

Revista de la Facultad de Derecho

Año 2020-2021. N° 75

***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° 75.

Año 2020-2021

ISSN: 0255-5328 / ISSN-E: 2790-5152

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*

Jesús María Casal	Gerardo Fernández
María Virginia Alarcón	José Valentín González
María Lidia Álvarez Chamosa	Franco Puppio
Ninoska Rodríguez	Roselis Díaz De Freitas
Aura Yanesky Lehmann	Samuel Elías Dávila F
Eduardo Trujillo	
Benigno Alarcón	
César Augusto Carballo	
Marcos Carrillo	
Alfredo Abou-Hassan	
Isabel María Maurera Pérez	

*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 Aveledo
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 Henrique Cottín	Mario Bariona	
Corina Yoris	Liliana Fasciani	Pedro Berrizbetia	
Daniela Urosa	Luis Alfonso Herrera	Pedro Jedlicka	

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

Teléfonos: 0212 4074238 – 4074237. [www.ucab.edu.ve](http://www.ucab.edu.ve)

<https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/issue/view/511>

Depósito Legal: If196502DF289 / Depósito Legal versión electrónica: DC2018000268

Dirección para el envío de correspondencia y canje:

[rfderecho@gmail.com](mailto:rfderecho@gmail.com)

Correos electrónicos para el envío de trabajos:

[rfderecho@gmail.com](mailto: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° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

## ÍNDICE

### Editorial

José Ignacio Hernández y Jaiber Alberto Núñez Urdaneta.....pág. 6

### Derecho Público

El rapto del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo venezolano

José Ignacio Hernández G.....pág. 15

Estudiar la filosofía liberal a través de la obra de Alfredo Morles Hernández.

Andrea Rondón y Nasly Ustáriz.....pág. 48

La enseñanza del derecho constitucional en Venezuela.

Carlos Ayala Corao.....pág.69

La regulación de las «FINTECH» en Venezuela.

Serviliano Abache Carvajal.....pág. 101

El proyecto de Ley Orgánica de Ciudades Comunales. Nueva fase: En la construcción del Estado comunal paralelo al constitucional.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi.....pág. 141

La teoría de Maquiavelo como inspiración a las corrientes de la naturaleza jurídicas de los estados de excepción.

Mariana Campos Villalba.....pág. 160

La posición jurídica de las instituciones bancarias frente a las operaciones de intervención cambiaria impuestas por el Banco Central de Venezuela.

Andrea Trocel.....pág. 180

La Tutela Judicial Efectiva en Clave de Derechos Humanos. El Control de Convencionalidad de algunos criterios de la SC-TSJ relacionados con la Tutela Judicial Efectiva.

Bernardo Pisani.....pág. 203

La justicia transicional y los programas de memorialización: Bases para el caso venezolano.

Daniela Suárez.....pág. 250

Discordancia entre la teoría y la praxis jurídica en Venezuela a propósito del dolo en el derecho penal.

Rodrigo Silva Medina.....pág. 287

Perfil y funciones del Compliance Officer en el Derecho Penal Económico contemporáneo. Alejandro Rodríguez.....	pág. 322
Los servicios de salud prestados por las sociedades mercantiles «clínicas e instituciones privadas» y su inmunidad al impuesto sobre las actividades económicas. Julio César Díaz Valdéz.....	pág. 340
La ciudad de las guacamayas, una visión liberal de la ecología jurídica. Alicia Monagas.....	pág. 366

## **Derecho Privado**

El principio de la reserva legal en materia mercantil. Diego Castagnino.....	pág. 393
La contratación internacional en la Ley de Derecho internacional privado venezolana. Una mirada desde los sistemas latinoamericanos. Claudia Madrid.....	pág. 423
Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández. Víctor Hugo Guerra Hernández.....	pág. 474
¿Puede el defensor ad litem quedar confeso? Salvador Yannuzzi.....	pág. 495
El aporte de criptoactivos al capital social de las sociedades anónimas: ¿Posible alternativa? Manuel Romero.....	pág. 549
Viabilidad del otorgamiento del testamento electrónico en Venezuela. Especial referencia a la pandemia Covid-19. Gabriela Cardalda.....	pág. 571
Las proyecciones de la propiedad intelectual frente a la inteligencia artificial: un dilema ético visto desde una perspectiva jurídica. Alejandro Guzmán.....	pág. 599
El control de la convencionalidad en el laudo arbitral. Víctor Jiménez Escalona.....	pág. 623

La arbitrabilidad de la tacha de falsedad de instrumentos públicos. Fidel Castillo.....	pág. 667
Sobre la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil en Venezuela. Giancarlo Carrazza.....	pág. 691
Mecanismo de actualización del valor de obligaciones en moneda extranjera. José Armando Sosa.....	pág. 706
Posibles problemas y preguntas que se plantean en el perfeccionamiento de los contratos a distancia. Sacha Fernández.....	pág. 764

## **Derecho Social**

La convivencia escolar como fenómeno socio-jurídico. Estudio de caso: Escuela Técnica Industrial San José Obrero (eti-sjo) Fe y Alegría – Antímano (municipio Libertador, Distrito Capital, Venezuela). Carla Serrano.....	pág. 803
Forma de pago del salario, legalidad de pago en moneda extranjera, flexibilización y nuevos retos de un salario global. Luis Augusto Azuaje.....	pág. 840
Venezuela y el Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. Angello Peña.....	pág. 858

<b>Crónica de la Facultad de Derecho</b> .....	pág. 890
--	----------

<b>Normas para presentación de artículos para la Revista de la Facultad de Derecho-UCAB</b> .....	pág. 925
---	----------

## EDITORIAL

José Ignacio Hernández y Jaiber Alberto Núñez Urdaneta

La edición N° 75 de la Revista de la Facultad de Derecho, en honor al profesor Alfredo Morles Hernández, cuenta con veintiocho artículos, trece de ellos relacionados con el Derecho Público, doce artículos sobre instituciones propias del Derecho Privado y tres contribuciones ubicadas dentro del denominado como Derecho Social.

En este sentido, la decisión editorial de dedicar este número a la memoria del destacado profesor Alfredo Morles Hernández, si bien fue sencilla de tomar dado el respeto y sincera admiración que suscita su persona dentro de la Facultad de Derecho, no es menos cierto que representa una mayor responsabilidad tanto para los autores que generosamente han decidido participar en esta edición, como para todos los miembros del equipo editorial que buscan con este sencillo homenaje, reconocer la trayectoria de tan destacado jurista.

Con un claro sentido de justicia y gratitud, vale la pena destacar el homenaje que aun en vida recibiera el Dr. Alfredo Morles Hernández, con el otorgamiento del título de Doctor Honoris Causa en Derecho por parte de la Universidad Católica Andrés Bello, el 25 de abril de 2017. Un merecido reconocimiento a sus aportes como Decano de la Facultad de Derecho (1975-1980) y como miembro fundador del Centro de Investigaciones Jurídicas, precursor del actual Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB. En el discurso pronunciado ese día -y publicado en esta *Revista*- el profesor Morles reflexionaba sobre nuestra Universidad:

“En este contexto universal se desenvuelve la Universidad Católica Andrés Bello y la acción de sus docentes e investigadores desde 1953: el universo intelectual se ve desde un balcón llamado Venezuela; desde ese lugar se mira el panorama mundial; a través del mismo penetran los aires que traen las novedades y desde ese sitio se desciende a la tierra para participar en el acontecer común y en la construcción de una reflexión y de un pensamiento propio”

Ahora bien, más allá de todos los reconocimientos anteriormente señalados y de todos los demás que merece el desarrollo de su destacada carrera profesional en el mundo del Derecho Mercantil, no queríamos dejar pasar por alto su faceta de articulista de esta Revista, en la cual podemos ubicar hasta cinco artículos de su autoría. El primero de ellos en la Edición N° 9 (1970) intitulado “*El seguro de riesgo subjetivo*”; el segundo en la Edición N°

12 (1971), intitulado “*La autonomía del contrato de descuento y la jurisprudencia venezolana*”; luego en la Edición N° 16 (1973) publicó “*Algunos aspectos del régimen de la oferta pública de títulos valores en Venezuela. Análisis de la Ley del Mercado de Capitales*”; en cuarto lugar en la edición en la Edición N° 25 (1978) “*En torno a la reforma del Código de Comercio*” y en quinto lugar el “*Homenaje al Dr Jorge Barrera Graf*” presente en la Edición N° 41 (1989) de la Revista.

Del mismo modo vale la pena destacar la reseña de los primeros tres tomos de la obra su obra fundamental titulada *Curso de Derecho Mercantil* elaborada para la Edición N° 53 (1998) y finalmente -como señalamos- la transcripción del discurso con ocasión al Doctorado Honoris Causa ubicado en la Edición N° 71 (2017) de la Revista de la Facultad de Derecho. Es por todo ello que esta Edición N°75 ha de servir al noble propósito de enaltecer la memoria de una persona que sigue marcado con su trabajo y sabiduría a diferentes generaciones de abogados y juristas, quienes buscan a través de sus textos una mirada profunda pero al mismo tipo didáctica del Derecho Mercantil.

Ahora bien, en cuanto a los artículos aprobados para esta edición de la Revista dentro del campo del Derecho Público, se destacan, en primer lugar, bajo el sugerente título “*El Rapto del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo venezolano*” el profesor José Ignacio Hernández plantea que el Derecho Mercantil fue secuestrado por el Derecho Administrativo debido a la expansión del Derecho Administrativo impulsada por el Petro-Estado, en conjunto con la destrucción de los mecanismos de mercado, lo que en opinión del autor, ha traído como consecuencia, que las actividades económicas se ordenan con base en una regulación de naturaleza administrativa y un claro carácter coactivo que desnaturaliza la autonomía privada propia del Derecho Mercantil.

En segundo lugar el artículo de las profesoras Andrea Rondón García y Nasly Ustáriz Forero, titulado “*La filosofía liberal a través de la obra de Alfredo Morles Hernández*” busca dar una nueva mirada a la prolija obra del profesor Morles Hernández. Al respecto, las autoras escogieron algunos textos emblemáticos del autor siendo analizados desde la filosofía liberal, destacando que los textos del profesor Morles representan un referente a

tomar en cuenta para todos aquellos que defienden el respeto a la autonomía de la voluntad privada frente a la pretensión de una mayor intervención del Estado.

En tercer lugar, *“La enseñanza del Derecho Constitucional en Venezuela”* escrito por el destacado profesor Carlos Ayala Corao nos relata los orígenes de la enseñanza del Derecho Público en Venezuela estrechamente vinculados con el estudio del Derecho Español y Eclesiástico y su posterior evolución producto del proceso de independencia; la consolidación republicana y el desarrollo imperfecto de una democracia moderna. Para ello, el autor repasa de manera clara y didáctica diferentes épocas históricas, a través del relato sobre destacados autores e instituciones que han marcado el estudio del Derecho Público en Venezuela.

Por otro lado, el artículo titulado *“La regulación de las «FINTECH» en Venezuela”* escrito por el profesor Serviliano Abache Carvajal analiza críticamente la regulación de este novedoso sector económico en Venezuela, desde la perspectiva del derecho constitucional a la libertad de empresa y el posible impacto que tendría dicha regulación sobre la innovación y desarrollo económico futuro.

Igualmente es necesario reseñar el valioso aporte titulado *“El Proyecto de Ley de Ciudades Comunes. Nueva fase: en la construcción del Estado comunal paralelo al Constitucional”* del destacado profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi, el cual analiza el socavamiento de las instituciones y estructuras constitucionales previstas en la constitución de 1999 debido a la pretensión de implantar el Modelo de Estado Comunal en Venezuela.

Por otra parte, la profesora Mariana Campos Villalba analiza en su artículo titulado *“La teoría de Maquiavelo como inspiración a las corrientes de naturaleza jurídica de los estados de excepción”* un interesante tema como lo es la raíz e inspiración histórica que existe en opinión de la autora entre la teoría transversal de Maquiavelo y los autores contemporáneos que explican la naturaleza jurídica de los estados de excepción.

Mientras tanto, la profesora Andrea Trocel Yabrudy en su artículo titulado *“La posición jurídica de las instituciones bancarias frente a las operaciones de intervención cambiaria impuestas por el Banco Central de Venezuela (BCV)”* abordó la ausencia de



fundamentos jurídicos de las operaciones de “intervención cambiaria” ejecutadas por el BCV unilateralmente, así como las repercusiones que éstas tienen frente al derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad de las instituciones del sector bancario.

Por su parte, el profesor Bernardo Pisani Ruiz, en su artículo *“La Tutela Judicial Efectiva en clave de Derechos Humanos. El control de convencionalidad de algunos criterios de la SC-TSJ relacionados con la Tutela Judicial Efectiva”*, analiza el tema de la tutela judicial efectiva, como derecho y garantía procesal, el cual encuentra su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos; por lo cual en opinión del autor, su interpretación y aplicación en el orden interno, deben ajustarse a los estándares del sistema de protección de derechos humanos.

En otro orden de ideas, la abogada Daniela Suárez Orellana en su artículo *“La justicia transicional y los programas de memorialización: bases para el caso venezolano”* desarrolló la importancia de la preservación de la memoria histórica y la forma en la que ésta se relaciona con la justicia transicional. Asimismo, planteó algunas importantes consideraciones sobre el diseño inicial e implementación de los programas de memorialización en Venezuela.

Por otro lado, el autor Rodrigo Silva Medina nos explica en su artículo titulado *“Discordancia entre la teoría y la praxis jurídica en Venezuela a propósito del dolo en el Derecho Penal”*, que la jurisprudencia y la doctrina defienden que el dolo está compuesto por el conocimiento y la voluntad de la realización del hecho típico. Sin embargo, de forma contradictoria frente a este criterio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se ha conformado con la prueba del conocimiento a la hora probar el dolo en el proceso penal.

En cuanto al artículo titulado *“Funciones y perfil del compliance officer en el derecho penal económico contemporáneo”* del autor Alejandro J. Rodríguez Morales, parte del análisis de las funciones que está llamado a desempeñar a lo interno de la empresa el oficial de cumplimiento, destacando la importancia estratégica de este cargo dentro del funcionamiento efectivo y adecuado de todo el sistema de gestión de cumplimiento.

Por su parte, el autor Julio Díaz Valdéz en su artículo titulado *“Los servicios de salud prestados por las sociedades mercantiles «clínicas e instituciones privadas» y su no sujeción*

*al impuesto sobre las actividades económicas*”, pretende demostrar la no sujeción al Impuesto sobre Actividades Económicas de Industrias, Comercio, Servicios o de índole similar (ISAE), de los servicios prestados de salud por las clínicas e instituciones privadas, por no estar revestidas de carácter mercantil, lo cual constituye una condición indispensable para configurar el hecho imponible y originar en consecuencia el nacimiento de la obligación tributaria.

Por otro lado, el artículo titulado *“La ciudad de las guacamayas: una visión liberal de la ecología jurídica”* escrito por la profesora Alicia Monagas de Masiá pretende modelar una ecología jurídica desde la perspectiva de la filosofía liberal, para lo cual aborda el tema de la propiedad como eje central de la construcción de sociedad libre que como consecuencia de la procura de su propio interés desarrolla mecanismos más eficaces de protección al medio ambiente, frente a la propuesta ambiental colectivista imperante en la actualidad.

Ahora bien, refiriéndonos a los artículos ubicados en la sección de Derecho Privado, encontramos en primer lugar, el artículo del profesor Diego Tomás Castagnino titulado *“El principio de la reserva legal en materia mercantil”* tiene por finalidad explicar el principio constitucional de la reserva legal mercantil en Venezuela, reseñando las distintas posiciones en torno a la posibilidad de delegar la facultad legislativa a favor del Presidente de la República, y enumerando las diversas irregularidades que en opinión del autor han ocurrido durante el ejercicio de leyes habilitantes, proporcionando recomendaciones para el futuro.

En segundo lugar, el artículo titulado *“La contratación internacional en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Una mirada desde los sistemas latinoamericanos”*, escrito por la profesora Claudia Madrid Martínez, analiza las soluciones que desde la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana se ofrecen en materia de contratos internacionales, comparando dichas soluciones con las disposiciones previstas dentro del contexto latinoamericano comparado.

