordada debemos surcar en ciertas disquisiciones sobre los conflictos competenciales entre los Tribunales marítimos y laborales en referencia a su coetáneo conocimiento en términos de su especialidad sobre los asuntos marítimos-laborales atinentes a la prestación de servicio a bordo de buques tanto de pabellón nacional como extranjeros en territorio venezolano, así como los infortunios laborales ocurridos en y con ocasión a las actividades desplegadas en cubierta o actividades conexas con la explotación del buque.

Con la promulgación de la normativa acuática venezolana a partir del año 2001, fueron concebidas distintas Leyes especiales entre ellas Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares publicada en G.O N° 37.596 el 20 de diciembre de 2002 (última reforma Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos G.O Ext. N° 6.153, 18/11/ 2014), la cual

²⁸ *Ibidem*, p, 131.

creo la Jurisdicción Especial Acuática que dio origen a los Tribunales Marítimos, y con ello estableció el haz de competencia sobre los distintos asuntos en los cuales no incluyó todas aquellas controversias relacionada con la prestación de servicio a bordo de la Gente Mar, *aunque las acciones dirigidas contra el buque, su Capitán, su armador, o su representante, cuando haya sido objeto de medida cautelar o embargo preventivo*²⁹, no puede interpretarse al sujeto obligado, ni mucho menos *a las acciones derivadas del hecho ilícito con ocasión al transporte marítimo (...)*³⁰, como elemento calificativo de fuero en relación a la competencia del Tribunal.

Conforme a ello, el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala Plena profirió la Resolución N° 2004-0010 de fecha 13 de septiembre de 2004, mediante la cual se estableció que los Tribunales marítimos nacionales a partir del 12 de enero de 2005 empezarían a despachar desplegando sus actividades judiciales a partir de la precitada fecha siendo las pretensiones materiales de naturaleza comercial acuática sometidas a su competencia especial.

Del mismo modo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo había sido promulgada y publicada en G.O N° 37.504 el 13 de agosto de 2002, la cual previó como fundamento de garantía constitucional la creación y funcionamiento de una Jurisdicción (*rectius*: competencia) laboral mediante la creación de los Circuitos Judiciales del Trabajo y en consecuencia los Tribunales labores quienes, desde entonces, empezaron a conocer todas aquellas pretensiones conforme a la normativa procesal atributiva de competencia.

En consonancia con lo precedente, la Ley Orgánica del Trabajo 1997 aplicable *ratione temporis*, señalaba sobre la justicia laboral que:

La legislación procesal, la organización de los tribunales y la jurisdicción especial del Trabajo se orientarán por el propósito de ofrecer a los trabajadores y patronos la solución de los conflictos sobre derechos individuales o colectivos que surjan entre ellos, mediante una administración de justicia rápida, sencilla y gratuita.

²⁹ Cfr. Ley Orgánica de Espacios Acuático. Art. 128.2, G.O Ext. N° 6.153, 18-11-2014.

³⁰ *Ídem*. art. 128.17.

Palmariamente de manera inequívoca, tanto la normativa sustantiva como adjetiva laboral vigentes para el momento y aplicables preveían que todas aquellas controversias derivada de las relaciones laborales entre trabajadores y patronos debían ser sometidos a los tribunales con competencia en el trabajo.

No obstante a ello, durante la itinerancia de las controversias entre los Tribunales marítimos y laborales surgieron distintos conflictos negativos y positivos de competencia entre ambos; no obstante, ello ocurrió tiempo después que distintos asuntos de naturaleza laboral con ocasión a la prestación de servicios a bordo de buques como entidad de trabajo fueron sometidos primigeniamente a la competencia de los Tribunales marítimos, los cuales conocieron *prima facie*, y posteriormente fueron declinados a los Tribunales laborales a razón de cualidad de juez natural.

Ergo, distintas sentencias han sostenido criterios en cuanto al haz competencial entre ambas materias, cuyo conflicto de conocimiento ha sido inclusive dicotómico entre los órganos jurisdiccionales laborales y marítimos como veremos en esta decisión resuelta por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena a través de Sentencia N° **25, Exp. 2011/413**, del 26 de junio de 2013, conociendo sobre conflicto negativo de competencia asentó que el Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, en sentencia del 24 de marzo de 2010, declaró su competencia para conocer de la presente causa, para lo cual argumentó lo siguiente:

La competencia por la materia se toma en cuenta la naturaleza del derecho subjetivo hecho valer con la demanda y que constituyen la pretensión y norma aplicable al caso concreto. En tal virtud ésta es determinada por el objeto de la pretensión demandada; en este caso, el pago de conceptos laborales derivados de la supuesta y presumida relación de trabajo alegada, por lo que su tramitación corresponde ante la jurisdicción con competencia laboral, conforme lo establecen los artículos 13, 17 y 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 13 de agosto de 2002, N° 37.504. De manera pues, que es[e] Tribunal es competente para conocer del asunto sometido a su conocimiento, habida consideración que la misma interesa al orden público procesal y, así se patentiza en el artículo 68 del Código de Procedimiento

Civil, cuando autoriza al Juez a declarar su propia competencia; lo cual se determinará de manera expresa, positiva y precisa en la positiva (sic) del presente fallo. Así se establece. El hecho generador de la presunción es la prestación personal de servicios a un sujeto no comprendido dentro de las excepciones establecidas en el único aparte de la regla transcrita. Asumida dicha prestación, se produce la consecuencia legal de restablecimiento de la existencia de una relación de trabajo, presunción iuris tantum que puede ser desvirtuada por el pretendido patrono, siempre que en la contestación de la demanda no se limite a negar cada hecho, sino que debe alegar y demostrar los hechos que desvirtúen la presunción. El presente conflicto permite ejercitar a los órganos jurisdiccionales la competencia de hacer cumplir lo juzgado la ley para conocer y resolver conflictos sociales propios de la materia laboral con competencia a los operadores de la misma es decir el juez laboral.

Es[e] tribunal en el caso bajo estudio se encuentra debatido el tipo de prestación de servicio presuntamente laboral o presuntamente mercantil contra las codemandadas persona natural FRANCISCO ORTISI y las empresas, AVENCATUN, S.A, AVIATUN, S.A., ATUNMAR, S.A. Y ATOVEN, C.A., pertenecientes al GRUPO CARIRUBANA o AVENCASA plenamente identificadas en auto, mas (sic) no fue incoada contra el buque, Capitán, su armador, o su representante, sino sobre las sociedades mercantiles. Conforme a lo establecido en el ordinal 1° del artículo 112 de la derogada Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, gaceta oficial 37.596 de fecha 20 de Diciembre del 2002 hoy Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, (Gaceta Oficial N° 5-890 Extraordinaria del 31 de julio de 2008), hoy artículo 128 el cual, señala lo siguiente: “...Los Tribunales Marítimos de Primera Instancia, son competentes para conocer: “1....- De las controversias que surjan de los actos civiles y mercantiles relativos al comercio y tráfico marítimo, así como las relacionadas a la actividad marítima portuaria, y las que se sucedan mediante el uso del transporte multimodal con ocasión del comercio marítimo.

(...)