En tercer lugar, el artículo titulado *“Rol del derecho comparado en los procesos de codificación nacional. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández”* escrito por el abogado Víctor Hugo Guerra Hernández, explica como la era global ha reforzado la importancia que

tiene el Derecho Comparado en los procesos de revisión y codificación nacional. En este sentido, destaca el autor como el fenómeno del multilateralismo suma soluciones novedosas al panorama regulatorio.

Por su parte, el destacado profesor Salvador R. Yannuzzi Rodríguez titula su artículo con una interesante pregunta “*¿Puede el defensor ad litem quedar confeso?*”, a través de la cual parte una investigación en donde el autor valora las implicaciones que tendría para el derecho a la defensa del demandado, la posibilidad de que un defensor de oficio (defensor ad-litem) no cumpliera el encargo asignado, pudiendo dejar confeso al demandado que no ha sido posible localizar.

Por otra parte, el trabajo de Manuel Alejandro Romero Zapata titulado “*El aporte de criptoactivos al capital social de las sociedades anónimas: ¿posible alternativa?*”, explica cómo la aparición de los criptoactivos constituye un elemento financiero inédito en los mercados internacionales, lo cual abre un universo de nuevas oportunidades, dentro de las que destaca la posibilidad de constituir sociedades mercantiles cuyo capital social reciba aportes a través de criptoactivos.

En otro orden de ideas, el artículo titulado “*Viabilidad del otorgamiento del testamento electrónico en Venezuela. Especial referencia a la pandemia COVID-19*” escrito por la abogada Gabriela C. Cardalda F, parte del análisis del testamento como un acto jurídico trascendental, el cual no solo se incluye la disposición sobre los bienes de del cujus, sino además incluye las denominadas disposiciones de última voluntad. En este sentido, la autora analiza los cambios observados en la actualidad sobre la figura del testamento a raíz de la aparición de las nuevas tecnologías de la información.

Por otro lado, el autor Alejandro Guzmán en su artículo titulado “*Las proyecciones de la propiedad intelectual frente a la inteligencia artificial: un dilema ético visto desde una perspectiva jurídica*” analiza las implicaciones que tiene el desarrollo de la inteligencia artificial en el registro masivo de patentes relacionadas con sistemas computarizados, lo cual ha permitido observar situaciones inéditas tales como las invenciones creadas por inteligencia artificial.

Por su parte, el autor Víctor Jiménez Escalona, en su artículo titulado *“El control de la convencionalidad en el laudo arbitral”* destaca como la actividad del árbitro, al momento de dictar el laudo en los procesos arbitrales institucionales de derecho, es semejante a la del juez ordinario quien tiene la obligación de motivar adecuadamente su decisión. Es por ello que el autor aborda el tema del control de convencionalidad desde la perspectiva de la motivación del laudo.

Por otro lado, el profesor Fidel A. Castillo Gómez en su artículo titulado *“La arbitrabilidad de la tacha de falsedad de instrumentos públicos”* analiza la posibilidad de que la tacha de falsedad de instrumentos públicos sea arbitrable en aplicación del estándar vigente en Venezuela y el respeto a los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y el de autonomía del acuerdo de arbitraje.

Del mismo modo, el autor Giancarlo Carrazza en su artículo titulado *“Sobre la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil en Venezuela”* busca identificar ciertos consensos doctrinales los cuales en opinión del autor, configuran el panorama actual de la relación de causalidad en el derecho venezolano.

Por su parte, José Armando Sosa en su artículo titulado *“Mecanismos judiciales de actualización del valor de obligaciones en moneda extranjera en Venezuela. Análisis jurisprudencial”* abre la discusión sobre cómo actualizar el valor de obligaciones pactadas en moneda extranjera, a través de una aproximación acerca de lo que debería ser desde el punto de vista legal y doctrinario en conjunto con la perspectiva económica o contablemente. Del mismo modo, el autor analiza la forma en la cual los tribunales venezolanos han asumido hasta la fecha la forma de calcularlo, la aplicación de tasas cambiarias, intereses de diverso tipo y las modalidades de indexación.

Finalmente, *“Posibles problemas y preguntas que se plantean en el perfeccionamiento de los contratos a distancia”*, es el título elegido por la autora Sacha Rohán Fernández Cabrera, la cual analiza las implicaciones jurídicas que tienen en la vida cotidiana el uso de nuevas tecnologías, motivo por el cual cobra especial relevancia el poder determinar de forma objetiva, el momento en el cual se perfecciona el contrato, para de esta manera poder establecer el momento en que surgen los derechos y obligaciones respectivas.

En otro orden de ideas, la sección de Derecho Social tiene tres valiosos aportes, de los cuales, el primero de ellos, titulado *“La convivencia escolar como fenómeno socio-jurídico. Estudio de caso: Escuela Técnica Industrial San José Obrero (ETI-SJO) Fe y Alegría – Antímano (Municipio Libertador, Distrito Capital, Venezuela)”* de la destacada profesora Carla Serrano Naveda, analiza el tema de la convivencia escolar desde la experiencia observada en la Escuela Técnica Industrial San José Obrero. Al respecto la autora explica el diseño metodológico utilizado en el respectivo trabajo de campo y los resultados obtenidos en relación a temas tan relevantes como los acuerdos de convivencia escolar y el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes.

En segundo lugar, el artículo titulado *“Forma de pago del salario, legalidad de pago en moneda extranjera, flexibilización y nuevos retos de un salario global.”* escrito por Luis Augusto Azuaje Gómez nos relata cómo la coyuntura económica en Venezuela ha traído consigo nuevos retos dentro de las categorías jurídicas reguladas por el derecho del trabajo, señalando además como estos retos se mantienen bajo la dinámica de una economía vulnerable, que busca recomponer, su institución más trascendental, el salario, para que vuelva a tener el carácter protagónico económico, productivo y social.

Finalmente, el artículo titulado *“Venezuela y el Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación”* cuya autoría corresponde al abogado Angello Javier Peña Barrios determina si en Venezuela existe un desarrollo suficiente a nivel constitucional y legal del Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y su cumplimiento. Para ello el autor analiza el concepto de discriminación y sus propiedades desde una perspectiva amplia y en los términos que señala el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

## **DERECHO PÚBLICO**

## EL RAPTO DEL DERECHO MERCANTIL POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

*José Ignacio Hernández G.*

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello  
Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha  
Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School

### Resumen

El Derecho Mercantil venezolano fue secuestrado por el Derecho Administrativo. Primero, por la expansión del Derecho Administrativo impulsada por el Petro-Estado e instituciones como el servicio público. En segundo lugar, como consecuencia del modelo socialista implementado en 2003, que destruyó los mecanismos de mercado. En consecuencia, las actividades económicas no se rigen por una regulación comercial que promueve el libre intercambio de bienes y servicios, sino por una regulación administrativa coactiva que desnaturalizó la autonomía privada. Una condición necesaria para reconstruir los mecanismos de mercado en Venezuela es la liberación del Derecho Mercantil, basado en principios de menor intervención y proporcionalidad.

**Palabras clave:** Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, mecanismos de mercado, autonomía privada, libertad económica.

## THE KIDNAPPING OF COMMERCIAL LAW BY VENEZUELAN ADMINISTRATIVE LAW

### Abstract

The Venezuelan Commercial Law was abducted by the Administrative Law. First, because of the Administrative Law expansion boosted by the Petro-State and institutions such as the administrative contract and the public service. Second, as a consequence of the socialist model implemented in 2003, that destroyed the market mechanisms. As a result, economic activities are not ruled by commercial regulation that promotes the free interchange of goods and services but by coactive administrative regulation that decimated private autonomy. A necessary condition to rebuild the market mechanisms in Venezuela is to liberate the Commercial Law, based on minor intervention and proportionality principles.

**Keywords:** Commercial Law, Administrative Law, market mechanisms, private autonomy, economic freedom

**José Ignacio Hernández G.**

*En recuerdo al profesor Alfredo Morles Hernández*

## **INTRODUCCIÓN**

Uno de los temas que más recurrentemente pudimos conversar con el profesor Alfredo Morles Hernández es lo que aquí denominamos como el “rapto” del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo venezolano. Esto es, la ampliación del Derecho Administrativo al ámbito propio del Derecho Mercantil -el acto de comercio- limitando -y eventualmente, desnaturalizando- la autonomía privada<sup>1</sup>.

Este rapto es resultado, principalmente, de los arreglos formales del Petro-Estado, en virtud de los cuales el Estado venezolano, por medio del Poder Ejecutivo Nacional, capturó el ingreso fiscal petrolero y, posteriormente, controló la realización de las actividades de hidrocarburos. Estos arreglos marcaron la expansión del Derecho Administrativo limitando el ejercicio de la actividad económica, especialmente desde 1939. Luego de la nacionalización petrolera en la década de los setenta, el Petro-Estado influyó en la visión estatista de la economía, en la cual el Estado emergió como el principal actor. El contenido estatista del Derecho Público Económico marcó, así, el inicio del rapto del Derecho Mercantil, pues la realización de los actos de comercio no respondió a la autonomía privada en ejercicio de la libertad económica o libertad de empresa, sino de manera creciente a la regulación administrativa dictada por el Estado, en especial, a través del estado de excepción, que se mantuvo desde 1939 hasta avanzada la década de los noventa.

---

<sup>1</sup> La expresión sobre el “rapto” la hemos empleado antes en Hernández G., José Ignacio, “El Derecho de los Consumidores en Venezuela: un ejemplo del rapto del Derecho Mercantil”, *Revista Foro de Derecho Mercantil* N° 56, 2017, Bogotá, pp. 51 y ss. El tema ha sido tratado en Pascua Mateo, Fabio, *El rapto del Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 95 y ss.



**José Ignacio Hernández G.**

La implementación del modelo socialista a partir del año 2003 marcaría la segunda etapa del rapto del Derecho Mercantil, ahora, por el Derecho Administrativo centrado en el modelo económico socialista. Esto supuso -como denunció el profesor Alfredo Morles Hernández- la aniquilación de la autonomía privada y el desmembramiento del Código de Comercio. El modelo socialista se basó, así, en regulaciones que destruyeron los mecanismos de mercado, o sea, las reglas jurídicas que garantizan los derechos económicos de libertad de empresa, propiedad privada, libertad de contrato y derechos de acceso a bienes y servicios. La destrucción de los mecanismos de mercado terminó siendo una de las principales causas del colapso económico en Venezuela y de la emergencia humanitaria compleja en evolución desde 2017.

Con lo cual, el rapto del Derecho Mercantil no inició con la implementación del modelo socialista, sino que en realidad fue resultado del avance del Petro-Estado y de la voracidad del Derecho Administrativo, que bajo imprecisos títulos de intervención (como el servicio público) redujo el ámbito del Derecho Mercantil sobre el acto de comercio.

Sobre este tema, como decíamos, pudimos conversar ampliamente con el profesor Alfredo Morles Hernández. Desde la cátedra de Derecho Administrativo, este intercambio resultó especialmente útil pues nos permitió reflexionar, críticamente, sobre la voracidad del Derecho Administrativo, que de manera indebida había copado espacios propios del Derecho Mercantil, hasta llegar a su desnaturalización con ocasión a la imposición del modelo socialista. Tal es, precisamente, el tema que trataremos en este artículo.

Para este propósito, el presente artículo queda dividido en dos partes. La primera explica, desde la economía de mercado, cuál debería ser la distinción entre el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil desde la perspectiva del Derecho Económico en Venezuela. La segunda parte explica el rapto inicial del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo, con ocasión al carácter estatista del Derecho Público Económico bajo las instituciones del Petro-Estado durante el siglo XX. Asimismo, se analiza cómo este rapto avanzó con ocasión al modelo socialista, el cual destruyó los mecanismos de mercado y, en suma, contribuyó al colapso económico y a la emergencia humanitaria en Venezuela.

Finalmente, esta parte resume las propuestas para reivindicar la primacía del Derecho Mercantil en el Derecho Económico venezolano.

## **I. LA DISTINCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEL DERECHO MERCANTIL BAJO LA ECONOMÍA DE MERCADO**

### **1. Breve acotación sobre los orígenes históricos de la libertad de empresa y del Derecho Mercantil**

Los orígenes históricos del Derecho Mercantil están asociados con los orígenes de la libertad económica o libertad de empresa, también conocida como libertad de industria y comercio. En concreto, interesa destacar dos de los grandes aportes que la Revolución Francesa tuvo en este sentido, a saber, (i) la abolición de las restricciones que impedían el ejercicio de tal libertad y (ii) la consolidación del *legiscentrismo*, o sea, del “Reino de la Ley” como técnica de ordenación racional de la conducta humana, incluyendo la actividad económica<sup>1</sup>. Esos dos aportes confluyeron en el Código de Comercio de 1807<sup>2</sup>.

De esa manera, el Código de 1807 consolidó la dimensión objetiva del Derecho Mercantil basado en la realización de actividades económicas, en concreto, el acto de comercio. De esa manera, la realización de actividades comerciales a través del acto de comercio justificó la adopción de un conjunto de reglas jurídicas especiales y distintas a las del Código Civil, pero que al igual que éste, pivotaban en torno a la autonomía de la voluntad. De esa manera, el comercio no estaba reservado a ciertos sujetos, sino que podía ser emprendido por cualquiera en ejercicio de su libertad, de lo cual resultó que lo relevante eran las condiciones objetivas del acto de comercio, y no así la naturaleza subjetiva del comerciante. Como el recordado profesor Alfredo Morles Hernández observó, el gran

---

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 49 y ss.

<sup>2</sup> Seguimos lo señalado en Hernández G., José Ignacio, “Código de Comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada”, en *Bicentenario del Código de Comercio Francés* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008. En general, seguimos el marco conceptual que planteamos en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresas y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004.

cambio del citado Código fue pasar de la regulación subjetiva del comercio a su regulación objetiva<sup>3</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, la configuración histórica del Derecho Mercantil desde el acto objetivo de comercio fortaleció el principio de igualdad, en tanto las reglas jurídicas del comercio aplicaron por igual al margen de los distintos sujetos que llevaban a cabo el acto de comercio. Asimismo, esa visión fortaleció la libertad de comercio, que en realidad fue concebida como una manifestación general de la libertad general del ciudadano. Así, el nuevo Derecho Público derivado de la Revolución Francesa partió de la indivisibilidad de la libertad, de lo cual resultó que la libertad de industria y comercio era una expresión de la libertad general del ciudadano<sup>4</sup>.

Por ello, el Derecho Mercantil es una categoría histórica, en el sentido que sus orígenes responden a la especificidad de los actos de comercio que justificaron la adopción de reglas especiales y distintas a las reglas civiles. Luego de la Revolución Francesa, esas reglas especiales pasaron a ser generales y por ende, de objetiva aplicación a todo aquel que se dedicase profesionalmente al comercio. De lo anterior resulta que el Derecho Mercantil parte de reglas especiales que regulan el intercambio de bienes y servicios pero siempre basado en la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad general del ciudadano<sup>5</sup>.

## ***2. Aproximación al Derecho Mercantil desde la economía de mercado***

La formación histórica del Derecho Mercantil encuentra, en las Ciencias Económicas, un punto de apoyo importante referido a las premisas bajo las cuales actúa el mercado<sup>6</sup>. Este

---

<sup>3</sup> Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil. Introducción. La empresa. El empresario, Tomo I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 23-24.

<sup>4</sup> Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, pp. 7-21.

<sup>5</sup> Para la evolución en Venezuela, vid. Morles Hernández, Alfredo, *Historia del Derecho Mercantil en Venezuela*, Universidad Monteávila, Caracas, 2015.

<sup>6</sup> Lo que sigue se basa en el estudio de principios básicos de microeconomía aplicados al Derecho. Desde la economía, hemos tomado en cuenta lo expuesto en: Becker, Garry, "Irrational Behavior and Economic Theory", en *Journal of Political Economy* N° 70-1, 1962, pp. 1 y ss.; Mankiw, N. Gregory, *Principles of Economics*, South-Western Cengage Learning, Mason, 2009, pp., 11 y ss.; Mas-Colell, Andreu, *et al.*, *Microeconomic Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 5 y ss.; Rosen, Harvey S., y Ted Gayer, *Public Finance*, McGraw-Hill Series in Economics, McGraw-Hill Education, Nueva York, 2014, pp. 4 y ss.; Steinemann, Anne C. *et al.*, *Microeconomics for Public Decisions*, Thomson/South-Western, Mason, 2005, pp. 60 y ss.; Stiglitz, Joseph E, y Rosengard, Jay K. *Economics of the Public Sector*, W. W. Norton & Company,

**José Ignacio Hernández G.**

análisis económico permite comprender mejor el rol que cumple el Derecho Mercantil y su interacción con la Constitución económica.

El presupuesto del cual parten las Ciencias Económicas es que el individuo toma decisiones racionales para maximizar su bienestar, o sea, la tesis del *homo economicus*. Bajo esta premisa, los individuos que participan en el intercambio de bienes y servicios van a adoptar las decisiones que maximicen su bienestar o utilidad, con lo cual los individuos responden a incentivos que tiendan a maximizar ese bienestar, en especial, considerando la escasez de recursos disponibles, lo que lleva a que el proceso de toma de decisiones parta de considerar alternativas excluyentes entre sí. Considerando esta premisa, la oferta -proveedores- y la demanda -consumidores- actúan libremente para tomar decisiones que maximicen su bienestar y concilien posiciones antagónicas. Este libre intercambio, basado en la autonomía de la voluntad de las partes, es la economía de mercado, que en condiciones ideales facilita el equilibrio entre la oferta y la demanda permitiendo de esa manera despejar el precio (conocido como precio de equilibrio), todo lo cual procura la eficiencia económica, esto es, aquella situación en la cual la condición de un operador económico no puede mejorar sin que empeore la situación de otros. Bajo estas condiciones, variaciones en la oferta y la demanda pueden incidir en el precio, de lo cual resulta que el precio -o más bien, el sistema de precios- es también un importante instrumento de información.

Ahora bien, estas premisas requieren ciertas condiciones que aseguran que el intercambio es libre y que las decisiones adoptadas son siempre racionales. Esas condiciones no siempre están presentes, en especial, debido a problemas de información que dificultan la valoración racional de las opciones disponibles<sup>7</sup>. Este tipo de problemas incrementa los costos de transacción en el intercambio de bienes y servicios y, por ende, tienden a reducir la eficiencia económica. Para atender esos problemas, los individuos adoptan reglas que regulan

---

Nueva York, 2015, pp. 56 y ss. y Samuelson, Paul y Nordhaus, William, *Economía con aplicación a Latinoamérica*, McGraw Hill, México, 2016, pp. 26 y ss. Asimismo, desde la perspectiva jurídica, vid. Cooter, Robert, y Thomas, Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Series in Economics, Boston 2006, pp. 11 y ss., y Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, 2014, pp. 24 y ss.

<sup>7</sup> También inciden las condiciones subjetivas bajo las cuales se toman decisiones, considerando sesgos y atajos mentales. Esto ha derivado en la corriente de la economía conductual, que no es en todo caso tratada aquí.

**José Ignacio Hernández G.**

coactivamente su conducta y que la economía denomina “instituciones”. Esas instituciones pueden ser formales (como la Constitución, la Ley y el contrato) e informales (como los usos y costumbres)<sup>8</sup>.

La economía de mercado, por lo anterior, no se opone al Estado, en tanto éste cumple un rol básico al proveer el marco institucional llamado a reducir los costos de transacción. Asimismo, corresponde al Estado en ejercicio del monopolio legítimo de la violencia, incrementar la confianza de los operadores económicos mediante instituciones que aseguren el cumplimiento de los contratos, y en general, el cumplimiento de los derechos económicos, incluso, a través de mecanismos de solución de controversias en las los cuales el Estado pueda ejercer la coacción para hacer cumplir los contratos y demás derechos económicos. También el Estado cumple un rol en la provisión de los bienes públicos, como el servicio de justicia y la seguridad ciudadana.

Partiendo de esta observación, se ha concluido que el Estado de Derecho es una condición necesaria para el funcionamiento de la economía de mercado, en tanto el libre intercambio de bienes y servicios requiere de instituciones que definan con claridad derechos económicos y establezcan mecanismos para resolver las controversias. Cierta sector de la doctrina económica denomina a esas reglas “instituciones económicas inclusivas”, las cuales requieren de mecanismos que aseguren el control del Gobierno y su ejercicio democrático, en lo que se conoce como “instituciones políticas inclusivas”<sup>9</sup>.

Estas instituciones son, así, reglas jurídicas que definen y garantizan derechos económicos que parten de la libertad económica y la propiedad privada, en lo que también se conoce como mecanismos de mercado. Estos mecanismos presuponen la existencia del Estado de Derecho, pues solo éste brinda garantías jurídicas para el libre intercambio de bienes y servicios.

---

<sup>8</sup> North, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 3 y ss. Véase también a Kasper, Wolfgang y Streit, Manfred, *Institucional Economics. Social order and public policy*, Edward Elgar, Northampton, 1998, pp. 3-28

<sup>9</sup> Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

**José Ignacio Hernández G.**

Los fundamentos de la economía de mercado permiten comprender cuál es el rol del Derecho Mercantil. Así, el Derecho Mercantil reúne a las “instituciones económicas inclusivas”, al fijar las reglas llamadas a facilitar el libre intercambio de bienes y servicios y, con ello, promover a la eficiencia económica. Más en concreto, el Derecho Mercantil como parte del Derecho Privado tiende a reducir los costos de transacción, en lo que suele denominarse “regulación civil”<sup>10</sup>. Los fundamentos económicos de la economía de mercado se traducen, jurídicamente, en la autonomía de la voluntad de las partes, que es la institución llamada a reducir los costos de transacción y así incrementar la eficiencia económica. A los fines de reducir los costos de transacción, el Derecho Mercantil fija reglas estándares para el intercambio de bienes y servicios, que en todo caso, pueden ser modificadas por la libre autonomía. De allí que como regla el Derecho Mercantil es dispositivo, salvo las disposiciones de orden público.

La economía de mercado no es, en todo caso, la única institución a través de la cual puede organizarse el intercambio de bienes y servicios. Frente a ese sistema se encuentra el sistema de economía centralmente planificada, en la cual el intercambio de bienes y servicios no responde a la libertad individual sino a las decisiones que adopta el Estado, directamente o por medio de organizaciones colectivas. En tanto esta centralización implica desconocer la libertad individual, este sistema es incompatible con el Estado de Derecho. En general, para describir este tipo de instituciones, suele aludirse a “instituciones extractivas”, en tanto el Estado, de manera ilegítima, extrae riqueza de la sociedad al impedir el libre intercambio<sup>11</sup>.

No toda intervención del Estado sobre la economía implica la adopción del sistema de economía centralizada. Por el contrario, solo cuando tal intervención suprime la autonomía privada y relega a los operadores económicos al mero rol de ejecutores de políticas públicas adoptadas desde el Estado, entonces, podría afirmarse que la economía de mercado se desnaturalizó, para pasar a ser economía centralizada. En tal escenario el Derecho Mercantil pierde su fundamentación económica, pues no es posible reducir costos de transacción allí donde no hay libre intercambio. Esto no impide la existencia del Derecho

---

<sup>10</sup> Ogus, Anthony, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Londres, 1994, pp. 15 y ss.

<sup>11</sup> Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, cit.

**José Ignacio Hernández G.**

Mercantil en sistemas de planificación central, pero su rol será meramente instrumental, o sea, para fijar reglas a través de las cuales el intercambio -bajo las decisiones centralizadas- podrá materializarse. Por ello, en los modelos centralizados -o socialistas- no existe Derecho Privado<sup>12</sup>.

La decisión entre uno y otro modelo corresponde a la Constitución, en lo que se conoce como “Constitución económica”, esto es, el marco jurídico fundamental de la economía<sup>13</sup>. Ese marco jurídico, en Constituciones democráticas, es flexible y se basa en la economía de mercado, que pasa a ser una institución constitucionalmente protegida. Pero en Constituciones no-democráticas esas cláusulas son rígidas, en tanto solo se admite el sistema de planificación vinculante. La economía de mercado en Constituciones flexibles no implica el ejercicio ilimitado de derechos económicos, sino el ejercicio de tales derechos dentro de las limitaciones legalmente establecidas, las cuales en todo caso deben respetar su contenido esencial, derivado de la libre autonomía empresarial. Estas limitaciones no son solo las que derivan del Derecho Mercantil, sino que también incluyen aquellas derivadas de la intervención pública en la economía<sup>14</sup>.

La teoría económica de la economía de mercado admite que el Estado puede intervenir con base en dos títulos habilitantes, tal y como sucede con la Constitución de 1999. El primer título que habilita la intervención del Estado en la economía es atender los fallos de mercado, esto es, las imperfecciones que impiden que el libre intercambio propenda a la eficiencia económica, tal y como sucede con las externalidades, la información asimétrica, el monopolio natural y los “bienes públicos”, entre otros fallos. Esta intervención suele ser

---

<sup>12</sup> De acuerdo con Lenin, “no existe nada privado; en la economía todo es derecho público, nada privado” (Rey, Juan Carlos, “Las bases de la legislación civil en la URSS”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 24, Caracas, 1963, p. 156).

<sup>13</sup> García-Pelayo, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Ramírez, Manuel (editor), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979, ahora en García-Pelayo, Manuel, *Obras Completas, Tomo III*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2851 y ss.

<sup>14</sup> Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, cit., pp. 34 y ss.

**José Ignacio Hernández G.**

calificada como “regulación económica” y se traduce en normas de Derecho Público, en concreto, de Derecho Administrativo<sup>15</sup>.

El segundo título que habilita la intervención del Estado en la economía es la redistribución de la riqueza orientada a promover condiciones reales de igualdad en la economía, lo que se traduce en bienes y servicios ofrecidos por el Estado, típicamente, a través de una actividad prestacional no-coactiva, como servicios de educación y salud, o subsidios. Esta intervención no responde a razones económicas sino a pactos sociales, que no son necesariamente incompatibles con la economía de mercado, en lo que se conoce como “economía social de mercado”, que deriva de la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>16</sup>.

De esa manera, la Constitución económica en Estados democráticos, regida por los principios del Estado de Derecho, reconoce la economía de mercado como institución, lo que se proyecta en el reconocimiento de derechos económicos que derivan de la libertad general, como la libertad de empresa, la propiedad privada y el derecho de acceso y selección de bienes y servicios. A su vez la libertad de empresa ampara diversos derechos relacionados con el acceso, ejercicio y cese de actividades económicas, incluyendo la libertad de contratos. Sin perjuicio de la intervención del Estado para atender fallos de mercado y promover la redistribución de la riqueza, el ejercicio de esos derechos económicos debe responder a la autonomía privada en tanto ello facilita el libre intercambio y, con lo anterior, la eficiencia económica.

Con lo cual, el Derecho Mercantil comprende a las instituciones económicas inclusivas que, en el marco de la Constitución económica, reducen los costos de transacción y, en general, facilitan el libre intercambio de bienes y servicios para promover la eficiencia económica. Con lo cual, el Derecho Mercantil garantiza el funcionamiento de la economía de mercado garantizada en la Constitución.

---

<sup>15</sup> Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 136 y ss.

<sup>16</sup> Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico, Tomo I*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 30 y ss. En general, vid. Laguna de Paz, José Carlos, *Derecho Administrativo Económico*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 109 y ss.



### **3. *La relación entre el Derecho Mercantil y el Derecho Administrativo Económico desde la economía de mercado***

En la economía de mercado el Derecho Mercantil y el Derecho Administrativo cumplen roles distintos, como queda en evidencia de lo expuesto en secciones anteriores. En efecto, el Derecho Mercantil se orienta a reducir los costos de transacción mediante la definición de derechos y obligaciones de los operadores económicos que faciliten el libre intercambio de bienes y servicios. El Derecho Administrativo Económico, por el contrario, se orienta a atender los fallos de mercado que impiden el libre intercambio. De ello resulta que una vez logrado este objetivo y asegurado el libre intercambio, corresponderá al Derecho Mercantil facilitar la libre expresión de la autonomía de la voluntad a través de la cual la oferta y demanda, racionalmente, promoverán el libre intercambio.

Como regla, el Derecho Mercantil es dispositivo, pues los derechos y deberes que definen dejan a salvo la autonomía de la voluntad de las partes. Así, en la teoría del contrato desde el Derecho Privado, es la autonomía de las partes la que puede definir los derechos y obligaciones, pero como esa labor incrementa los costos de transacción, el Derecho Privado se encarga de definir los derechos y obligaciones que, a falta de acuerdo, regirán en el intercambio. La excepción a este carácter dispositivo es el concepto de orden público, que ha evolucionado en el Derecho Privado de un orden público negativo a un orden público positivo, a resultas de la intervención del Estado en la economía<sup>17</sup>.

El Derecho Administrativo no es dispositivo sino coactivo, en tanto su primera función es limitar el ejercicio de derechos económicos, precisamente, en función a los fallos de mercado. Por lo tanto, el Derecho Administrativo es de orden público, lo que supone que la regulación económica no puede ser objeto de convenciones en contrario. La progresiva ampliación de la intervención de las Administraciones Públicas en la economía ha ampliado

---

<sup>17</sup> Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Editorial Jurídica Venezolana-Marcial Pons, Caracas, 1997, pp. 38 y ss. También sobre ello y en relación con lo que se expone, véase a Madrid, Claudia, “Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días”, en *El Código Civil venezolano en los inicios del Siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 374 y ss. Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “Código de Comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada”, en *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**José Ignacio Hernández G.**

este orden público, el cual incluso ha llegado a imponer órdenes o mandatos de hacer en cabeza de los operadores económicos, todo lo cual genera importantes riesgos para las garantías jurídicas de la libertad de empresa<sup>18</sup>.

Bajo esta perspectiva, la relación entre el Derecho Mercantil y el Derecho Administrativo queda determinada por los principios de subsidiariedad y menor intervención. En virtud del primero, las instituciones del Derecho Administrativo solo pueden desplegarse ante fallos de mercado, todo lo cual supone la primacía de las instituciones de Derecho Mercantil: en ausencia de fallos de mercado, son éstas las que deben regir el intercambio de bienes y servicios. A su vez, las instituciones de Derecho Administrativo desplegadas para la atención de las fallas de mercado deben limitarse a lo estrictamente necesario, de acuerdo con la regla *favor libertatis*, esto es, el principio de menor intervención. Este principio, además, refuerza las cargas de las Administraciones Públicas al justificar la intervención en la economía, pues la motivación debe ser técnica, basada en fallos de mercados, todo lo cual favorece a la racionalidad de la actividad administrativa y, en general, al cumplimiento de los estándares de la buena administración.

Bajo esta visión, los principios de subsidiariedad y menor intervención no son opciones que pueden o no estar incorporadas en la Constitución económica, sino que son garantías inherentes a la economía de mercado que parten de los propios fundamentos del Estado de Derecho de acuerdo a los cuales la sociedad libre y organizada antecede al Estado. Bajo esta premisa, la economía de mercado -mediante el libre intercambio de bienes y servicios- es el principio rector en la economía, de lo cual resulta que la limitación de se libre intercambio por el Derecho Administrativo es claramente excepcional. Este carácter excepcional de la intervención administrativa en la economía explica el correcto alcance de los principios de subsidiariedad y menor intervención.

---

<sup>18</sup> Usualmente esas órdenes o mandatos de hacer se relacionan con la garantía de satisfacción de derechos prestacionales. Por ello, el orden público pasa a ser positivo, pues no se orienta a limitar el ejercicio de la libertad, sino que impone las conductas que los operadores económicos deben adoptar, incluso, mediante contratos con cláusulas obligatorias.

**José Ignacio Hernández G.**

Con lo cual, el Derecho Mercantil debe ocupar una posición de primacía sobre el Derecho Administrativo, pues el libre intercambio de bienes y servicios debe quedar regulado por el Derecho Mercantil y, solo excepcionalmente, por el Derecho Administrativo, de acuerdo con los señalados principios de menor intervención y subsidiariedad.

Nótese que esta relación aplica únicamente en la actividad administrativa de ordenación y limitación, o sea, aquella que restringe el libre intercambio de bienes y servicios. La actividad prestacional de la Administración no se rige por esta relación en tanto ella no limita el libre intercambio. De hecho, esa actividad se traduce, típicamente, en la oferta de bienes y servicios a cargo de las Administraciones Públicas, lo que puede hacerse en el mercado o fuera del mercado. Así, a través de subsidios -transferencias no reembolsables de recursos financieros- las Administraciones Públicas pueden facilitar el libre intercambio, por ejemplo, con medidas de subsidio directo a la demanda que incrementen su poder adquisitivo.