Es decir los tribunales marítimos de primera instancia son los competentes para conocer de las controversias que surjan de los actos civiles y mercantiles relativos al comercio y tráfico marítimo y no a actos relativos a la prestación de un servicio donde lo debatido es si la naturaleza es laboral o mercantil; para lo cual se hace necesario preservar la presunción establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, la pretensión del actor no versa sobre asuntos relativos al comercio y tráfico marítimo, ni sobre cuestiones relacionadas con la actividad portuaria, sino a mera actividad de naturaleza presuntamente laboral. En consecuencia considera esta operadora de justicia que el decreto up-Supra está consagrado para la jurisdicción especial acuática

y las actividades conexas sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo. Así se establece. Por los motivos antes explicado (sic), este tribunal considera que es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil el cual contempla: La sentencia interlocutoria en la cual el Juez declare su propia competencia, aun en los casos de los artículos 51 y 61, solamente será impugnabile mediante la solicitud de regulación de la competencia, conforme a lo dispuesto en esta Sección. Por lo que esta sentenciadora declara SU PROPIA COMPETENCIA para conocer de la presente demanda³¹.

En criterio cónsono del Tribunal Cuarto de Primera Instancia Laboral con sede en el Estado Falcón fue bastante diáfano y lacónico al esbozar los términos de alcance sobre la norma procesal laboral en cuanto al derecho sustantivo reclamado y la naturaleza de la pretensión postulada por el reclamante, y a su vez esgrime con precisión que las defensas de fondo sobre la controversia en relación a la presunción de laboralidad no pueden ser el factor determinante, toda vez que es objeto de debate y le compete al tribunal pronunciarse si es procedente o no al respecto; finalmente declara su propia competencia sobre la materia con base en el análisis del fallo transcrito *ut supra*.

Con base en la precitada decisión del juez laboral de primer grado, el Tribunal Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón en fecha 16 de junio de 2010 declaró con lugar el recurso de regulación de competencia incoado por el solicitante esbozando lo siguiente:

(...)

En el caso en cuestión, además de ser un hecho admitido por ambas partes que entre el trabajador y la demandada se celebró un contrato mercantil denominado Cuentas en Participación, igualmente es un hecho admitido que el servicio prestado por el demandante fue de Piloto de Helicóptero en la pesca industrial de atún en alta mar y el Océano pacífico, en **este sentido, el artículo 653 del Código de Comercio establece la regulación del Comercio Marítimo así como también define los denominados Contratos de la Gente de**

³¹ Vid. Sentencia Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, caso (Guillermo Contreras y otros vs Sociedades Mercantiles AVIATUN S.A. ATOVEN, C.A ATUMAR S.A. y AVENCATUN S.A). Sentencia N° 25, Exp. 2011/413, del 26 de junio de 2013. Disponible *online*: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>

Mar y allí incluye a todas las demás personas empleadas bajo cualquier denominación en el servicio de las máquinas de los buques de vapor. En el caso de autos, el reclamante aparece inscrito en el Rol de Tripulantes, libro de Comprobación que igualmente aparece firmado (artículos 19 y 20 Ley General de la Marina y Actividades Conexas). Por efecto de tales comprobaciones el Decreto-Ley de Procedimiento Marítimos vigente remite a los Tribunales de Primera Instancia Marítimo el conocimiento de los actos referidos y en ese orden de corroboración que se viene desarrollando, concluiremos indicando el régimen que aplica la decisión 487 de la Comunidad Andina, aprobada en Caracas el 07 de Diciembre (sic) de 2000, en cuyo artículo 1 define lo que se entiende por crédito marítimo, uno de cuyos conceptos, incluye los sueldos y cantidades debidas a los miembros de la dotación que aparezcan debidamente enrolados en el buque respectivo, créditos que protege declarándolos privilegiados (art.22) cuya exigibilidad extingue por el período de un (1) año, calificado como término de caducidad. Según puede apreciarse, es específica y concreta la reglamentación del tipo de relación contractual que se examina y esa tipificación encaja perfectamente en la figura contractual bajo cuya interpretación y consecuencial aplicación se plantea el caso de autos. Lo expuesto y analizado nos conduce a declarar que la cuestión controvertida debe ser conocida y resuelta en sede marítima mercantil y no laboral.

(...)

Por todo lo anteriormente expuesto, es[e] Tribunal Superior Primero del Trabajo declara Con Lugar la solicitud de Regulación de Competencia planteada (...) y se Revoca la decisión de fecha 24 de Marzo (sic) de 2010, dictada por el Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio tanto del Nuevo Régimen como del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Punto Fijo. En consecuencia, se declara Competente para conocer del juicio que por Cobro de Prestaciones Sociales (...) al Tribunal de Primera Instancia en lo Marítimo [sic].

De la precitada decisión proferida por el *ad quem* no reparó en los argumentos esgrimidos sobre los siguientes particulares a precisar: a) trajo a colación las disposiciones contenidas en el ex art. 653 del Libro Segundo del Código de Comercio referente al «Comercio Marítimo» previstas entre los ex arts. 612 al 897, cuando debió aplicar las disposiciones contenidas en la Ley de Comercio Marítimo publicada en G.O Ext. N° 5.551, del 09/11/2001 y reformada parcialmente esta última mediante Ley de Reforma Parcial Decreto N° 1.506, publicada en G.O N° 38.351 del 05/01/2006, por lo tanto la aplicación

de la norma *in comento* se encontraba con creces derogada *ratione temporis*; b) el Tribunal finca su decisión esbozando el fondo en relación a la naturaleza del *thema decidendum*, como quiera que ello era objeto de la controversia sobreviniendo así la incompetencia objetiva e inhibición del *ad quem*; c) en consecuencia no previo sobre el análisis y aplicación por disposición atributiva de competencia las prerrogativas procesales previstas en el artículo 29 Ley Orgánica Procesal del Trabajo y el ex art. 5 la Ley Orgánica del Trabajo 1997 aplicable *ratione termporis*. Del mismo modo, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre el Trabajo de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre promulgado a través del Decreto N° 2.298, del 04 de junio de 1992, también aplicable *ratione temporis*, establecía que:

El trabajo de la navegación marítima, fluvial y lacustre de los miembros de una tripulación (*rectius: Gente de Mar*) que presten servicios a bordo de buques mercantes o accesorios de navegación en beneficio de un armador o fletador, tanto, durante la navegación como en puerto, se regirá por las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo y por las del presente Reglamento. (Destacados propios).

Por consiguiente a lo anteriormente expuesto, el Tribunal de segundo grado yerro en haber declarado procedente el recurso de regulación de competencia declinándola al Tribunal marítimo de primera instancia nacional, subvirtiendo así el orden público procesal en cuanto a la regulación de competencia cuya potestad le está atribuida la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia por la inexistencia de un juez de grado superior jerárquico común; ergo el Tribunal marítimo a través de sentencia dictada en fecha 21 de septiembre de 2011 resolvió el conflicto competencial con una magistral disquisición arguyendo lo siguiente:

En el presente caso, el juicio fue incoado a los fines del cobro de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales, reclamadas por la parte actora en su condición de trabajador, puesto que prestaba sus servicios de piloto dentro de la tripulación de los buques identificados en el libelo de demanda (...).

Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Superior que resolvió en cuanto a la competencia por la materia, a los fines de determinar el conocimiento de la causa por parte de los tribunales de la jurisdicción especial acuática, consideró

que en realidad la relación entre el actor y la demandada se desprendía del contrato de cuentas en participación; sin embargo, a juicio de quien a[llí] decide, no se trataba de un asunto que pudiera ser resuelto en esa etapa del proceso, puesto que implicaba la modificación de la pretensión del actor y le cercenaba el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que uno de los hechos que debían dilucidarse en la sustanciación del juicio, era precisamente la condición o no de trabajador del demandante. De manera que tal circunstancia no podía ser decidida de forma previa, sino en la sentencia de fondo de la controversia, luego de que las partes hubiesen podido demostrar sus alegatos, en la etapa probatoria respectiva. Así las cosas, es[e] Tribunal observa que en el libelo de demanda la parte actora alegó tener una **relación laboral**, como piloto de helicóptero, de forma ininterrumpida para beneficio del Grupo Económico CARIRUBANA O AVENCASA, por lo que demanda el pago de sus prestaciones sociales. En este sentido, si bien el ordinal 1 del artículo 128 de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos establece la obligación de someter a la jurisdicción especial acuática el conocimiento general de todas las acciones y controversias entre particulares relacionados con los actos civiles y mercantiles relativos al comercio y tráfico (sic) marítimo, fluvial y lacustre, así como con la actividad portuaria, desarrollando así el principio de exclusividad marítima a tenor del cual, los órganos jurisdiccionales con competencia en la materia, tienen un fuero especial atrayente que en virtud de criterios subjetivos y atendiendo a la naturaleza marítima de los asuntos, extraen de las otras jurisdicciones, el conocimiento de los litigios con incidencia o afectación sobre la actividad marítima para otorgársela a los tribunales especializados en la materia. Sin embargo, la presente causa trata de una demanda incoada en un juicio por cobro de prestaciones sociales, derivada de una relación laboral, como fue alegado en el libelo de demanda. De manera que, la competencia para el conocimiento de la pretensión del actor es de eminente naturaleza laboral. En este sentido, este Tribunal considera que a los fines de determinar la competencia por la materia, se debe establecer la naturaleza del acto que ha dado lugar a la controversia y que es el objeto de la pretensión del accionante. Así las cosas, al no tratarse de uno de los supuestos previstos en el artículo 128 de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, atributivos de la competencia por la materia a los tribunales de la jurisdicción especial acuática, no puede es[e] Tribunal considerarse competente para conocer de la presente causa. En consecuencia, al verificarse la condición de que el presente juicio por cobro de prestaciones sociales tiene su fundamento en una relación laboral, que considera es[e] Tribunal constituye un acto entre patrono y empleado, se plantea el conflicto negativo de competencia, por estimar que el conocimiento de la presente causa debe recaer sobre un tribunal laboral del Estado Falcón-Punto Fijo (...). Así se declara.

En consecuencia, este Tribunal considera que es **INCOMPETENTE EN RAZÓN DE LA MATERIA**, en base a que el asunto que se ventila es

netamente de naturaleza laboral, y resuelve, en vista que la causa fue remitida por otro Juzgado que considera que este Tribunal Marítimo de Primera Instancia debería conocer de la presente causa, pero este Tribunal estima que el que debería conocer es un Juzgado distinto al que se lo remitió y a este mismo Tribunal, y en razón de que no existe un Juzgado Superior Común, en virtud de lo cual nos encontramos ante un conflicto negativo de competencia entre dos tribunales que no tienen un superior común, así como para evitar el peregrinaje de jurisdicciones al cual estarían sometidas las partes si en repetidas oportunidades los jueces se declararan incompetentes de manera indefinida para conocer del asunto sometido a su consideración, plantear la REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA del presente asunto en Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, y ordena SU REMISIÓN mediante oficio. Así se decide.

Conforme a los criterios judiciales proferidos por los tres Tribunales precedentes, la Sala Especial Primera de la Plena resolvió el asunto sobre la competencia material en los siguientes términos a saber:

(...)

Esta Sala Especial Primera de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia debe procurar la estabilidad del proceso y garantizar el derecho de las partes a ser juzgadas por su juez natural, lo cual debe imponerse sobre la cosa juzgada formal de la sentencia de regulación de competencia dictada por el Tribunal Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Santa Ana de Coro al declarar competente al Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas.

Considerando lo anterior, a los fines de garantizar los principios del derecho de las partes a ser juzgadas por los jueces naturales, la tutela judicial efectiva y la preeminencia del fondo sobre el formalismo, de conformidad con lo establecido en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Especial Primera de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en el dispositivo del presente fallo anula la decisión de fecha 16 de junio de 2010 dictada por el Tribunal Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Santa Ana de Coro, en la cual declaró competente para conocer y decidir la presente causa al Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas. (Sic).

En corolario al criterio sostenido en alzada, todos los asuntos derivados de la relación laboral portuaria o a bordo de buques en cualquiera de sus clasificaciones en el

sector marítimo, fluvial o lacustre debían ser sometidos ante el Tribunal con competencia laboral como juez natural aun después de haber sido promulgada la Ley de Comercio Marítimo y la demás normativa acuática, toda vez que por disposición exclusiva y excluyente de la Ley sustantiva y adjetiva laboral por fuero atrayente le pertenecía a los Tribunales laborales y no a los marítimos como lo venían asentado de manera errónea la doctrina judicial en sus distintos grados de ambas competencias.

a. El *Fumus boni iuris* y el *Periculum in mora* como presupuestos de procedencia sobre el crédito laboral o privilegiado.

Uno de los requisitos fundamentales de procedencia como una constante indefectible que configura el pilar bifronte en que se cimenta toda medida cautelar es la posición jurídica tutelable del justiciable o pretensor de la solicitud en sede bien sea preventiva y/o cautelar; es por ello que tal condición deviene de los derechos e intereses del peticionante quien bajo un “interés jurídico actual” exige *prima facie* bajo circunstancias fácticas y requisitos de procedencia normados la tutela oportuna sobre una expectativa de certeza tanto procesal como material³².

Al respecto el jurista patrio Márquez Añez, señala que el objetivo medular de este elemento fundamental es conservar el *status quo* existente al interponerse la pretensión en aras de preservar el acervo patrimonial en la ejecución ulterior cuando existan razones de procedencia de la medida.

Al respecto el eximio maestro Ortíz-Ortíz hace un análisis cuyo criterio es compartido en el presente trabajo, pues las instituciones jurídicas no pueden ser calificadas ni mucho menos tratadas de una manera tan baladí, sin rigor científico alguno, pues resulta una falacia pensar que el *Periculum in mora* versa sobre “una mora o retardo procesal”,

³² Cfr. Marval, E (2016). La Naturaleza Procesal del Embargo de Buque en el Procedimiento Marítimo Venezolano. pp, 23-24.

mientras que el *Fumus boni iuris* el calificativo ha sido aún más nefasto para la inteligencia de ciencia³³.

Ciertamente el uso de vocablos o acepciones tergiversadas en la comunidad científica que le ha dado múltiples significados descontextualizados al *Periculum in mora* el cual literalmente se traduciría en un contexto neutral como *peligro causado por un retardo* simplemente. Ahora bien, es sabido que la justicia debería ser expedita, pues justicia tardía resulta ineficaz o simplemente un remedio más pernicioso aun; es por ello que en el ámbito cautelar el tiempo es crucial en teoría, aunque sabemos que en la práctica forense la sentencia de fondo tiende a demorarse, no obstante a ello, el motivo cautelar no exactamente es producto o consecuencia de un peligro de mora o demora o retardo del jurisdicente, sino que tal circunstancia instrumental-procesal se erige como requisito tendiente a circunscribir y/o delimitar un conjunto de hechos facticos muy objetivos con particularidades propias³⁴.

Es así como la necesidad cautelar no es producto de la actividad inherente a las actuaciones del juez como director del proceso, es decir no es imputable al comportamiento desplegado por este, sino por el contrario a la actitud procesal adoptada por las partes litigantes quienes maliciosamente pudieran causar daños o crear situaciones dañosas de peligro de infructuosidad patrimonial durante el *iter* procesal.

Precisado el análisis de la base ideológica procesal del *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora*, ambos como supuestos de procedencia cautelar, pasamos a contextualizarlo sinérgicamente en la simbiosis del crédito laboral-marítimo y privilegiado en el apartado siguiente.

De acuerdo al haz de supuestos previstos en el *numerus clausus* de créditos y privilegios marítimos se encuentran *los sueldos y otras cantidades debidas al Capitán, a los oficiales y demás miembros de la dotación, en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los de repatriación y las cuotas de seguridad social* (Art. 93.16 LCM),

³³ *Ídem*, p. 25.

³⁴ Vid. Ortiz-Ortiz R. (2015): Las Medidas Cautelares en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. p, 299.

siendo a su vez cónsonos con las disposiciones contenida en la norma sustantiva laboral al señalar que *los salarios y demás créditos de los trabajadores a causa de la relación de trabajo, gozarán de privilegios sobre el buque y se pagarán independientemente de cualquier otro privilegio.*(Art. 248 LOT 2012). Ahora bien, reparemos en los preceptos normativos señalados, y es que la disposición prevista tanto en normativa marítima comercial como la laboral son acreencias garantidas sobre el buque con una calificación especial de competencia excepcional y diferenciada, siendo la excepción a la atribución resolutoria del Tribunal marítimo al cual le está reservado el decreto de embargo de buque como una medida de aseguramiento de “garantía material” siendo disímil a la base ideológica de las “medidas cautelares indeterminadas” laborales como veremos más adelante.

Empero a ello, surge la interrogante ¿está previsto el requisito de *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora* en la procedencia del embargo de buque y prohibición de zarpe con ocasión a reclamaciones de naturaleza laboral? La respuesta es tangencialmente compleja y su vez entraña un cuidadoso estudio entre la competencia del Tribunal que las decreta, naturaleza de la pretensión, el objeto y causa que revisten el trámite del proceso, así de como bifurca cuando se trata de una “medida cautelar” garantía procesal, o “medida de aseguramiento” garantía material.

b. El Aseguramiento Material y Procesal

El *aseguramiento material* comporta una sub-categoría dentro del género de las medidas asegurativas, pues estas están estrictamente vinculadas con el objeto debatido que a su vez se vincula con el aspecto adjetivo de la controversia, es decir son todas aquellas actuaciones y disposiciones que versan directamente sobre el objeto de fondo cuando existan instrumentos de valor real que califique el derecho real reclamado analizado desde una visión Civilista³⁵.

³⁵ Cfr. Marval, E (2016). La Naturaleza Procesal del Embargo de Buque en el Procedimiento Marítimo Venezolano. p. 33.

Esta categoría de medidas no están destinadas ni mucho menos cumplen una *función procesal*, toda vez que su teleología no es garantizar efectividad ni eficacia de la sentencia derivada de un fundado peligro o temor de ilusividad del fallo comoquiera que no existen aspectos “preventivos” ni de “cautelaridad”; ergo están destinadas a preservar los bienes u objetos cuyo destino o disposición este supeditada al fallo, tal como lo señala el maestro Ortíz-Ortíz se trata de una “garantía material” de carácter coercitivo de aseguramiento provisional hasta lograr los efectos definitivos de la sentencia final.

Mientras que el *aseguramiento procesal* se puede definir como toda disposición y/o medida decretada por los órganos jurisdiccionales con el propósito de resguardar las resultas estrictamente vinculada con la efectividad y eficacia del proceso en el resguardo de la tutela judicial efectiva, siendo potestativo del órgano jurisdiccional. En este sentido el aseguramiento procesal se erige como un efecto directo y producto de las medidas cautelares decretadas en un determinado proceso. Para mayor abundancia sobre la noción de este mecanismo instrumental de garantía procesal, en líneas del eximio maestro Rafael Ortíz-Ortíz³⁶, se erige como un medio de seguridad de derechos, intereses, o situaciones jurídicas que vertidas en una sentencia se realizarán o cumplieran en realidad, siendo la base ideológica de este aseguramiento el cumplimiento del deber de la efectiva tutela judicial a cargo de los órganos jurisdiccionales. Las medidas cautelares -bajo este contexto- serían medidas de aseguramiento procesal, pues con ella se ofrece certeza y seguridad con la futura ejecución de una sentencia o garantía de la real tutela de una determinada pretensión, esto es una garantía “formal o procesal”.

³⁶ Cfr. Ortiz-Ortiz, R. (2017e): Teoría General del Aseguramiento y La Coerción Penal, p. 24.

CONCLUSIONES

Como corolario al estudio y análisis realizados en el pasaje de los distintos planteamientos formulados con base a la temática desarrollada; la pretensión laboral por cobro de prestaciones sociales y demás conceptos, entre ellos repatriación y seguridad social como créditos y privilegios marítimos previstos en la norma sustantiva laboral y marítima comercial tienen su fundamento de competencia procesal en el Tribunal Laboral de Sustanciación, Mediación y Ejecución sobre el decreto tanto de embargo de buque como prohibición de zarpe de manera excepcional por disposición especial con base en el ex art. 137 LOPTRA, y no en los ex arts. 92 y 103 de la LCM, y ello es así, toda vez tanto el embargo de buque como la prohibición de zarpe tienen una ontología y teleología de “aseguramiento material *in rem*”, sobre el buque garantido, mientras que en el procedimiento laboral por previsión legal-procesal ambas tienen un carácter de “medidas cautelares indeterminadas” y deberán ser decretadas bajo el estricto cumplimiento del *Fumus boni iuris*, y *Periculum in mora*, lo cual los hace disímil a las “medidas típicas marítimas” diseñadas única y exclusivamente para el procedimiento marítimo venezolano.