Pero también la Administración puede asumir directamente la oferta de bienes y servicios para asegurar el acceso a ciertos productos reputados esenciales, y cuyo acceso se ve limitado por el precio de equilibrio. Así, el precio de equilibrio implica, por definición, la exclusión de la demanda que no puede pagar ese precio. En condiciones normales, esa exclusión no implica un costo social pues en teoría deberían existir productos sustitutos. Pero si se trata de productos esenciales relacionados con derechos prestacionales -la salud, por ejemplo- entonces, la exclusión puede reputarse contraria al orden social. Ello sucede, típicamente, en caso de desigualdad de ingreso, con lo cual la intervención administrativa se justifica en la redistribución de la riqueza.

Esta actividad prestacional, por ello, no limita o restringe el libre intercambio, con lo cual, ella no es relevante para comprender la relación entre el Derecho Mercantil y el Derecho Administrativo. En realidad, esta actividad prestacional puede incluso acudir a las formas de Derecho Mercantil, cuando ello favorezca al principio de eficiencia administrativa. El ejemplo paradigmático en la oferta de bienes y servicio a cargo de empresas públicas, o sea, sociedades mercantiles bajo el control del Estado. Aquí la relación entre el Derecho Mercantil

**José Ignacio Hernández G.**

y el Derecho Administrativo se rige por el principio de instrumentalidad, en el sentido que el primero sirve de instrumento del segundo.

En todo caso, la actividad administrativa prestacional, que acude instrumentalmente al Derecho Mercantil, debe siempre respetar el intercambio de bienes y servicios a cargo de la sociedad civil con base en el principio de subsidiariedad. Por ello, debe darse preferencia a la actividad fomento antes que a la gestión directa de bienes y servicios. Así, la satisfacción de necesidades esenciales debería garantizarse por medio de subsidios directos y transparentes a la demanda, para que ésta libremente escoja al proveedor de su preferencia. Ello permitiría que sea el libre intercambio el que satisfaga esas necesidades.

## **II. EL PROGRESIVO RAPTO DEL DERECHO MERCANTIL POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO: DEL PETRO-ESTADO AL MODELO SOCIALISTA**

La relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil basada en los principios de subsidiariedad y menor intervención quedó desvirtuada en Venezuela como resultado de la progresiva intervención del Estado en la economía desde 1939. Esta intervención estuvo marcada por el incremento del control del Estado sobre la industria petrolera, en una situación que evolucionó hasta la nacionalización de la industria, con la cual Venezuela quedó formalmente organizada como un Petro-Estado. Esto es, la organización política por medio de la cual el Poder Ejecutivo (*i*) gestiona en monopolio las actividades de la industria; (*ii*) captura el ingreso petrolero y (*iii*) distribuye tal ingreso. Esta configuración debilitó el principio de separación de poderes, concentrando funciones en el Poder Ejecutivo quien, además, asumió la regulación de la economía por medio de Decretos dictados al amparo de regímenes de excepción o amplias Leyes habilitantes.

Para la década de los setenta, esta intervención del Estado llevó a la visión estatista del desarrollo económico, en la cual éste dependía del rol central del Estado como director y conductor de actividades económicas, de lo cual resultó el debilitamiento de las garantías jurídicas de la libertad de empresa. Este modelo económico se calificó como “economía mixta”, pues describía la concurrencia del sector público y privado en la economía, aun cuando lo cierto es que el primero predominaba sobre el segundo. El Derecho Administrativo

**José Ignacio Hernández G.**

reflejó esta visión estatista por medio de conceptos como el servicio público. En la práctica, esto implicó que la realización de actos de comercio comenzó a estar regulada por normas de Derecho Administrativo, desplazándose de esa manera el ámbito del Derecho Mercantil.

A partir de 2003 la reducción del ámbito del Derecho Mercantil quedó marcada por el llamado modelo socialista, que con claro corte totalitario implementó controles centralizados sobre la economía que desnaturalizaron la economía de mercado y, con ello, la capacidad de la sociedad civil para organizarse a los fines de dar satisfacción a sus propias necesidades. Bajo el modelo socialista el Derecho Mercantil perdió su carácter dispositivo pues, como sucede en modelos de corte soviético, todo el Derecho Económico pasó a ser Derecho Público. A ello se le agrega la intención de sustituir los derechos económicos reconocidos en la Constitución de 1999 por derechos derivados del sistema económico comunal.

De esa manera, el Derecho Mercantil ha sido raptado por el Derecho Administrativo debido a dos causas. La primera es la visión estatista de desarrollo impulsada por el Petro-Estado, que promovió la expansión del Derecho Administrativo sobre el ejercicio de actos de comercio, en especial, a partir del impreciso concepto de servicio público. El segundo rapto, de mayor alcance, se basó en la desnaturalización de la economía de mercado y su sustitución por mecanismos centralizados que, además, promovieron el sistema económico comunal.

La reconstrucción económica de Venezuela -que atraviesa un colapso económico sin precedentes en el medio de una creciente emergencia humanitaria compleja- requerirá entre otras condiciones reconstruir los mecanismos de mercado, o sea, reconstruir la capacidad de la sociedad civil para dar satisfacción a sus propias necesidades. Esto pasa por rescatar al Derecho Mercantil de su rapto por el Derecho Administrativo, ordenando la relación entre ambos a partir de los señalados principios de menor intervención y subsidiariedad.

- 1. El rapto del Derecho Mercantil a la sombra del Petro-Estado y el concepto de servicio público. En especial, la visión estatista de desarrollo y la concepción minusvalorada de la libertad de empresa***

**José Ignacio Hernández G.**

Hasta 1939 la intervención del Estado en la economía se había basado en la preponderancia del sector privado sobre el público. Ello era consecuencia de la debilidad del Estado, que hasta entrado en siglo XX no tenía existencia efectiva. Las reformas implementadas desde 1899 promovieron la centralización del Estado y, con ello, aumentaron su capacidad, incluso, para intervenir en la economía. A lo anterior hay que agregar el impacto de la industria petrolera, que desde 1914 comenzó a desarrollarse en Venezuela, lo cual creó incentivos para avanzar en la intervención económica del Estado<sup>19</sup>.

En 1939 el Estado decidió ampliar su intervención en la economía no solo mediante la gestión directa de actividades económicas a través de empresas del Estado sino además por medio de potestades de ordenación y limitación que se desplegaron a través de la “suspensión” de la garantía de los derechos económicos, en un régimen de excepción que en realidad se extendió hasta avanzado el siglo XX. La consecuencia de lo anterior fue que diversas actividades económicas, que en tanto actos de comercio quedaban reguladas por el Derecho Mercantil, pasaron a estar reguladas por el Derecho Administrativo, que asumió de esta manera una *vis expansiva*<sup>20</sup>.

Al amparo de la Constitución de 1961 esta *vis expansiva* del Derecho Administrativo continuó, ahora, a través de políticas de nacionalizaciones, destacando la nacionalización de la industria y comercio de los hidrocarburos de 1975<sup>21</sup>. Para ese momento el Derecho Público Económico se había configurado, en la doctrina y jurisprudencia, a partir de la primacía del sector público sobre el sector privado, cuyo ámbito quedó notablemente marginado. Tal y

---

<sup>19</sup> Brewer-Carías, Allan, *Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979*, Cámara de Comercio de Valencia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 29 y ss. Desde el Derecho mercantil, véase a Morles Hernández, Alfredo, “Evolución histórica y tendencias de la legislación mercantil venezolana”, en *Centenario del Código de Comercio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991, pp. 273

<sup>20</sup> Cfr.: Linares Benzo, Gustavo, “Regulación y economía: juntas y bien revueltas”, en *Venezuela Siglo XX: Visiones y Perspectivas, Tomo II*, Fundación Polar, Caracas, 2000, pp. 351 y ss. Desde una perspectiva general, vid. Suárez, Jorge Luis, “Lo público y lo privado en las actividades económicas en Venezuela”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 101*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 144-183

<sup>21</sup> Brewer-Carías, Allan, “Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981 pp. pp. 23 y ss.

como la Sala Político-Administrativa concluyó en sentencia de 5 de octubre de 1970, caso *CANTV*:

“las actividades del sector público pueden aumentar en la misma medida en que disminuyen las del sector privado, o viceversa, de acuerdo con el uso que hagan las autoridades competentes de los poderes que les confiere el constituyente en las citadas disposiciones (...)”.

Como resultado de esa visión, y del régimen de excepción entonces imperante, se consideró que la libertad de empresa no era un auténtico derecho público subjetivo, pues su ejercicio dependía de la discrecional regulación adoptada por el Estado. Así, la extensión del régimen de excepción -que entró en vigencia junto a la Constitución de 1961, cuyas cláusulas económicas no tuvieron vigencia efectiva- desnaturalizó el sistema de economía de mercado que pasó a ser un “sistema de economía mixta”, en el cual el Estado discrecionalmente decidía en qué actividades podía intervenir<sup>22</sup>. De ello resultó una visión minusvalorada de la libertad de empresa, que no fue reconocida como un derecho fundamental sino como una mera expectativa de realización de actividades económicas en los términos y condiciones que el Estado decidiese<sup>23</sup>.

Esta visión estatista de desarrollo encontró además fundamento en los arreglos institucionales que configuraron a Venezuela como Petro-Estado, y que concentraron

---

<sup>22</sup> Cfr.: Brewer-Carías, Allan, “Consideraciones sobre la Suspensión o Restricción de las Garantías Constitucionales”, en *Revista de Derecho Público número 37*, Caracas, 1989, pp. 5-25 y “El caso del bono compensatorio o de cómo se ignora el régimen de los Decretos-Leyes y se desquicia el régimen de la economía”, en *Revista de Derecho Público número 33*, Caracas, 1988, pp. 173-181. Véase también Crazut, Ramón, “La suspensión de garantías constitucionales como medio para instrumentar la política de intervención del Estado en la actividad económica [1939-1991]”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 92*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, pp. 305-321. Una crítica a esta situación en De León, Ignacio, “Reflexiones para una reforma del sistema económico de la Constitución venezolana”, *La Constitución económica*, IESA, Caracas, 1999, pp. 40 y ss.

<sup>23</sup> Se sostenía que el sistema recogido en la Constitución de 1961 era el de economía mixta. En especial, véase a Brewer-Carías, Allan, “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera, Tomo II*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1979, pp. 1140 y ss. En ese mismo libro, véanse los trabajos de Carrillo Batalla, Tomás, “El sistema económico constitucional venezolano”, y Mayobre, José Antonio, “Derechos económicos”. En general, puede verse también a Meier, Henrique, “Fundamento constitucional de la actividad económica del Estado Venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello número 22*, Caracas, 1976, pp. 173 y ss. Las críticas a esta posición en De León, Ignacio, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, en *SUMMA, Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1998, p. 303.

**José Ignacio Hernández G.**

poderes en el Poder Ejecutivo debilitando el principio de separación de poderes y con ello el Estado de Derecho. Así, el Poder Ejecutivo asumió el control total sobre la principal actividad económica de Venezuela -el petróleo- lo que propendió a concentrar funciones. Además, las particularidades económicas del ingreso petrolero crearon incentivos para la captura de la renta petrolera, en detrimento de principios como la eficiencia, eficacia y transparencia. Cabe advertir que para atenuar los efectos de esta concentración de funciones la gestión directa de las actividades nacionalizadas se confió a Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), a la cual se le reconoció autonomía técnica respecto de la Administración Central. Pero en todo caso, lo cierto es que la nacionalización petrolera convirtió a la República, por medio del Poder Ejecutivo, en el principal actor económico<sup>24</sup>.

El Derecho Administrativo capturó esta visión estatista de desarrollo a través del concepto de servicio público. De esa manera, el servicio público se definió como toda actividad que al satisfacer necesidades de interés general es asumida por el Estado, quien garantiza su gestión de acuerdo con los principios de igualdad, mutabilidad y regularidad. Esta “asunción” o “*publicatio*” implicó que la actividad de servicio público era siempre una actividad estatal, o más en concreto, una actividad administrativa, lo que excluía el derecho de libertad de empresa y por ello el libre intercambio. La iniciativa privada solo podía gestionar actividades de servicio público previa concesión, pero en el entendido que esa iniciativa no era libre sino subordinada a las Administraciones Públicas. Como resultado de lo anterior, en las actividades declaradas o consideradas servicio público el Derecho Administrativo pasó a ser la principal regulación, relegándose el Derecho Mercantil a un rol secundario. Un ejemplo de ello es la confusa calificación de la banca como servicio público, pues su efecto práctico ha sido reducir el ámbito del Derecho Mercantil y, con ello, de la economía de mercado<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre el concepto de Petro-Estado, vid.: Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997, pp. 44 y ss. En cuanto a las implicaciones de la nacionalización petrolera sobre el Derecho Económico, en general, véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 5 y ss.

<sup>25</sup> La imprecisión terminológica del servicio público impide formular apreciaciones generales sobre un concepto común en Venezuela. Sin embargo, hacia fines del siglo pasado la doctrina había coincidido en una idea de



La visión estatista de desarrollo y el concepto -liberal- de servicio público marcaron el secuestro del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo, en el sentido que la realización de actos de comercio quedó sometida, en primer lugar, al Derecho Administrativo. Ello quedó en evidencia con regulaciones jurídico-administrativas generales en materia de consumidores y usuarios, así como en regulaciones sectoriales como el sector bancario. En esas actividades la realización de actos de comercio no respondió a la regulación civil del Código de Comercio, sino a la regulación derivada del Derecho Administrativo, el cual promovió la indebida expansión del orden público.

## **2. *El rapto del Derecho Mercantil por el modelo socialista y la destrucción de la economía de mercado***

A partir de 2003 comenzó otro rapto del Derecho Mercantil, en esta ocasión, con la deliberada intención de destruir la economía de mercado y desnaturalizar al Derecho Mercantil, imponiendo un -inconstitucional- modelo de planificación central vinculante que,

---

servicio público definida como la actividad administrativa -o sea, una actividad estatal o privativa del Estado- que siempre implica restricciones mayores o menores a la libertad general del ciudadano, a los fines de asegurar la satisfacción de necesidades de interés general. Este concepto estatista amplió los poderes de la Administración Pública por medio de “privilegios y prerrogativas” dentro del “régimen exorbitante del Derecho Común”. Esa idea de exorbitancia, tomada de Francia, se tradujo en reglas especiales que derogan el Derecho Privado incluso en lo que respecta a la realización de actos de comercio en actividades declaradas o consideradas, con bastante amplitud, como servicio público. Puede verse entre otros a Araujo-Juárez, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Valencia, 2003, pp. 70 y ss.; Brewer-Carías “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público número 6*, Caracas, 1981, pp. 65-71; Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, décima edición, Caracas, 2001, pp. 203 y ss. y Peña Solís, José, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 3*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, pp. 430 y ss. Con posterioridad -y por influencia de la tesis del ‘nuevo servicio público’- la doctrina venezolana ha construido un concepto de servicio público compatible con la libertad general. Vid.: Brewer-Carías, Allan, “El régimen constitucional de los servicios públicos”, en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 19 y ss. Otro sector ha insistido en la visión tradicional, anclada en la publicatio y en la preponderancia del Derecho Público, incluso, en lo que respecta a los servicios públicos industriales y comerciales (Turuhpial, Héctor, *La actividad administrativa*, CIDEP, Caracas, 2021 (versión electrónica, n° 5.372 y ss.). Por nuestra parte, hemos criticado el concepto de servicio público como “actividad administrativa”, al considerar que, en la práctica, la actividad administrativa solo puede adoptar dos cauces, a saber, la actividad de limitación o la gestión directa de actividades económicas. En el primer caso, la intervención administrativa debe ajustarse a las garantías jurídicas de la libertad de empresa, en especial, en lo que respecta a los principios de menor intervención y subsidiariedad. Un sector económico en el cual el confuso concepto de servicio público ha sido invocado para reducir el alcance de la libertad de empresa es el sector bancario, aspecto tratado por el profesor Alfredo Morles Hernández en su obra Morles Hernández, Alfredo, *La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011. Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, cit.