Otra de las reveladoras dificultades procedimentales que revisten esta categoría de “medidas especiales indeterminadas”, es que han sido concebidas solamente para ser decretadas por el Tribunal Laboral de Sustanciación y Ejecución, es por ello que ni el Tribunal de Juicio, ni el Tribunal Superior están facultados para decretar las medidas cautelares previstas en el ex art. 137 LOPTRA. Sin embargo, eso no es óbice a que estos dos últimos Tribunales no puedan ni tengan competencia para decretar el embargo de buque o prohibición de zarpe, toda vez que existe un principio integrador de normas procesales en un contexto “supletorio” que debe ser analizado y aplicado con suma prudencia, para no incurrir en desatinos como comúnmente ocurre en la práctica forense aplicando meras “analogías” sin reparar en que el sistema cautelar es de interpretación y aplicación restrictiva de acuerdo a las normas atributivas de competencia expresa que las haya concebido por y para sí mismas bajo fórmulas de coherencia procesal.

En el foro judicial venezolano la fuerza de la costumbre y resabios procedimentales sin ningún tipo de rigor científico-procesal, hemos visto Tribunales Laborales con cierta ligereza como decretan o declaran improcedente medidas cautelares sobre la base de fórmulas erradas en aplicación de art. 137 LOPTRA, art. 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, siendo el ingrediente final los artículos 92 y 103 de la LCM, afortunadamente el jurisdicente no es químico, pues las consecuencias sería nefastas. Todo ello resulta procedimentalmente incongruente, por razones de hermenéutica jurídica, y aún más grave haría nugatorio el principio constitucional del derecho a la defensa de quien padece la medida, y ello radica en la tramitabilidad procedimental de los mecanismos de impugnación en cada uno de procedimientos especiales a saber: a) conforme al art. 137 LOPTRA, es procedente el recurso de apelación; b) con base a los arts. 585 y 588 de C.P.C operaría la oposición; c) y si es una medida típica marítima, entonces procedería el remate por tener un carácter de “medida anticipada” cuando el armador afectado no comparezca dentro de los 30 días siguientes, comportando un “remate anticipado” que aun más conculcaría el derecho a la defensa de un posible tercero en carácter de propietario del buque, desdibujando así la fisionomía cautelar prevista en la norma especial laboral concebida para ello.

Finalmente otra de las ostensibles diferencias entre las medidas típicas marítimas y las medidas cautelares laborales, es que las primeras pueden ser decretadas *extralitem* o *ante litem*, es decir ante instaurarse el procedimiento principal, mientras que la segunda solamente pueden ser decretadas como tutela *prima facie*, o *in limine litis*, es decir le está vedado al Tribunal laboral decretarlas antes que se haya incoado el asunto principal.

Habiéndose decantado el análisis *ut supra*, podemos concluir que las medidas típicas especiales marítimas del embargo de buque y la prohibición de zarpe son fenómenos que revisten un cuidadoso estudio del cual escinden diversos factores que deben ser profundizados con rigor científico de la tutela diferencia y las teorías prácticas que la constituyen, para así poder definir su coexistencia e interrelación entre otras modalidades o especiales diseñadas por el legislador de manera sistemática y sistémica para una profunda y clara comprensión en relación a la relación y conexidad del por y para qué dentro de su esencia, coexistencia y finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, C. (1997). *El Estatuto jurídico del Buque*. IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia. España.

ALONSO ESPINOSA, F. (1997). *Marina Mercante, Buque y Naviero en la Ley 27/1992*. Revista de Derecho Mercantil, N° 225, 1997. Madrid. España

ARROYO, I. (1994). *Reflexiones en torno a la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante*. Anuario de Derecho Marítimo, volumen XI, 1994. Barcelona. España.

BARROILHET ACEVEDO, C. (2007). *¿Subsiste la fortuna de mar en el derecho marítimo chileno?* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007). Santiago. Chile.

BELTRÁN, L. (1992). *Curso de Derecho de la Navegación*. Ed. Astrea. Buenos Aires. Argentina.

DA MAN, M. (2015). *La Acción in rem. Estudios del Derecho Marítimo*. Libro a la memoria de Carlos A. Matheus, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Venezuela.

ENRIQUE ROSAS, J. David. (1998). *El Buque. Una Introducción al estudio de los estatutos jurídicos de le embarcación*. Universidad Autónoma de México. México.

SABATINO PIZZOLANTE, J. (2010). *Teoría de Personificación del Buque y su embargo preventivo*. Venezuela.

https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.sabatinop.com/_sabatinopdf/pdf/articulos/spanish/articulo_23.pdf

SCIALOJA, A. (1950). *Sistema del Derecho de la navegación*. (Trad. ital. por Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo. EJE). Buenos Aires. Argentina.

MARVAL, E. (2017). *Consideraciones Procesales sobre los Nuevos Juzgados con Competencia Marítima a Nivel Nacional. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.* <https://www.avdm-cmi.com/single-post/2017/06/09/consideraciones-procesales-sobre-los-nuevos-juzgados-con-competencia-mar%C3%ADtima-a-nivel-nac>

MARVAL, E (2016). *La Naturaleza Procesal del Embargo de Buque en el Procedimiento Marítimo Venezolano.* Caracas.

ORTIZ-ORTIZ, R. (2017). *El Poder Cautelar en Procedimientos Especiales (Mercantil, Marítimo, Arbitraje, Laboral y Agrario).* Caracas: Ed. Frónesis.

ORTIZ-ORTIZ, R. (2017e): *Teoría General del Aseguramiento y La Coerción Penal.* Caracas. Ed. Frónesis.

Acuerdo de Cartagena – Decisión N° 487 – N° 532 (Reforma parcial -02/10/2002) Garantías Marítimas (Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos) y Embargo Preventivo de Buque. Gaceta Oficial N° 625, del 13 de diciembre de 2000.

Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas sobre el Embargo Preventivo de Buques de Navegación Marítima de 1952. Bruselas, 10 de mayo de 1952.

Convenio Internacional Sobre el Embargo de Buque de 1999. Ginebra, 12 de marzo de 1999. Naciones Unidas.

Ley 14/2014 de la Navegación Española de 24 de julio de 2014, publicada en el BOE N° 180-7877.

Ley de Comercio Marítimo. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.351, Enero 5 de 2006.

Ley de Marinas y Actividades Conexas. *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.153, 18 de noviembre de 2014.

Edwing Marval

Ley Orgánica de Espacios Acuático. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.153, 18 de noviembre de 2014.

Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076, 7 mayo, 2012.

Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso (Tecnovalvulas vs Petrolago) Exp. 2003-000907 del 15 de Abril de 2004.
<https://vlexvenezuela.com/vid/petrolago-c-283423747>

Sentencia Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, caso (Guillermo Contreras y otros vs Sociedades Mercantiles AVIATUN S.A. ATOVEN, C.A ATUMAR S.A. y AVENCATUN S.A). Sentencia N° 25, Exp. 2011/413, del 26 de junio de 2013.
<http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

I. Integrantes del Consejo de Facultad

Para el período académico 2019_2020 el Consejo de la Facultad estuvo conformado de la siguiente manera: **Salvador Yannuzzi**, Decano; **María Virginia Alarcón**, Directora de la Escuela de Derecho sede Guayana; **Milena Liani**, Directora de la Escuela de Derecho, sede Caracas; **Ninoska Rodríguez**, Directora de Postgrado de Derecho; **Aura Yanesky Lehmann**, Directora del Centro de Clínica Jurídica; **Eduardo Trujillo**, Director del Centro de Derechos Humanos; **Miguel Mónaco**, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas; **Benigno Alarcón**, Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno; **Marcos Carrillo** y **Alfredo Abou-Hassan**, representantes del rector; **Isabel María Maurera Pérez**, **Gerardo Fernández** y **José Valentín González**, representantes de los profesores; **Franco Puppio**, representante de los egresados; **María Isabel Linares** y **Antonio José Tarrazzi Vargas**, representantes de los estudiantes.

II. Comunicados

Comunicado de respaldo al pronunciamiento de las academias nacionales contra la inconstitucionalidad de un nuevo régimen electoral universitario y el cese de las funciones de las autoridades universitarias en fraude a la garantía constitucional de la autonomía universitaria. Aprobado en la sesión n.º 888 de fecha 09/09/2019, del Consejo de Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Comunicado sobre la irregularidad ocurrida el 5 de enero en la elección de la Junta Directiva de la Asamblea. Aprobado en la sesión n.º 895 de fecha 13/01/2020, del Consejo de Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Comunicado sobre los “decretos constituyentes” que pretenden modificar el Código Orgánico Tributario (COT), Ley Orgánica de Aduanas (LOA), Ley de Impuesto al Valor Agregado (LIVA), publicados en la Gaceta Oficial n.º 6507 de fecha 29 de enero 2020. El proyecto fue elaborado por el profesor Alberto Benshimol, y Aprobado en la sesión n.º 898 de fecha 10/02/2020, del Consejo de Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Se extendió una nota de especial agradecimiento al profesor Alberto Benshimol por su valiosa colaboración académica.

III. Reformas de programas y de la normativa interna de la universidad propuestas por la Facultad

- 1. Reforma del artículo 4 del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho:** El Consejo aprobó, en sesión n.º 888 del 09/09/2019, la propuesta de solicitar al Consejo Universitario la reforma del literal c del artículo 4 del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho, a los fines de ampliar, por un semestre adicional, el número de semestres respecto de los cuales los alumnos podrán cursar materias de manera simultánea.
- 2. Reforma de la Decisión de Gobierno sobre Requisitos y Lineamientos para la Selección y Formación de Preparadores y Asistentes de Cátedra (CF 706 15/11/10).** El Consejo de la Facultad aprobó en su sesión n.º. 891 del 21/10/2019 la propuesta de Reforma de la Decisión de Gobierno sobre Requisitos y Lineamientos para la Selección y Formación de Preparadores y Asistentes de Cátedra (CF 706 15/11/10).
- 3. Reforma de la Decisión de Gobierno CF 678 29/06/09: Sobre Control de Asistencias de Estudiantes.** El Consejo de la Facultad aprobó en su sesión n.º 891 del 21/10/2019 la propuesta de Reforma de la Decisión de Gobierno CF 678 29/06/09: Sobre Control de Asistencias de Estudiantes.
- 4. Reforma Reglamento de Seminarios de la Facultad de Derecho:** El Consejo de la Facultad aprobó en su sesión n.º 891 del 21/10/2019 la propuesta de reforma del Reglamento de Seminarios de la Facultad de Derecho, aprobándose las siguientes modificaciones
- 5. Reforma de la malla curricular:** El Consejo de la Facultad aprobó en su sesión n.º 893 del 18/11/2019 la propuesta de reforma del plan de estudios y malla curricular de la Carrera:

CÁTEDRA	REFORMA
Identidad, Liderazgo y Compromiso I.	Modificación de la ubicación de la asignatura en la malla curricular, del segundo semestre (donde se encuentra actualmente) para el primer semestre.
Identidad, Liderazgo y Compromiso II	Modificación de la ubicación de la asignatura en la malla curricular, del tercer semestre (donde se encuentra actualmente) para el segundo semestre.
Teoría Política I	Modificación de la ubicación de la asignatura en la malla curricular, del primer semestre, al tercer semestre.
Comprensión Lectora y Redacción	Modificación de la taxonomía: pasar de la TA6 (instrumental ejercitación) a la TA8 (curso-taller)
Redacción de Textos Jurídicos	

Derecho de Familia	Modificación de la ubicación de la asignatura en la malla curricular, del noveno semestre al séptimo semestre)
Electiva	Modificación de la ubicación de la asignatura en la malla curricular, del séptimo semestre al noveno semestre.
Innovación y Emprendimiento	Inclusión en la malla curricular y pensum de la asignatura en el séptimo semestre

- 6. Reforma al Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho:** El Consejo de la Facultad aprobó en su sesión n.º 893 del 18/11/2019 la propuesta de reforma del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho, con ocasión a la reforma del Plan de Estudios de la Carrera y de la malla curricular, aprobándose el ajuste de las unidades créditos de la carrera (312 UC); se mantiene la no prelación de asignaturas, excepto las materias Identidad, Liderazgo y Compromiso II, si así declarada institucionalmente; y Clínica Jurídica II. Por otra parte, se modificó la ubicación, en la malla curricular, de las asignaturas siguiente: Identidad, Liderazgo y Compromiso I, del segundo al

primer semestre; e Identidad, Liderazgo y Compromiso II: del tercero al segundo semestre; Teoría Política que pasa del primer al tercer semestre; Derecho de Familia, del noveno al séptimo semestre; Electiva, del séptimo al noveno semestre. Por otro lado, se aprobó la incorporación de una nueva unidad curricular transversal denominada Innovación y Emprendimiento.

- 7. Reforma de los artículos 1 y 5 del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho:** en su sesión n.º 898 del 10/02/2020, el Consejo de la Facultad decidió la eliminación, por el momento, de la aprobación del Examen Final de la Carrera como requisito de egreso. Esta reforma no obsta, en lo absoluto, para que en otro momento, que se juzgue más oportuno, el Consejo de la Facultad acuerde incorporar nuevamente al Examen Final de la Carrera como requisito de egreso.

IV. Internacionalización

1. **Convenio de Doble formación en Pregrado en Derecho - Grado en Derecho y Máster Universitario de Acceso a la Abogacía** entre la UCAB (Venezuela) y la universidad Antonio de Nebrija (UNNE) (España).
2. Realización de eventos con invitados y/o alcance internacional:
 - Foro: Ausencia de Libertades Políticas. Problema Ético en la Venezuela Actual. (En el marco del Global Ethics Day 2019 – Carnegie Council). Profesores Pedro González Caro; León Hernández; Argelia Perozo.
 - Jornadas de Competencias Internacionales. Profesores Enrique Torrealba; Valentina Troconis; Carlos Vargas; Ignacio Andrade; Carlos Egaña; Oscar Patiño; Carlos E. Egaña; Simón Gómez; Daniela Suarez; Marianna Romero; Edward Pérez; Harold Miñarro.
 - Charla: Duolingo, un mundo de idiomas a tu alcance. Profesores Eskeiver Robles (Duolingo Ambassador); Argelia Perozo.