**José Ignacio Hernández G.**

a partir de 2005, fue calificado de socialismo o transición al socialismo. Así, este modelo comenzó con la adopción de controles centralizados sobre la economía a inicios de 2003, y avanzó con una arbitraria política de expropiaciones y nacionalizaciones que realzaron el rol hegemónico del Estado sobre la economía, en especial, en actividades declaradas o consideradas como servicio público, y en las cuales la jurisprudencia de la Sala Constitucional reconoció amplios poderes a favor de las Administraciones Públicas no subordinados a la Ley<sup>26</sup>. En 2007 se intentó llevar este modelo a la Constitución en un fallido proceso de reforma constitucional cuyo contenido, en todo caso, fue introducido por Decretos-Leyes y Decretos avalados por la Sala Constitucional. Tal y como el recordado profesor Alfredo Morles Hernández concluyó, este modelo socialista desnaturalizó a la economía de mercado<sup>27</sup>:

“La abolición de la economía de mercado como componente del sistema de economía mixta adoptado en la Constitución de 1961 -reiterado constitucionalmente en 1999- y la simultánea implantación de una economía colectiva equivale a una modificación integral y profunda de la Constitución de 1999, términos que ha usado el Presidente de la República para tipificar la dimensión del cambio constitucional que pretende llevar a cabo. Esta modificación supone un nuevo pacto social que sólo puede ser producto de un consenso democrático”

La desnaturalización de la economía de mercado justificó ampliar el rapto del Derecho Mercantil por el “Derecho Administrativo autoritario-populista” derivado de ese modelo socialista. En la práctica esto se tradujo en la violación de la autonomía empresarial privada, al punto que la empresa privada degeneró en mero ejecutor de las decisiones adoptadas en el modelo de planificación central vinculante orientada a la promoción del

---

<sup>26</sup> Un índice relevador del talante autoritario del concepto de servicio público, es que el modelo socialista se valió de tal concepto para justificar la funcionalización social de la libertad de empresa. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones en torno al servicio público como paradigma del Estado Social en el Derecho Venezolano. A propósito de la ordenación de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda”, en *Iurídica* N° 3, Universidad Arturo Michelena, Valencia, 2006, pp. 41 y ss.

<sup>27</sup> Vid.: “El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI”, en *Revista de Derecho Público* N° 112, Caracas, 2007, p. 235. Del profesor Morles Hernández, puede verse también “El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión”, en *Revista de Derecho Público* N° 115, Caracas, 2008, pp. 229 y ss., así como “El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista”, en *Anuario de Derecho Público* N° 1, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2007, pp. 319 y ss.

**José Ignacio Hernández G.**

“orden público socialista”. Este orden público, de corte totalitario, difuminó la relación entre sociedad civil y Estado y por ende, derivó en la drástica reducción del Derecho Mercantil, que perdió su rol de facilitador para pasar a ser, tanto solo, regulador de las formas jurídicas del modelo socialista. Esto es, que el Derecho Mercantil perdió su esencia -la autonomía privada- para pasar a ser, tan solo, forma jurídica de los actos y negocios económicos implementados dentro del modelo socialista.

Este proceso de desnaturalización afectó la integridad del Código de Comercio, al punto que comenzó a plantearse la idea de un Código de Comercio socialista, que como bien advirtió el profesor Morles Hernández, era tan solo la forma jurídica de las actividades económicas socialistas conducidas bajo la hegemonía del Estado<sup>28</sup>.

Nótese que este rapto fue muy distinto al que configuró en la segunda mitad del siglo pasado a la sombra del Petro-Estado. El Derecho Administrativo que entonces secuestró al Derecho Mercantil era, en esencia, un Derecho Administrativo centrado en el Estado de Derecho y, por ende, en diversas garantías orientadas a prevenir el abuso de la Administración Pública en defensa de la libertad. El carácter garantístico del Derecho Administrativo del siglo XX fue sin embargo reducido por la visión estatista de desarrollo que el Petro-Estado promovió y que se tradujo en figuras jurídicas contrarias a las garantías del Estado de Derecho, como el servicio público.

A partir del siglo XXI el centro del Derecho Administrativo varió del Estado de Derecho al modelo socialista de corte totalitario. Se trató de una transición al socialismo en el cual el régimen autoritario se valió instrumentalmente de ciertas figuras de Derecho Administrativo como el servicio público, cuya *vis* expansiva facilitó el encuadramiento conceptual de las técnicas de intervención administrativa del modelo socialista. El mejor ejemplo es el control de precio, que inició en 2003 sobre la base del régimen jurídico del

---

<sup>28</sup> Morles Hernández, Alfredo, “¿Un código de comercio socialista?”, en *Libro Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008, pp. 71 y ss.

**José Ignacio Hernández G.**

consumidor y el usuario formado en el siglo XX, y anclado en la idea imprecisa de bienes y servicios esenciales en función a su conexión con el servicio público<sup>29</sup>.

Con lo cual, el secuestro del Derecho Mercantil en el siglo XXI fue en realidad parte de un proceso de mayor envergadura, por el cual Derecho Constitucional y Administrativo mutó a un Derecho autoritario, que en lo económico se caracterizó por la desnaturalización de la economía de mercado. Por lo anterior, las instituciones económicas inclusivas fueron sustituidas por instituciones económicas extractivas que destruyeron los mecanismos de mercado y, con ello, la capacidad de sociedad civil de organizarse para la satisfacción de sus necesidades. El efecto económico de esta destrucción puede medirse en términos del colapso del producto interno bruto, que al reflejar la destrucción de la economía también refleja la destrucción del Derecho Mercantil venezolano<sup>30</sup>.

### ***3. La liberación del Derecho Mercantil frente al Derecho Administrativo a través de los principios de subsidiariedad y menor intervención. La concepción del desarrollo centrado en el individuo***

La recuperación de la economía venezolana pasa, entre otros objetivos, por reconstruir los mecanismos de mercado, todo lo cual requiere restablecer las garantías jurídicas de los derechos económicos y, con ello, el rol central del Derecho Mercantil como el conjunto de instituciones económicas inclusivas que facilitan el libre intercambio de bienes y servicios. Para ello es necesario liberar al Derecho Mercantil del Derecho Administrativo.

Esto pasa por implementar la reforma legislativa que derogue las instituciones económicas extractivas del modelo socialista. Sin embargo, no se trata simplemente de restablecer el ordenamiento jurídico-económico a su situación de 1999, pues como vimos, ya para ese entonces el Derecho Mercantil había sido secuestrado por el Derecho Administrativo debido a la *vis expansiva* de la intervención administrativa en la economía anclada en

---

<sup>29</sup> Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a nueva Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios*, FUNEDA, Caracas, 2008.

<sup>30</sup> Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2019, pp. 91 y ss.

imprecisos conceptos como el servicio público. El objetivo, por el contrario, es construir una nueva relación entre el Derecho Mercantil y Administrativo a través de los principios de subsidiariedad y menor intervención.

Así, la extensión del Derecho Administrativo a actividades económicas solo se justifica cuando el Derecho Mercantil no pueda facilitar debidamente el libre intercambio. En tal caso la extensión del Derecho Administrativo debe limitarse a lo estrictamente necesario. Lo anterior aconseja superar imprecisos conceptos como el servicio público<sup>31</sup> y centrar la atención en la actividad administrativa de ordenación y limitación y su justificación en la regulación económica<sup>32</sup>.

La reformulación de la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil pasa por superar la visión estatista del desarrollo a los fines de asumir la visión de desarrollo centrada en la expansión de las capacidades individuales, de acuerdo con la propuesta de Amartya Sen<sup>33</sup>. Nótese que esta propuesta no niega la intervención del Estado en la economía, pero condiciona esa intervención a la promoción de capacidades individuales, y no a la creación de vínculos de dependencia con el Estado. En realidad, la economía de mercado requiere del Estado, y en especial, de las Administraciones Públicas, a los fines de atender los fallos que pueden impedir la eficiencia económica. Pero el rol del Derecho Administrativo, desde esta visión, no es de expansión sobre el Derecho Mercantil sino de complementación<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Antes hemos criticado al concepto de servicio público por su imprecisión y contenido iliberal, al asumir que toda actividad declarada o considerada como servicio público debe quedar excluida del ámbito de la libertad económica. De otro lado, en sentido técnico, más que aludir a la “actividad administrativa de servicio público”, lo adecuado es aludir a la actividad administrativa de limitación y la actividad administrativa de prestación. Nótese que ello no se opone a la intervención administrativa prestacional, en especial, para dar satisfacción a derechos prestacionales. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, cit.

<sup>32</sup> Además de lo antes expuesto, véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, “Regulación económica y Derecho Mercantil a comienzos del siglo XXI”, en *Revista Foro de Derecho Mercantil N° 21*, Bogotá, 2008, pp. 7 y ss.

<sup>33</sup> Sen, Amartya, *Development and freedom*, Anchor Books, Nueva York, 1999, pp. 13 y ss.

<sup>34</sup> Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*. Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 59 y ss. A partir de la crisis financiera global de 2008, el autor recuerda que la economía de mercado requiere de un Estado con capacidad para asegurar derechos de propiedad y atender fallos de mercado.

**José Ignacio Hernández G.**

Ello se traduce, como se ha explicado, en la implementación de los principios de menor intervención y subsidiariedad respecto de la actividad administrativa de limitación. En cuanto a la actividad administrativa prestacional, debe darse preferencia a la actividad de fomento por sobre la gestión directa, en tanto la actividad de fomento permite el intercambio de bienes y servicios por medio de los mecanismos de mercado. Esta es otra razón para abandonar el concepto de servicio público, que se aleja del libre intercambio para reconocer amplios títulos para la gestión directa de actividades por el Estado, tanto por medio de la empresa pública como a través de bienes y servicios proveídos de manera gratuita o a un precio inferior al precio de mercado. Esta gestión directa priva a la sociedad civil y al individuo de construir y expandir sus capacidades para la satisfacción de sus propias necesidades.

Lo anterior no se opone al reconocimiento de derechos prestacionales, pero sí supone un cambio drástico en cuanto al rol del Derecho Administrativo. Tomemos el ejemplo del derecho a la salud. Como regla, el intercambio de bienes y servicios anejos a la salud debe responder a los mecanismos de mercado, dejando a salvo los fallos de mercado que deban ser atendidos por medio de la actividad administrativa de limitación. Si razones de desigualdad impiden el acceso a bienes y servicios esenciales de salud, entonces, la Administración debe acudir a la actividad de fomento mediante subsidios directos y transparentes que permitan a la demanda acudir a los mecanismos de mercado. Solo excepcionalmente podría la Administración asumir directamente la gestión de estas actividades. Como se observa, esta visión compatibiliza el Derecho Mercantil con el intercambio de bienes y servicios anejos a derechos prestacionales.

De esa manera, y en resumen, desde el principio de menor intervención, la aplicación del Derecho Administrativo para ordenar y limitar actividades económicas a cargo de la libre iniciativa privada debe restringirse a lo estrictamente necesario para atender los fallos de mercado existentes. Desde el principio de subsidiariedad, el Derecho Administrativo solo puede regular actividades económicas cuando la regulación civil o institucional del Derecho Mercantil sea insuficiente. La aplicación de estos dos principios debe llevar a abandonar la *vis expansiva* del Derecho Administrativo, propenso a la “*administrativización*” de

**José Ignacio Hernández G.**

actividades económicas<sup>35</sup>. Por lo anterior, es necesario replantear el ejercicio de la función jurisdiccional por las Administraciones Públicas para resolver controversias entre privados, en especial, de naturaleza mercantil. Esto constituye no solo una indebida concentración de funciones en el Poder Ejecutivo, sino además, una violación al principio del debido proceso, en tanto los órganos y entes de la Administración Pública a cargo de tal función no cumplen -ni pueden cumplir- con los principios de autonomía e independencia<sup>36</sup>.

Para lograr cambiar la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil, sin embargo, es preciso desmontar los arreglos institucionales del Petro-Estado, esto es, las reglas por las cuales el Poder Ejecutivo realiza en monopolio las actividades de producción y exploración; capta el ingreso petrolero y distribuye a su arbitrio tal ingreso. Inevitablemente estas reglas fortalecen al Poder Ejecutivo debilitando el principio de separación de poderes y, en suma, creando incentivos para la *vis* expansiva del Derecho Administrativo. Por ello, esos arreglos son incompatibles con el Estado de Derecho y la economía de mercado.

Como se observa, reconstruir a los mecanismos de mercado va mucho más allá de la reforma legal orientada a derogar los controles arbitrarios impuestos desde el 2003 y que redujeron notablemente el ámbito del Derecho Mercantil a favor del orden público socialista. Además, es necesario dictar las reglas jurídicas que faciliten el libre intercambio de bienes y servicios desde la iniciativa privada, todo lo cual presupone desmontar las instituciones del

---

<sup>35</sup> Lo que tiene cierto arraigo en la cultura jurídica del Derecho Administrativo, muy propenso a crear supuestas categorías conceptuales que invaden áreas naturales del Derecho Mercantil, como por ejemplo, el “Derecho Administrativo de la Competencia”. Desde un punto de vista científico no existe tal cosa, sino tan solo la intervención administrativa sobre la libre competencia, que es una materia propia del Derecho Mercantil.

<sup>36</sup> El Derecho Administrativo venezolano ha aludido al ejercicio de la función jurisdiccional a través de la categoría de “actos cuasi-jurisdiccionales”. En la práctica, ello se traduce en el ejercicio de la función jurisdiccional para resolver conflictos entre particulares, incluyendo a operadores económicos, como sucede por ejemplo con controversias entre proveedores, por un lado, y consumidores y usuarios, por el otro. Otro ejemplo son las disputas basadas en actos violatorios a la libre competencia, que solo pueden ser conocidos por la Administración Pública. Los actos cuasi-jurisdiccionales son uno de los mejores ejemplos del rapto del Derecho Mercantil (y del Derecho Privado en general).

**José Ignacio Hernández G.**

Petro-Estado. Ello requiere, en suma, una ambiciosa reforma legislativa orientada a revisar y actualizar el Derecho Mercantil venezolano, y en especial, al Código de Comercio<sup>37</sup>.

Nada de lo anterior será posible mientras se mantenga el estado de hecho derivado de la destrucción del Estado de Derecho y el colapso estatal. Este colapso ha afectado la vigencia práctica de los controles centralizados impuestos con ocasión al modelo socialista, lo que ha reducido las restricciones sobre la libre iniciativa privada y, en suma, ha permitido espacios de tolerancia económica. Estos cambios, sin embargo, no pueden ser calificados como liberalización económica, pues en realidad, no se han reconstruido los mecanismos de mercado. Lo que sucedió es que, al colapsar el Estado, colapsaron también los controles centralizados, lo que llevó a una especie de “liberalización de *facto*”, marcada incluso por la dolarización de *facto*. Más allá de los posibles espacios de tolerancia económica en los cuales la iniciativa privada puede emprender ciertas actividades, esta situación de hecho es insuficiente para restablecer los mecanismos de mercado y con ello promover el crecimiento económico, para remontar el colapso del producto interno bruto y atender la emergencia humanitaria compleja.

El colapso del Estado, en todo caso, presenta una oportunidad única para construir un nuevo Derecho Mercantil deslastrado de las cadenas del Derecho Administrativo centrado en la visión estatista de desarrollo. A ello abona la destrucción de la industria petrolera, que ha aparejado el colapso del Petro-Estado: hoy la recuperación económica en Venezuela ya no puede depender solo del petróleo, en tanto es preciso apalancar el crecimiento desde el empoderamiento de la sociedad civil. Estas condiciones facilitan la liberación del Derecho Mercantil de su secuestro por el Derecho Administrativo.

Agosto de 2021

---

<sup>37</sup> No analizamos en este trabajo la pertinencia de mantener la codificación de la legislación mercantil. Lo único que queremos destacar es que la reconstrucción de los mecanismos de mercado no puede limitarse a retrotraer al Derecho Mercantil a su situación para 1999. En realidad, es preciso construir un *nuevo* Derecho Mercantil basado en los citados principios de menor intervención y subsidiariedad, que por otro lado, refleje los avances del Derecho Mercantil de las últimas décadas.