- Webinar: Minería Espacial. Un análisis jurídico, empresarial y político de esta actividad en Venezuela. Transmisión del Webinar
- I Seminario de Derecho Marítimo. Profesores Salvador Yannuzzi; Rafael Reyero Álvarez; Aurelio Fernández-Concheso; Vistor Hugo Gerra; Gustavo Omaña Parés; Laura Ugarte; José Vilar Bouzas; Rafael Díaz Oquendo; Bernardo Bentata Rieber; María Carolina Romero; Lila Olveira Hernández; Ana Mary Ramírez; Wanadi Molina; Juan José Itriago; Ricardo Henríquez Larrazabal; Juan José Bolinafa Serfaty
- Foro Chevening: Justicia Transicional. Profesores Luis Cedeño; Cristal Palacios; Noemí Pérez. Talleres: Foro Chevening.
- Charla especial sobre la Constitución de la India. Prof. Miguel Mónaco.
- Tertulias de Derecho Internacional: La República Árabe Saharaui Democrática – Autodeterminación de los pueblos y reconocimiento internacional. Adalberto Urbina y Emb. Mohamed Salem. Webinar: Libertad sindical: nuevos desafíos - Profesores César Carballo y Humberto Villasmil
- Webinar: Transporte Marítimo en tiempo del virus – Prof. Gustavo Omaña.
- Webinar: Los Contratos Marítimos en tiempos del virus – Prof. r Aurelio Fernández Concheso.
- Webinar: Los Seguros Marítimos en tiempos del virus – Prof. Juan José Itriago.
- Webinar: El Trabajo Marítimo Internacional en tiempos del virus – Prof. Wanadi Molina.
- Webinar: El concepto de personalidad jurídica en el siglo XXI. ¿Volverán los buques a considerarse persona? – Prof. Juan José Bolinaga.
- Conversatorio virtual sobre el coronavirus y su incidencia en los seguros marítimos y clubes de P&I - Varios Abogados UCAB Internacionales.
- Conversatorio virtual sobre el coronavirus y su incidencia en los seguros marítimos y clubes de P&I (2da. Parte) - Varios Abogados UCAB Internacionales.

- Foro sobre la incidencia del Virus Covid 19 en el Transporte Marítimo - Varios Abogados UCAB Internacionales.
- II Foro sobre la incidencia del Virus Covid 19 en el Transporte Marítimo - Varios Abogados UCAB Internacionales

V. Eventos

Además de los eventos reseñados en el epígrafe anterior con alcance internacional, se llevaron a cabo los siguientes eventos nacionales:

- Charla: Legalidad de las nuevas prácticas de los condominios. Cobros en moneda extranjera e indexación de deudas. Prof. Daniel Natale
- Charla: Empresas Familiares. Problemas Societarios. Prof. Mario Bariona Grassi.
- Webinar: Consecuencias de la declaratoria del Estado de Alarma en las relaciones laborales - Prof. César Carballo.
- Efectos prácticos del Decreto de Estado de Estado Alarma y la cuarentena, por la pandemia del covid-19, en la relación de trabajo - Prof. Carlos Henríquez.

VI. Nuestros profesores

A. Ascensos

El **profesor Jaiber Núñez** ascendió a la categoría de profesor **Asistente** con la aprobación de su trabajo de ascenso intitulado *El derecho a la libertad de expresión en las Constituciones de América*.

El **profesor Rafael Gerardo Fernández** ascendió a la categoría de profesor **Agregado**, con la aprobación de su trabajo de ascenso intitulado *La búsqueda de un nuevo sistema de gobierno para Venezuela. Del presidencialismo exacerbado, autocrático, inestable e ineficaz a un sistema semipresidencial, y recibido por la Facultad de Derecho el 4 de octubre del presente año*.

El **profesor Francisco Jiménez Gil** ascendió a la categoría de profesor **Agregado**, con la probación de su trabajo de ascenso intitulado *Aspectos Probatorios en procedimiento oral civil*.

B. Jubilaciones

En la Escuela de Derecho sede Caracas, en el período académico 2019 – 2020, se jubilaron los siguientes profesores, luego de una larga y fructífera trayectoria académica de más de 30 años: 1) **Profesor Luis García Montoya**, en las asignaturas de Derecho Mercantil y Derecho Civil, tanto de pregrado como se postgrado: y 2) **Profesor José Pedro Barnola Quintero**, en las asignaturas de Derecho Procesal Civil, así como Deontología Jurídica.

En la Escuela de Derecho sede Guayana, el **profesor Francisco Álvarez Chacín** se jubiló a partir del semestre septiembre – enero 2019/2020.

C. Fallecimientos

Durante el período académico 2019 – 2020, El Consejo tuvo la lamentable noticia del fallecimiento de siguientes los profesores, respecto de los cuales se guardó, en la sesión correspondiente del Consejo de la Facultad, un minuto de silencio y palabras de reconocimiento sus trayectorias académicas:

- **Profesor Ludwig Schmidt Hernández**, quien formó parte del personal de planta de la Escuela de Derecho durante más de 15 años.
- **Profesor jubilado Rafael Narciso Ortiz Ortiz**, quien tuvo una muy destacada carrera profesional y académica. La cátedra de Filosofía del Derecho de esta Facultad, representada por el profesor Carrillo, manifestó “de manera muy especial y sentida a este sencillo homenaje que se realiza al profesor por medio del minuto de silencio que se guarda el inicio de esta sesión del Consejo de la Facultad” (acta n.º 904 del 04/05/2020).

VII. Competencias Nacionales e Internacionales

Estudiantes de la Facultad de Derecho participaron en las siguientes competencias: Harvard National Model United Nations (HNMUN); Harvard World Model United Nations (WORLDMUN); Latin American Model United Nations (LAMUN); Competencia Internacional "Víctor Carlos García Moreno; Competición de Derecho Penal y Justicia Transicional; Competencia Internacional Eduardo Jiménez de Aréchaga – CEJA; Concurso Internacional de Derechos Humanos (Colombia).

Se registraron premiaciones en las siguientes delegaciones:

- Competencia Internacional Eduardo Jiménez de Aréchaga: 1er Lugar. campeones Mejor orador de rondas preliminares: Georges Mussa.
- Competencia Internacional "Víctor Carlos García Moreno": Tercer lugar de la competencia.
- Concurso Internacional de Derechos Humanos (Colombia): Semifinalistas

Se organizaron las 1ras. Jornadas de Competencias Internacionales (18 y 19 de octubre 2019), con la finalidad de ofrecer herramientas a las diferentes delegaciones.

Debido a la pandemia la mayoría de las competencias se suspendieron.

VIII. GRADUADOS (2019-2020)

Listas de aspirantes para el Acto de Grado programado para el 15 de abril de 2021:

Aguirre Mendoza, Stefanny del Carmen

Alamo Cappellin, Sebastian

Alfonzo Giménez, Juan Andrés

Andrade Piñango, Gabriela Caridad

Arias Molina, Estephania Micaela

Aveledo Acosta, Gustavo Alberto

Belisario Baritto, María Alejandra

Betancourt Briceño, Susana Margarita

Bontes Borges, Valeria Valentina

Caipo Campos, Teresa Elizabeth

Caldeira Freire, Augusto Brayan

Carrero Bellorín, Carlos Eduardo

Castro Díaz, Diana Carolina

Chaves Filizzola, Anna Gabriela

Contreras Blanco, José Gregorio Elías de Jesús

Da Silva Parra, Marian Alejandra

Da Silva Rivas, Alejandra

De Jesús Pestana, Liliana Cristina

Di Pentima Rodríguez, Thais Alejandra

Felix Mendoza, Alfredo Miguel

Flores Sánchez, Reidy Enmanuel

Floréz Pérez, Jesús Alfonso

Galaviz Alviárez, Yusbelis Natibel

Gómez Hernández, Alvaris Joannelly de Fátima

Gómez Rivera, Valentina

Gómez Zapata, Ivanova del Valle

Guerrero Castañeda, Alicia Esther

Hernández Araujo, Magdalena de San José

Linarez Díaz, María Fernanda

Martínez Castillo, Sandra Zharay

Marzullo Linares, Pascual Valentino

Mejia Gelves, José Andrés

Meléndez Ramírez, Andrea de los Angeles

Mendoza Cabrera, Evagernid

Molero Palacios, Winker Reinier

Morales Suárez, Samuel David

Moreno López, Yeliana Raquel

Navas Ibarra, Sarai Vanessa

Nieves Olivero, Valery Andreína

Palacios Carrero, Luis Eduardo

Petit Mayor, Rafael Mauricio

Prado Durán, Diana Elizabeth

Quiñones De Abreu, Rafael Eduardo

Ramírez Giraldo, Melkris Mileiby

Recio Pamphill, Odexa Carina

Ribeiro Da Corte, Gibson Andrés

Ríos Umbría, Alfre Junior

Rodríguez Rivera, Blanca Elena

Rodríguez Salazar, Vanessa María Benedicta

Román Ortega, José Antonio

Russo Gil, Orianna Valentina

Sánchez Pérez, Abraham Ricardo

Segnini García, Isai Iasi

Soler Zambrano, Hjalmar Daniel

Soto Gómez, Marcos Antonio

Suárez González, Annazarjath Salomondie de Jesús

Tapia Chacaltana, Luis David

Tavares De Freitas, María Goretti

Torrealba Contreras, Carlos Alberto

Vásquez Becerra, Freiverlin Daniela

Viceconte Vallebona, Elizabeth

Villafranca Hernández, Angela Valentina

Villarroel Rangel, Marbelis del Valle

Wulff Matos, Isabella María

Zamora Muentes, Johan Robert

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO-UCAB

Carácter de los artículos: Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas. La Revista de la Facultad de Derecho no está en obligación de publicar ningún trabajo recibido. Los autores que decidan postular sus investigaciones en la Revista de la Facultad de Derecho ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así mismo ceden el derecho de explotar y usar las investigaciones en subsiguientes publicaciones. Si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a la Revista.

Autores: Se admiten para su consideración, artículos de Profesores, Estudiantes y Egresados de la Facultad de Derecho de la UCAB, así como personas ajenas a la Facultad que tengan interés en los temas jurídicos que trata la Revista.

Número de autores por artículo: La Revista de la Facultad de Derecho admite artículos redactados de forma individual o por varios autores.

Consignación de los artículos: Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico rfderecho@gmail.com.

Arbitraje: Todos los artículos consignados y que cumplan con los criterios de forma, serán sometidos a arbitraje doble ciego por parte de un árbitro experto en el tema designado a tal efecto por la Revista, el veredicto de los árbitros es de carácter definitivo e inapelable y será notificado al autor antes de la publicación de la edición correspondiente.

Edición y corrección de estilo: El autor del artículo consignado ante la revista, acepta la posibilidad de que en el transcurso de las labores de edición y corrección de estilo, puedan

ocurrir modificaciones de redacción, puntuación, ortografía y demás elementos relacionados con la forma y estilo del artículo para su posterior publicación en la revista.

Idioma de los artículos: Se admiten artículos en idioma castellano o inglés.

Resumen: el manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en castellano e inglés de unas 10 líneas que sinteticen, de manera breve, el contenido del artículo. Igualmente, debe incluir en dicho resumen las palabras claves en idioma castellano e inglés.

Estructura: el artículo debe contar con: Portada (ver Anexo "A"); Introducción; Conclusiones y Bibliografía.

Letra (fuente): Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.

Tamaño de la letra (puntaje): Use letra de 12 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y de 10 puntos en las notas a pie de página.

Espacio entre renglones (interlineado): Interlineado 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.

Alineación del texto: Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

Programas de las imágenes: Las imágenes deben entregarse fuera del archivo de Word en formatos .jpg de alta resolución (no inferior a 300 dpi). Las gráficas estadísticas deben presentarse en el programa Microsoft Excel para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013), con las extensiones .xls o .xlsx. Al entregar el archivo original de Word, entregue también las imágenes y gráficas estadísticas en los programas originales donde fueron elaborados. Esto significa que en el manuscrito, escrito en Word, que se debe entregar deben ir incluidos tanto las imágenes como los gráficos y cuadros estadísticos.

Tablas y Cuadros: entregarlos en escala de grises. Colocar la fuente de la tabla al pie de la misma, alineada a la izquierda y en 10 puntos. Lo mismo rige para los Cuadros.

Orientación de la hoja: Use las hojas en sentido vertical, a menos que incluya tablas muy anchas, en ese caso, las páginas donde aparezcan esas tablas pueden ir en formato horizontal.

Citas largas: Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios –igual que la primera línea de los párrafos del texto– y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.

Notas a pie de página: En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 10 puntos.

Tipo de cita: Estilo CHICAGO DEUSTO a pie de página, se debe de mantener a lo largo de todo el texto. (Ver manual anexo)

Referencias bibliográficas: escribálas con el mismo tipo de letra, interlineado y alienación que los párrafos.

Mayúsculas: use las mayúsculas habituales, es decir, al comienzo de una oración y en los nombres propios. No sature su texto de mayúsculas. El corrector de estilos se encargará de revisar detalladamente.

Letra cursiva: use letra cursiva o itálica para destacar una palabra o una expresión corta, nunca para destacar oraciones ni párrafos; para diferenciar citas textuales; y para diferenciar las palabras escritas en otro idioma.

Letra negrita: solo debe usar la letra negrita para los títulos y subtítulos. Dentro de los párrafos nunca debe haber letra negrita. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.

Subrayado: no lo use. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.

Modelo de portada del artículo.

TÍTULO DEL ARTÍCULO (Times New Roman 14ptos.)

Autor (Times New Roman 14 ptos.)

Biografía del autor (Opcional) (Times New Roman 09 ptos. no más de cuatro líneas)

Resumen

XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX

Palabras clave: XXX

TÍTULO DEL ARTÍCULO Inglés (Times New Roman 14 ptos.)

Abstract

XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX
XX

Keywords: XXX

Modelo de estructura del artículo

INTRODUCCIÓN

XX
XX.

(...)

I. TITULO DEL CAPITULO

Subtitulo del capítulo(s)

XX
XX
XX²

"XX
XX
XX
XX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX" ¹

XX
XX

(...)

CONCLUSIONES

(...)

BIBLIOGRAFIA

¹ XXXXXXXXXXXXXXX