## **BIBLIOGRAFIA**

Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012

Araujo-Juárez, José, *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Vadell Hermanos, Valencia, 2003.

**José Ignacio Hernández G.**

Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2019.

Becker, Garry, “Irrational Behavior and Economic Theory”, en Journal of Political Economy N° 70-1, 1962.

Brewer-Carías “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en Revista de Derecho Público número 6, Caracas, 1981.

Brewer-Carías, Allan, “Consideraciones sobre la Suspensión o Restricción de las Garantías Constitucionales”, en Revista de Derecho Público número 37, Caracas, 1989.

Brewer-Carías, Allan, “El caso del bono compensatorio o de cómo se ignora el régimen de los Decretos-Leyes y se desquicia el régimen de la economía”, en Revista de Derecho Público número 33, Caracas, 1988.

Brewer-Carías, Allan, “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera, Tomo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1979.

Brewer-Carías, Allan, “El régimen constitucional de los servicios públicos”, en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, FUNEDA, Caracas, 2002.

Brewer-Carías, Allan, “Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, en Régimen jurídico de las nacionalizaciones, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

Brewer-Carías, Allan, Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979, Cámara de Comercio de Valencia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.

Cooter, Robert, y Thomas, Ulen, Law and Economics, Addison-Wesley Series in Economics, Boston 2006.

**José Ignacio Hernández G.**

Crazut, Ramón, “La suspensión de garantías constitucionales como medio para instrumentar la política de intervención del Estado en la actividad económica [1939-1991], en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 92, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994.

Cruz Ferrer, Juan de la, Principios de regulación económica en la Unión Europea, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

De León, Ignacio, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, en SUMMA, Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República, Caracas, 1998.

De León, Ignacio, “Reflexiones para una reforma del sistema económico de la Constitución venezolana”, La Constitución económica, IESA, Caracas, 1999.

Friedman, Milton, Capitalism and Freedom, University of Chicago Press, Chicago, 1962.

García de Enterría, Eduardo, La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Civitas, Madrid, 2001.

García-Pelayo, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Ramírez, Manuel (editor), Estudios sobre la Constitución española de 1978, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979.

García-Pelayo, Manuel, Obras Completas, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Hernández G., José Ignacio, “Código de Comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada”, en Bicentenario del Código de Comercio Francés Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

Hernández G., José Ignacio, “Código de Comercio y libertad de empresa. Un ensayo sobre las bases constitucionales de la autonomía privada”, en Bicentenario del Código de Comercio Francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

Hernández G., José Ignacio, “El Derecho de los Consumidores en Venezuela: un ejemplo del rapto del Derecho Mercantil”, Revista Foro de Derecho Mercantil N° 56, Bogotá, 2017.

**José Ignacio Hernández G.**

Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones en torno al servicio público como paradigma del Estado Social en el Derecho Venezolano. A propósito de la ordenación de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda”, en *Iurídica* N° 3, Universidad Arturo Michelena, Valencia, 2006.

Hernández G., José Ignacio, “Regulación económica y Derecho Mercantil a comienzos del siglo XXI”, en *Revista Foro de Derecho Mercantil* N° 21, Bogotá, 2008.

Hernández G., José Ignacio, *Comentarios a nueva Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios*, FUNEDA, Caracas, 2008.

Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresas y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004.

Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997.

Kasper, Wolfgang y Streit, Manfred, *Institutional Economics. Social order and public policy*, Edward Elgar, Northampton, 1998.

Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, décima edición, Caracas, 2001.

Linares Benzo, Gustavo, “Regulación y economía: juntas y bien revueltas”, en *Venezuela Siglo XX: Visiones y Perspectivas*, Tomo II, Fundación Polar, Caracas, 2000.

Madrid, Claudia, “Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días”, en *El Código Civil venezolano en los inicios del Siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

**José Ignacio Hernández G.**

Mankiw, N. Gregory, Principles of Economics, South-Western Cengage Learning, Mason, 2009.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, Derecho administrativo económico, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991, pp. 30 y ss. En general, vid. Laguna de Paz, José Carlos, Derecho Administrativo Económico, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

Mas-Colell, Andreu, et al., Microeconomic Theory, Oxford University Press, Nueva York, 1995.

Meier, Henrique, “Fundamento constitucional de la actividad económica del Estado Venezolano”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello número 22, Caracas, 1976.

Mélich-Orsini, José, Doctrina general del contrato, Editorial Jurídica Venezolana-Marcial Pons, Caracas, 1997.

Morles Hernández, Alfredo “El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista”, en Anuario de Derecho Público N° 1, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2007.

Morles Hernández, Alfredo “El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI”, en Revista de Derecho Público N° 112, Caracas, 2007.

Morles Hernández, Alfredo, La banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

Morles Hernández, Alfredo, “¿Un código de comercio socialista?”, en Libro Bicentenario del Código de Comercio Francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008.

Morles Hernández, Alfredo, Curso de Derecho Mercantil. Introducción. La empresa. El empresario, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

**José Ignacio Hernández G.**

Morles Hernández, Alfredo, “Evolución histórica y tendencias de la legislación mercantil venezolana”, en Centenario del Código de Comercio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991.

Morles Hernández, Alfredo, Historia del Derecho Mercantil en Venezuela, Universidad Monteávila, Caracas, 2015.

Morles Hernández, Alfredo. “El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión”, en Revista de Derecho Público N° 115, Caracas, 2008.

North, Douglas, Institutions, institutional change and economic performance, Cambridge University Press, 1999.

Ogus, Anthony, Regulation: Legal Form and Economic Theory, Hart Publishing, Londres, 1994.

Pascua Mateo, Fabio, El rapto del Derecho Privado, Civitas, Madrid, 2015.

Peña Solís, José, Manual de Derecho Administrativo, Volumen 3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

Posner, Richard, Economic Analysis of Law, Wolters Kluwer Law & Business, Nueva York, 2014.

Rey, Juan Carlos, “Las bases de la legislación civil en la URSS”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 24, Caracas, 1963.

Rosen, Harvey S., y Ted Gayer, Public Finance, McGraw-Hill Series in Economics, McGraw-Hill Education, Nueva York, 2014.

Samuelson, Paul y Nordhaus, William, Economía con aplicación a Latinoamérica, McGraw Hill, México, 2016.

Sen, Amartya, Development and freedom, Anchor Books, Nueva York, 1999.

**José Ignacio Hernández G.**

Singer, Joseph, No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis. Yale University Press, New Haven, 2015.

Steinemann, Anne C. et al., Microeconomics for Public Decisions, Thomson/South-Western, Mason, 2005.

Stiglitz, Joseph E, y Rosengard, Jay K. Economics of the Public Sector, W. W. Norton & Company, Nueva York, 2015.

Suárez, Jorge Luis, “Lo público y lo privado en las actividades económicas en Venezuela”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas número 101, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996.

## ESTUDIAR LA FILOSOFÍA LIBERAL A TRAVÉS DE LA OBRA DE ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ

*Andrea I. Rondón García / Nasly Ustáriz Forero*

Profesora del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro del Comité Académico  
de Cedice Libertad / Directora Legal de 100% Banco

Máster en Economía de la Universidad Francisco Marroquín. OMMA Business School Madrid

### Resumen

Se escogieron algunos textos emblemáticos del autor para darles una lectura desde la filosofía liberal. En algunos casos los textos del profesor Morles sentaron las bases sólidas para hacer esta lectura, después de todo, aunque Morles ha sido definitivamente parte importante de la cultura jurídica del país, podemos afirmar que fue de aquellos que no contribuyeron a que ella fuera liberticida, estatista y estatólatra. Otros textos, por su aproximación tradicional, nos permitieron ser críticos en relación con enfoques contenidos en su obra y brindar una mirada distinta, una que permite, definitivamente, una mejor alianza entre el Derecho y la Economía.

**Palabras clave:** Filosofía liberal, instituciones evolutivas, mercado, legislador limitado, jurista.

## A STUDY ON LIBERAL PHILOSOPHY THROUGH THE LENS OF THE WORK OF ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ

### Abstract

The authors selected certain emblematic works to be examined under liberal philosophy. In some cases, Professor Morles's work constitutes a sound foundation for this analysis, after all, even though Morles ultimately played a significant role within the country's legal culture, we can assure that he was one of those who did not contribute to making this culture freedom-annihilating, statist and state worshiper. As a result of their traditional approach, other works allowed us to be critical and to provide a different view, a view that permits in the aggregate a better bond between Law and Economics.

**Keywords:** Liberal philosophy, evolutionary institutions, market, restricted lawmaker, jurist.



**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

## **INTRODUCCIÓN**

Quienes escriben este artículo tuvieron una relación distinta con el profesor Morles. Para una de ellas fue el autor de los manuales de obligatoria lectura durante el estudio de la carrera. Además fue una verdadera excepción en nuestra cultura jurídica que se ha caracterizado por ser liberticida, estatista y estatólatra, pues de ningún modo contribuyó a que fuera así, razón por la cual, para una de las autoras, fue un verdadero honor que formara parte del jurado en la defensa de su tesis doctoral en la Universidad Central de Venezuela.

Para otra de las autoras, la figura de Morles fue adquiriendo perfil propio y personalísimo, sin dejar de lado el rol de consulta obligada que tienen sus indispensables manuales en la formación de cualquier abogado venezolano que se precie de ello. De profesor de pregrado a mentor, compañero de actividad bancaria, apoyo incondicional en la labor académica dentro del gremio financiero, tanto en Venezuela como en el ámbito latinoamericano (con especial referencia a la Federación Latinoamericana de Bancos, FELABAN), hasta tutor entusiasta de la tesis doctoral que ya no podrá ver concluida. Así se convirtió en una figura, que, pese a su talla de jurista destacadísimo, siempre estuvo cargada de estrecha impronta personal y cercana: en suma, un regalo de la vida haber podido ser considerada su discípula.

Decidimos entonces, con las aproximaciones particulares de cada quien, escribir este artículo a cuatro manos porque ambas coincidimos en el valor de la obra de Morles que lo trasciende, y que, si bien lo ha convertido en un gran jurista venezolano e iberoamericano de la segunda mitad del siglo XX y del siglo XXI, es ese trabajo y la evolución de su pensamiento lo que nos permite «rastrear», por así decirlo, las notas características de la filosofía liberal, filosofía cuyo estudio nos ha unido.

Justamente, tomando esto último en consideración decidimos abordar este artículo del siguiente modo: (i) establecer el contenido de la filosofía liberal; (ii) mostrar cómo la investigación histórica se ha erigido en clara evidencia del surgimiento espontáneo de las instituciones y al mismo tiempo de las arbitrariedades del legislador; (iii) una aproximación

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

liberal a temas difíciles de abordar como el mercado de capitales o el sector bancario; (iv) nuestra crítica a la exigencia del capital social mínimo de las compañías anónimas y (v) la categoría de jurista del profesor Morles a pesar de los difíciles años para el derecho venezolano.

## **I. SOBRE LA FILOSOFÍA LIBERAL**

El liberalismo como filosofía política surge para resistir los absolutismos y reivindicar los derechos del hombre. Pero hoy en día se ha utilizado tanto la palabra liberalismo para señalar tan diversas cosas, que prácticamente ha sido vaciada de contenido.

De este modo, hemos preferido asistimos de una definición sencilla que utiliza el profesor Martin Krause con frecuencia. Krause explica que los principios de la filosofía liberal «...consisten en la prioridad de la libertad por sobre otros valores, el énfasis en el individualismo, aunque no reñido con la cooperación en sociedad, sino más bien de tipo metodológico; un rechazo a la coerción por sobre un determinado mínimo, al estado omnipresente, a la democracia ilimitada»<sup>1</sup>.

Como complemento de esta definición, el profesor Juan Ramón Rallo por su parte ha afirmado que el liberalismo es una «filosofía política minimalista que no pretende establecer de manera rígida lo que está bien y lo que está mal en todos los aspectos de nuestra existencia, sino que únicamente aspira a descubrir cuál es el marco jurídico necesario para que cada uno pueda vivir su propia vida sin más limitación que la de respetar a los demás»<sup>2</sup>.

El cumplimiento de estos principios será una de las constantes en las distintas corrientes liberales, desde su surgimiento en el siglo XVIII hasta el presente, la idea de tener por norte la reafirmación del individuo y la de establecer claros límites al Estado.

Las preocupaciones por respetar estas constantes definitivamente tienen una traducción en el Derecho. Tomemos por ejemplo la dinámica de las sociedades mercantiles en la que vemos el claro interés de aquellos que desean unir esfuerzos con otros para alcanzar

---

<sup>1</sup> Martin Krause, Prólogo, Política y filosofía política a La filosofía política de Jorge Luis Borges, de Adramis Ruíz (Madrid: Unión Editorial, 2015), 18.

<sup>2</sup> Juan Ramón Rallo, Liberalismo: Los 10 Principios Básicos del Orden Liberal (Madrid: Deusto, 2019).

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

sus objetivos, esto es, el *animus societatis*, que es distinto al interés individual de cada uno por cumplir sus propios objetivos.

En este contrato plurilateral que son las sociedades mercantiles –la tesis de aceptación más general, según afirma el mismo maestro Morles-<sup>3</sup>, las reglas son establecidas principalmente por sus socios, porque son los que mejor conocen el negocio. Así ha sido reconocido por el legislador del Código de Comercio, aunque esto no ha sido contundente o permanente a lo largo del tiempo. El profesor Morles Hernández refiere el desarrollo legislativo de este aspecto y señala que «La formulación del artículo 200 del Código de Comercio que asigna preponderancia al principio de la autonomía de la voluntad corresponde a las concepciones en boga en el siglo XIX. Progresivamente a lo largo del siglo XX, tanto la doctrina como la jurisprudencia se fueron orientando en el sentido de reducir el ámbito de tal autonomía»<sup>4</sup>.

En el caso específico de las sociedades mercantiles se han encontrado formas para preservar la autonomía de la voluntad de las partes. El profesor Morles Hernández afirmó en su momento que «en el derecho societario, como parte del derecho privado, está permitido todo lo que no esté prohibido por un texto legislativo expreso o por un principio general»<sup>5</sup>.

Hoy en día, en el que Venezuela se encuentra en el último lugar de respeto al Estado de Derecho, esta afirmación ha perdido total fuerza porque los decretos presidenciales (que lamentablemente se han convertido en la regla y no la excepción); las resoluciones del

---

<sup>3</sup> Ello debido a que el carácter tan específico de la sociedad ha generado las más diversas especulaciones en torno a su naturaleza jurídica, como afirma De Gregorio, citado también por Morles; y dentro de tales especulaciones han surgido las diferentes teorías cuyo propósito es explicar la naturaleza jurídica de la sociedad, aunque se ha privilegiado el concepto del contrato de sociedad como contrato plurilateral, según explica Ascarelli. Ver: Alfredo De Gregorio, *De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales*, Volumen I, Tomo 6, (Buenos Aires: Ediciones Ediar, 1950); Tulio Ascarelli, *Sociedades y Asociaciones Comerciales* (Buenos Aires: Ediciones Ediar, 1947), 21 y sig. Del mismo autor, *El Contrato Plurilateral* (México: Ed. JUS, 1949), 20 y sig.

<sup>4</sup> Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles*. Tomo II-A (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 769.

<sup>5</sup> Aunque entendemos la crítica del profesor Morles, nos parece conveniente advertir que establecer prohibiciones o límites –que han de ser de interpretación restrictiva- a través de *principios* es un peligro dado su carácter abierto y flexible.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

SAREN y la actuación de Registros y Notarías han arrinconado por completo la autonomía de la voluntad de las partes y desnaturalizado el principio de legalidad.

Lo que nos lleva a la siguiente preocupación, esto es, la de establecer claros límites al Estado, lo cual, entre otros aspectos, debe verse reflejado en un legislador limitado. Y esto no es una exigencia nimia, dado que ya en la década de los 40, en su célebre libro Camino de servidumbre, Hayek denunciaba que la hiper regulación legislativa es un signo característico de los totalitarismos.

En la misma línea, muchos otros autores, entre ellos Juan Ramón Rallo, han advertido que esa *comunidad política organizada* que es el Estado, y dentro de éste, el legislador, por su mismo rol está habilitado para hacer cumplir un sistema de normas determinado, lo que genera enorme acumulación de poder por lo que es muy fácil que ello lo convierta en un agente que conculque los derechos de los otros individuos. Por eso para el liberalismo ha de estar estrictamente limitado, nunca legitimado a colocarse por encima de los individuos.

Desde el liberalismo entonces, la propuesta consiste en un legislador estrictamente limitado. A partir de la mano invisible de Adam Smith<sup>6</sup>; el orden natural de Frédéric Bastiat<sup>7</sup>; la acción humana de Ludwig von Mises<sup>8</sup>; el orden espontáneo de Friedrich von Hayek<sup>9</sup>; la ley como descubrimiento y no como acto de promulgación de Bruno Leoni<sup>10</sup>; y la praxeología (método propio de la Escuela Austríaca de Economía) aplicada al Derecho de Ricardo M. Rojas<sup>11</sup>, podemos ensayar un concepto de Derecho como un conjunto de comportamientos que se han ido formando a lo largo del tiempo, dentro de un proceso evolutivo que supone ajustes, adaptaciones y coordinación social, y donde el legislador tiene una participación, un rol limitados, fundamentalmente encargado de velar por el escrupuloso respeto de esos principios propios del liberalismo a los que nos referimos antes, siendo esta última una de las expresiones en el Derecho de la propuesta de un gobierno limitado.

---

<sup>6</sup> Adam Smith, La teoría de los sentimientos morales (Madrid: Alianza Editorial, 2011), 407.

<sup>7</sup> Frédéric Bastiat, «La Ley», en Obras escogidas (Madrid: Unión Editorial, 2012), 181-234.

<sup>8</sup> Ludwig von Mises, La acción humana. Tratado de economía (Madrid: Unión Editorial, 2011), 37-85.

<sup>9</sup> Friedrich von Hayek, Derecho, Legislación y Libertad (Madrid: Unión Editorial, 2006): 57-78.

<sup>10</sup> Bruno Leoni, La libertad y la Ley (Madrid: Unión Editorial, 2011), 19-42.

<sup>11</sup> Ricardo M. Rojas, Fundamentos praxeológicos del derecho (Buenos Aires: Unión Editorial Argentina, 2018), 108.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

Si entendemos al Derecho como el resultado de un proceso evolutivo, la autonomía de la voluntad adquiere un rol protagónico y la legislación un rol supletorio. De hecho, esa es la idea recogida en forma expresa en el mencionado artículo 200 del Código de Comercio que dispone que «Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones de este Código y por las del Código Civil».

Sin embargo, ante la existencia de una Ley del Registro Público y del Notariado; con innumerables leyes especiales, como las de banca, seguros, mercado de valores; y con la proliferación de providencias, resoluciones, circulares de la Administración Pública cabe preguntarse cuánto de vigencia queda aún de ese artículo 200.

Entendemos que surjan situaciones límite como el abuso de la forma societaria; las sociedades infracapitalizadas; la llamada “polivalencia funcional” de la sociedad anónima; la prueba de la propiedad de las acciones cuando se ha perdido el libro; etc.; todos temas tratados por el profesor Morles en *Cuestiones de Derecho Societario*<sup>12</sup>. Sin embargo, la intervención legislativa lejos de resolver estos temas ha desnaturalizado la esencia misma de las sociedades mercantiles, que hoy en día encuentran muy pocos espacios en los que el Estado no se inmiscuya, lo que nos aleja notoriamente de ese rol estrictamente limitado que hemos mencionado.

Esto no sólo ha ocurrido con las sociedades mercantiles, cuyo régimen nos ha servido de ejemplo, sino en los más amplios aspectos propios del Derecho mercantil, respecto de los cuales tenemos mucho que decir y aportar desde la filosofía liberal que expone el eterno tema sobre el claro establecimiento de límites del Estado frente a los derechos de los ciudadanos.

## **II. MORLES: ENAMORADO DE LA HISTORIA-LA HISTORIA COMO PRUEBA DE LA TEORÍA EVOLUTIVA DE LAS INSTITUCIONES Y DE LAS IMPOSICIONES ARBITRARIAS**

---

<sup>12</sup> Ver páginas página 11-25; 48-52; 187-190 de Alfredo Morles Hernández, *Cuestiones de Derecho Societario*. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006).

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

La investigación histórica se ha erigido cada vez con más fuerza en clara evidencia del surgimiento espontáneo de las instituciones y el Derecho mercantil es uno de los mejores ejemplos de ello.

Francesco Galgano señalaba que «...en su comienzo, del *ius mercatorum*, que es tal no sólo porque regula la actividad de los *mercatores*, sino también, y especialmente, porque es derecho creado por los *mercatores*, derecho que nace de los estatutos de las corporaciones mercantiles, de la costumbre mercantil, y de la jurisprudencia de la curia de los comerciantes»<sup>13</sup>.

¿Quién mejor que el comerciante para establecer las reglas con las que se relacionará con los demás?

Y esto es así desde sus inicios si lo analizamos respecto de cada área en la que los individuos actúan en sociedad. Podría pensarse que esta fue la regla por mucho tiempo que luego vendría a ser sustituida por la intervención estatal a través del legislador.

No todos lo ven como algo positivo. El mismo Galgano se muestra de cierto modo crítico con este derecho de gremio al afirmar, respecto del *ius mercatorum*, que es «...creado directamente por la clase mercantil, sin mediación de la sociedad política, es, por tanto, un derecho que no se impone en nombre de la comunidad entera, sino en nombre de una clase...»<sup>14</sup>.

Lo cierto es que desde el liberalismo se considera que lo que Galgano llama *mediación de la sociedad política* es en realidad, una interferencia sobre la dinámica natural de interrelación entre las personas. Desde el liberalismo se apuesta por un legislador limitado y por la responsabilidad individual; que el legislador sólo deberá actuar en los casos de abuso del ejercicio de derechos y libertades individuales; y que el límite de los derechos de cada quien es lo fundamental para considerar toda regulación, lo cual excluye de dicha regulación muchas materias y también esos conceptos jurídicos indeterminados como orden público o

---

<sup>13</sup> Francesco Galgano, *Historia del Derecho mercantil* (Barcelona: Editorial Laia, 1981), 11.

<sup>14</sup> Galgano, *Historia...*, 11.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

buenas costumbres, que proveen de tanta discrecionalidad a los funcionarios de turno, con el subsecuente debilitamiento de la seguridad jurídica.

Ahora bien, la historia es también reflejo de imposiciones arbitrarias a través del legislador. En este sentido, los trabajos del profesor Morles son ilustrativos. Uno de estos trabajos realmente excepcional es el que se refiere a la historia del Derecho mercantil venezolano que pasa por el derecho indiano y se enfoca principalmente en el proceso de la codificación. Decimos que es excepcional porque el derecho indiano no es una etapa de estudio en nuestra área e incluso el profesor Morles señala los tropiezos para abordar este tema por la falta de fuentes que trabajen tal período.

En el trabajo mencionado el profesor Morles destaca como fue el proceso de creación de la Compañía Guipuzcoana que, en nuestra opinión, terminó por convertirse en un ente de centralización de la política económica de la época. En este sentido, se describe lo siguiente:

Hay coincidencia en afirmar que la decisión de la corona española de encomendar el monopolio del comercio entre España y Caracas a una compañía anónima es el producto de la imitación de la costumbre de la época, especialmente de la monarquía francesa (los reyes borbones eran de origen francés), que había procedido de modo similar a constituir numerosas compañías coloniales para explotar el comercio con los territorios de ultramar, siguiendo el modelo de la famosa Compañía de las Indias Orientales establecida por los holandeses en 1602 (...) La Compañía Guipuzcoana sería una sociedad anónima regida por el derecho público, siguiendo los pasos de la sociedad anónima holandesa y de las experiencias inglesas y francesas<sup>15</sup>.

Y efectivamente se trató de un ente de centralización de la política económica de la época porque el profesor Morles la describe como «... protagonista del monopolio legal de la actividad comercial y del tráfico marítimo entre Venezuela y España...»<sup>16</sup>.

En este caso, a pesar de encontrarnos bajo la figura de una compañía anónima, lo cierto es que dentro de este esquema se extendía el dominio de la Corona española al

---

<sup>15</sup> Alfredo Morles Hernández, *Historia del Derecho mercantil Venezolano* (Caracas: Universidad Monteávila-Universidad Católica Andrés Bello, 2015), 93.

<sup>16</sup> Morles, *Historia...*, 93.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

comercio de las colonias, acentuando el mercantilismo<sup>17</sup> y retardando el inicio de la liberalización de la economía.

### **III. LA ESPECIALIDAD**

En el área de Derecho comercial, además de su indispensable Curso de Derecho mercantil, podríamos decir que es de los pocos que escribió con profundidad sobre los temas especiales a través de sus libros: *La Bolsa, los corredores y los contratos bursátiles* (1988); *Régimen legal de las crisis bancarias* (1994); *Mercados de instrumentos financieros e intermediación* (1998); *Régimen legal del mercado de capitales* (1999); *Oferta pública de adquisición (OPA)* (2001); *Garantías Mercantiles* (2010); *Derecho de Seguros* (2013); y *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela* (2016).

Morles abordaba estos temas desde un punto de vista muy tradicional, de tal suerte que el elemento común a todas estas áreas que es el mercado es visto por él como «un locus artificialis, es decir, un 'sistema de relaciones gobernado por el derecho', o 'un régimen normativo de relaciones económicas', porque el mercado no existe, o no se puede permitir que exista, en forma natural»<sup>18</sup>. Aunque como veremos en el punto v, en materia de banca, o incluso en la de seguros, el profesor Morles modificó notablemente esta idea y podemos apreciar una franca evolución en este sentido<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> En términos muy generales, podemos afirmar que los mercantilistas han sido considerados en buena medida como los primeros “opositores” del liberalismo, dado que fundamentaron sus tesis en el poder nacional y la riqueza pecuniaria y por cuanto al aferrarse a las ventajas que producía el intervencionismo en el comercio exterior, se ubicarían en una “posición contraria a todo lo que pudiera representar el libre comercio”. Aunque estas notas puedan requerir precisiones y matices, es una forma de dejar sentadas las bases primordiales de aquella doctrina. Al respecto, ver: Maxim Ross, Adam Smith y los mercantilistas. *Orígenes del Liberalismo Económico* (Caracas: Fondo Editorial Acta Científica Venezolana, 1992), 20.

<sup>18</sup> Alfredo Morles Hernández, *Régimen legal del mercado de capitales* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2002), 17.

<sup>19</sup> En una de sus últimas obras, Morles, advirtió que la nueva legislación financiera adelantada desde el gobierno en los últimos tiempos seguía una deriva nociva con dos características: la acentuación del signo intervencionista y el cambio radical del principio de derecho privado, según el cual las personas pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, puesto que ahora, conforme a las nuevas leyes, los agentes económicos únicamente pueden realizar los actos que la ley autorice. Alfredo Morles Hernández, *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2016), 32-33.



**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

La aproximación a estos temas desde la filosofía liberal no es fácil, y no porque no se haya intentado, sino porque se piensa que en estas áreas el interés general o el interés colectivo o el bien común están más presentes que en otras y que se debe garantizar la protección del inversionista (mercado de capitales) o del cuentahabiente (sector bancario)<sup>20</sup>.

Pero ante las advertencias del profesor Morles sobre no permitir que exista el mercado de forma natural conviene señalar lo que los intelectuales austríacos vienen divulgando desde mediados del siglo XX y es que el mercado somos todos nosotros tomando decisiones para alcanzar nuestros fines y propósitos. Todos participamos en esa dinámica de intercambio de bienes y servicios, y como se trata de intercambios consensuados en el que todos se benefician, ¿por qué «no se puede permitir que exista, en forma natural»?<sup>21</sup>.

Nos responderán: para proteger al tercero (inversionista, asegurado, ahorrista, etc.). Pero entonces estamos partiendo de la mala fe de una de las partes en una relación en la que deben privar el principio de igualdad ante la ley, así como el de buena fe, los cuales se quebrantan de este modo.

Nos responderán también: para eliminar las asimetrías generadas por quienes detentan el poder económico. Pero la ley no está para la búsqueda de la igualdad material -sino ante la ley- y si quienes detentan el poder económico abusan de él, entonces debemos apostar por las instituciones para garantizar el respeto de los derechos y libertades como es el caso de los tribunales.

También se argumentará, bajo la conocida noción económica de *externalidades negativas*, que los bancos son diferentes, toda vez que los costos de su insolvencia, en muchos casos, no los asumen los accionistas, sino los depositantes, otras empresas del sistema y hasta la economía en su conjunto, con lo cual resulta altamente perjudicada la asignación eficiente

---

<sup>20</sup> Al respecto se ha llegado a afirmar que “Es probable que haya sido la contratación bancaria -junto con la referente a los seguros y la de servicios públicos- la primera en haber generado los problemas que condujeron al nacimiento del derecho del consumo.” Carlos De Cores Helguera, Introducción al Derecho de los servicios financieros. (Montevideo, La Ley, 2009), 169.

<sup>21</sup> Una de las obras clásicas de la Escuela Austríaca de Economía donde podemos encontrar la propuesta de esta escuela es La acción humana de Ludwig von Mises.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

de los recursos provenientes del ahorro a la inversión. Este tipo de razonamientos así como la necesidad de reducir los efectos perniciosos del conjunto de riesgos a los que los bancos están sometidos se ha traducido en una potente explicación o justificación de la intervención y regulación del sector.

En esto último, la filosofía liberal aboga por una actuación o control posterior y no anterior a través de la regulación. Desde el liberalismo se postula limitar al legislador; enfocarnos en la responsabilidad individual y en no desvirtuar la ley en la búsqueda de fines que no le son propios y no le corresponden al legislador.

Lo cierto, sin embargo es que el Estado en su rol de regulador en el sentido más amplio, ha prevalecido con el presunto objetivo de procurar un crecimiento ordenado y sobre todo estable del sistema financiero. Se trata, en palabras del profesor Rallo, de “reenfocar cuál debe ser el objetivo de la banca”, ello con el fin de someter al sector financiero a la regla de oro predicada por Mises. En este escenario, sigue afirmando Rallo “la cuestión que sí debemos plantearnos es la de cuál es el marco institucional, o el tipo de políticas bancarias que maximizan la probabilidad de que los bancos respeten esa prescripción financiera. Y al respecto caben dos grandes posibilidades extremas: regular centralizadamente el negocio bancario para obligarles a seguir esa regla de oro o, en cambio, establecer un marco institucional de incentivos descentralizados que conduzca a la banca a autorregularse en el respeto de la regla de oro”<sup>22</sup>.

En nuestra opinión, la realidad que enfrentamos en esta materia, tanto en el caso de países concretos, como en el ámbito de la regulación financiera internacional, lo que evidencia es un crecimiento silvestre y descoordinado de toda clase de iniciativas regulatorias, que en nada contribuyen con los fines apuntados.

---

<sup>22</sup> Juan Ramón Rallo. Una crítica a la teoría monetaria de Mises: Un replanteamiento de la teoría del dinero y del crédito dentro de la escuela Austríaca de Economía. (Unión Editorial, Biblioteca de la Libertad, formato Kindle, 2019).

Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero

La crisis *mundial* iniciada en los años 2007/2008 probablemente haya exacerbado aún más esa tendencia<sup>23</sup>, y ante lo que algunos han denominado un auténtico *tsunami regulatorio*<sup>24</sup>, nos queda claro que el sistema no está funcionando de manera siquiera medianamente eficiente. Nuestro principal argumento, aunque no el único, queda recogido bajo lo que se conoce como la noción de “Captura del Regulador”. Al respecto, ha explicado el profesor Rallo que aunque no existiesen los problemas de información que hemos apuntado<sup>25</sup>, ¿qué garantías existen de que el regulador no está utilizando todos esos mecanismos para privilegiar a determinados agentes económicos?<sup>26</sup>

Estos temas son tratados además, desde el análisis económico del derecho, que «avanzó hacia una función normativa, basada en la pretensión de poder diseñar soluciones jurídicas concretas y generales para situaciones futuras»<sup>27</sup>, lo cual no es muy distinto del punto de partida del profesor Morles<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> “La reacción frente a esta crisis financiera ha sido la misma de siempre: clamar por diferentes, mayores y más profundas regulaciones. Esta reacción convenientemente olvida que la industria financiera es una de las actividades empresariales más supervisadas y reguladas”. Gustavo Morles Miralles. Economía y Estado en la Regulación de los Mercados Financieros en Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Vol. III. (Caracas, Coordinación y compilación Astrid Uzcátegui- Julio Rodríguez Berrizbeitia, Universidad Católica Andrés Bello), p. 393.

<sup>24</sup> El profesor Uría en su tesis ha sostenido que “No cabe duda de que esa promulgación sucesiva de nuevas normas, escasamente coordinadas entre sí y que interpretan y aplican de forma discordante en las distintas jurisdicciones (el “tsunami regulatorio”, del que suele hablarse), tiene un efecto importante sobre el modelo de negocio y la rentabilidad de las entidades de crédito lo que, obviamente, preocupa a los gestores de las entidades y a sus accionistas”. Francisco Uría Fernández, La crisis financiera y la nueva regulación bancaria. Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, leída el 15-01-2016.

<sup>25</sup> En esta línea discursiva ha sostenido Rallo: “Como toda regulación centralizada de cualquier actividad económica, esta se enfrenta a dos grandes grupos de problemas: por un lado, los problemas de información; por otro, los problemas de incentivos.” Y en concreto, al referirse a los primeros, hace referencia a “la incapacidad del planificador central para conocer en cada momento del tiempo todos los detalles relativos a la organización interna de cada banco. Mientras que el conocimiento se genera y se posee localmente – por aquellas personas que dirigen en el día a día tales entidades-, la regulación centralizada aspira a que las decisiones sobre la organización de la banca se adopten a un nivel institucional alejado de ese ámbito local”. Rallo, (2019).

<sup>26</sup> Se trata, como concluye Rallo, en este punto, de esa latente y persistente “tentación de políticos y burócratas de utilizar sus poderes no para asegurar el cumplimiento de la regla de oro de la banca, sino para promover sus propias agendas personales”. Rallo, (2019).

<sup>27</sup> Ricardo M. Rojas, «Prólogo», en El orden del Derecho. La relación entre la Economía y el Derecho y su Importancia (Madrid: INNISFREE-Grupo Unión, 2021), 10.

<sup>28</sup> Entre otros aspectos, Morles destacó que en Venezuela la actividad de supervisión ha estado signada por “rasgos hostiles”, lo que la habría convertido en una auténtica “supervisión represiva”. Alfredo Morles Hernández, La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2016), 592.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

Sin embargo, mucho se ha avanzado en dichos asuntos y la propuesta de autores como David Friedman, desde el análisis económico del derecho, es apuntar a la racionalidad-eficiencia de la norma legal; a la economía de la conducta; a la teoría de juegos, y no a la justicia, que para Friedman, no informa adecuadamente al derecho; no se cuenta con una teoría apropiada que nos permita definir una ley justa o injusta y porque en última instancia las leyes no son obedecidas por ser justas sino eficientes<sup>29</sup>. Aunque esta última afirmación puede considerarse excesiva para muchos, lo cierto es que Friedman en su obra citada se ha dedicado a analizar y mostrar cómo, en la mayoría de los casos, obedecemos normas que consideramos justas, pero de hecho lo que ocurre es que son eficientes.

Será justamente esto último lo que dificulta para los liberales introducir sus principios en el ámbito jurídico. El fin del derecho no es la justicia sino la libertad, vista como valor supremo.

#### **IV. NO SIEMPRE COINCIDIMOS**

El profesor Morles también fue un prolífico colaborador y redactor de proyectos legislativos como es el caso del que recoge la Ley General de Títulos Valores presentado al Congreso de la República por el Ministro de Justicia en 1984; coautor del Anteproyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles presentado al Ministro de Justicia en 1988, y coautor del Anteproyecto de Decreto Ley de Registro Público y del Notariado 2001. Sobre este último deseamos detener nuestra atención.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado es la regulación específica de los Registros Mercantiles y se dicta por primera vez en el año 2001 bajo el título de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado.

---

<sup>29</sup> David Friedman, *El orden del Derecho. La relación entre la Economía y el Derecho y su Importancia*. (Madrid: INNISFREE-Grupo Unión, 2021), 10.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

La regulación de los Registros Mercantiles estuvo inicialmente en el Código de Comercio a partir de 1873 y posteriormente por Decretos dictados por el Ministerio de Justicia en los años 1952 y 1953<sup>30</sup>. De igual modo, también se aplicaban por analogía algunas disposiciones de la Ley de Registro Público, específicamente en materia de la función calificadora.

En Gaceta Oficial No. 37.333 del 27 de noviembre de 2001 (esta es una reimpresión por error material, lo que fue característico de los decretos-ley a partir de ese momento) se dictó el Decreto-Ley No. 1554 de Registro Público y del Notariado y regularía en un solo texto las materias relacionadas con el registro inmobiliario, el Registro Mercantil, el registro civil y las notarías.

Con relación al Registro Mercantil, Morles Hernández destacó en su oportunidad lo siguiente:

Se le atribuyen al Registrador Mercantil potestades mínimas de control: competencia para rechazar la inscripción de una sociedad anónima de capital insuficiente –no arbitrariamente- sino aplicando criterios de razonabilidad vinculados al objeto social; competencia para asegurar que los aportes en especie tienen el valor que se les atribuye (...) obligación de exigir la indicación de una dirección de la sociedad, para evitar la existencia de sociedades fantasmas; homologar o rechazar el término de duración de la sociedad, respetando la manifestación de voluntad de los socios, a menos que la duración sea estimada excesiva...<sup>31</sup>.

Siendo honestas, en la práctica no han resultado *mínimas* las facultades de control que se le otorgaron al Registrador Mercantil, y se constatan numerosas arbitrariedades, lejos de lo que pretendía el maestro. Incluso en los casos en los que se pretende que ello no afecte la manifestación de voluntad, tal pretensión difícilmente se puede cumplir.

El profesor Morles, desde que enfocó su atención en lo que él calificó de “situación anómala” ha revisado el punto con miras en “modificar la situación existente”, aun

---

<sup>30</sup> Roberto Goldschmidt, Curso de Derecho mercantil (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Roberto Goldschmidt, 2008), 134-135.

<sup>31</sup> Alfredo Morles Hernández, Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002), 189-190.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

admitiendo que “dentro de un régimen legal sin requerimiento de capital mínimo para la sociedad anónima resulta en cierto modo contradictorio hablar de capital insuficiente, puesto que está implícito en el sistema que cualquier capital es *suficiente* por lo menos para el acto constitutivo”<sup>32</sup>.

Esta postura apuntaba a una suerte de replanteamiento del debate en torno a los temas relativos a la gran sociedad. Aunque así lo entendemos, con el respeto que nos merecen las ideas del maestro, nos corresponde aquí exponer la alternativa liberal ante el remedio regulador como única vía, en especial cuando este consiste en conferir facultades a funcionarios públicos, las cuales, por su misma formulación, están destinadas a ser rebasadas en la práctica, y a sustentar los excesos discrecionales gubernamentales.

El caso es que, para la fijación del capital social, tales facultades constituyen una grave afectación del derecho de propiedad de los accionistas, quienes no pueden disponer libremente de su inversión al constituir una compañía, porque ello estará determinado en un principio por el Registrador Mercantil y luego por el SAREN, de conformidad con la regulación vigente.

Con la Ley de Registro Público y del Notariado de 2001 se verá por primera vez en nuestro país una regulación expresa sobre el capital social mínimo para constituir una compañía. En virtud del artículo 56, numeral 1, el Registrador Mercantil puede rechazar la inscripción de una sociedad si considera que el capital es insuficiente para la consecución del objeto social. Debe insistirse que esta disposición crea las condiciones para la actuación arbitraria del Registrador Mercantil y constituye una intromisión en la autonomía de los particulares que son los que están en mejor posición para conocer el capital que resultaría congruente y suficiente para alcanzar el objeto social que ellos mismos están proponiendo.

Aunque esta disposición ha sido defendida por el profesor Morles<sup>33</sup>, no deja de contemplar la posibilidad de intromisiones indebidas (que terminen por dirigirla) en la autonomía de los accionistas. Además, es una regulación que, cabe interpretar, parte de la

---

<sup>32</sup> Alfredo Morles Hernández, *Cuestiones de Derecho Societario*, p. 187.

<sup>33</sup> Alfredo Morles Hernández, *Cuestiones de Derecho Societario* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006), 214-215.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

mala fe de los accionistas y está destinada a regular más bien una patología como son las sociedades de capital insuficiente que es una característica lamentable y criticable de nuestro sector privado.

En efecto, en un trabajo publicado en los años 80, Moisés Naím destaca que la empresa privada venezolana se caracterizaba, aún en esa época, por ser muy joven, poco competitiva, doméstica y endeudada "...con una dotación de capital insuficiente para el volumen y la diversidad de actividades en las que están involucradas"<sup>34</sup>. Para la época en que se introdujo esta disposición con la Ley de Registro Público y del Notariado en el año 2000 y en sus sucesivas reformas la situación no es muy distinta a la descrita en los años 80. Pero se debe insistir, si de lo que se trata es de adoptar legislaciones que no creen obstáculos para una economía productiva y competitiva, fundada en la propiedad privada como institución fundamental, en que no puede legislarse a partir de patologías, porque lo único que se hará es atacar los efectos del problema y no las causas.

También podría ahondarse en otro tema igualmente delicado. La Ley de Registro Público y del Notariado es básicamente una ley especial de procedimientos. Cómo es posible que siendo una ley de procedimientos, destinada a regular la organización de los Registros, se desvíe a regular temas societarios de fondo. Es una absoluta desnaturalización de la función calificadora que se tiene pensada para el Registrador venezolano.

Esta regulación de 2001 representa una grave afectación de la autonomía de la voluntad porque los accionistas no pueden decidir la inversión inicial de la compañía a constituir; una grave afectación a la libertad de asociación porque se crean obstáculos para constituir una compañía; y una grave afectación al derecho de propiedad porque se depende de la decisión del Registrador Mercantil para disponer de la propiedad.

Pero esta regulación, con la última reforma, resulta aún más nociva y fuente de los problemas actuales en materia de constitución de compañías anónimas y aumento del capital social. El numeral 1 del artículo 57 de la Ley de Registros y del Notariado termina con la

---

<sup>34</sup> Moisés Naím, «La empresa privada en Venezuela: ¿Qué pasa cuando se crece en medio de la riqueza y la confusión?», en: *El caso Venezuela: una ilusión de armonía* (Caracas: Ediciones IESA, 1985), 164.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

siguiente frase «...aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas de Estado».

Ni mencionemos el campo abierto a las arbitrariedades en el que estamos con las recientes regulaciones del Servicio Autónomo de Registros y Notarías.

## **V. UN JURISTA**

Si comparamos los trabajos que publicamos en los primeros años de este siglo con los de la última década, nos daremos cuenta del giro que tomaron. Como a muchos de nosotros nos ocurrió, el profesor Morles no se limitó a escribir desde la dogmática. Fue muy activo y crítico con la situación actual. No podemos dejar de recordar sus reflexiones en:

- El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de las Naciones y sus efectos en la legislación mercantil, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, de 2007.
- El nuevo modelo económico para el Socialismo del Siglo XXI, en *Revista de Derecho Público*, de 2007.
- El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista, en *Anuario de Derecho Público*, de 2007.
- El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión, en *Revista de Derecho Público*, de 2008.
- Las anomalías de la regulación venezolana de los servicios financieros, en el *Libro Homenaje a Clarisa Sanoja*, de 2013.
- El declive de los estudios de derecho privado, en *Propiedad Intelectual*, Universidad de Los Andes, de 2016.



**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

- La inconstitucional regulación laboral de los derechos intelectuales, en *Propiedad Intelectual*, Universidad de Los Andes, de 2017.

En cada uno de estos artículos, el profesor Morles detectó y denunció la creciente estatización de nuestra economía; la progresiva eliminación de la autonomía de la voluntad; el expolio legal de los derechos de propiedad; el arrinconamiento del Derecho Privado.

Aunque, como se habrá visto en las líneas anteriores, no coincidimos en diferentes aspectos con el profesor Morles, no puede negarse su rol crítico en los últimos años ante la progresiva destrucción de nuestro Derecho. No se limitó a escribir desde la dogmática, siempre persiguió y se impuso la excelencia académica y eso, entre otros tantos atributos lo convierte en un verdadero jurista.

### **PALABRAS FINALES**

La filosofía liberal no sólo se aprende leyendo a los clásicos de esa corriente. El profesor Morles es el perfecto ejemplo de esos autores que no son necesariamente liberales pero que abordan temas complejos con una profundidad y agudeza que obliga a su consulta y a repensar nuestras premisas, ya sea para reforzarlas o reformularlas. Desde la filosofía liberal se trata de un autor que no nos deja indiferentes; desde el Derecho es un ejemplo de lo que significa ser un jurista (que no se limita a conocer el derecho vigente); desde la docencia es un ejemplo para todos los que seguimos insistiendo en dar clases a pesar del contexto; y desde el punto de vista humano un hombre fuera de serie que tuve el honor de conocer en uno de los momentos académicos más importantes de mi vida.

Me había propuesto la tarea de escribir estas líneas manteniendo una cierta objetividad y rigor, recordando al jurista que permanece entre nosotros con una obra viva y vigente, en especial al ser un artículo que no es de mi exclusiva autoría. Al final, me han vencido en ese propósito el afecto cargado de pena. No podré consultar, escribir, llamar, a mi maestro, no contaré ya con su consejo sabio y amable. Su voz conminándome a retarme a mí misma y a no abandonar la labor académica o docente, por exigentes que fueran mis compromisos profesionales o familiares. Creo que las reflexiones técnicas ya han sido

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

desarrolladas a lo largo de este trabajo. Por lo mismo, dedico estas palabras finales a mi maestro, profesor, amigo y mentor, espero que *gracias* se crezca y eleve lo suficiente por encima de sus breves siete letras y logren expresar el afecto, admiración y profundo respeto e indecible tristeza con la que se redactan estas líneas. Hasta siempre mi querido maestro, nos quedan sus palabras bajo la forma de agudas e indispensables reflexiones jurídicas, históricas, filosóficas, humanas. Gracias, otra vez, siempre.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Bastiat, Frédéric. «La Ley». En *Obras escogidas*, 181-234. Madrid: Unión Editorial, 2012.
- Friedman, David. *El orden del Derecho. La relación entre la Economía y el Derecho y su Importancia*. Madrid: INNISFREE-Grupo Unión, 2021.
- Galgano, Francesco. *Historia del Derecho mercantil*. Barcelona: Editorial Laia, 1981.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Roberto Goldschmidt, 2008.
- Hayek, Friedrich von. *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Unión Editorial, 2006.
- Krause, Martin. *Prólogo a La filosofía política de Jorge Luis Borges de Adramis Ruíz*, 17-20. Madrid: Unión Editorial, 2015.
- Leoni, Bruno. *La libertad y la Ley*. Madrid: Unión Editorial, 2011.
- Mises, Ludwig von. *La acción humana. Tratado de economía*. Madrid: Unión Editorial, 2011.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho mercantil. Las sociedades mercantiles. Tomo II-A*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Régimen legal del mercado de capitales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Cuestiones de Derecho Societario*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Historia del Derecho mercantil Venezolano*. Caracas: Universidad Monteávila-Universidad Católica Andrés Bello, 2015.

**Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero**

\_\_\_\_\_. La Banca: En el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2016.

Morles Miralles, Gustavo. Economía y Estado en la regulación de los mercados financieros en Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández. Vol. III. Caracas: Coordinación y compilación Astrid Uzcátegui - Julio Rodríguez Berrizbeitia, Universidad Católica Andrés Bello, 2012.

Naím, Moisés. «La empresa privada en Venezuela: ¿Qué pasa cuando se crece en medio de la riqueza y la confusión?». En El caso Venezuela: una ilusión de armonía, 152-182. Caracas: Ediciones IESA, 1985.

Rallo, Juan Ramón. Liberalismo: Los 10 Principios Básicos del Orden Liberal. Madrid: Deusto, 2019.

\_\_\_\_\_. Una crítica a la teoría monetaria de Mises: Un replanteamiento de la teoría del dinero y del crédito dentro de la Escuela Austríaca de Economía. Unión Editorial, Biblioteca de la Libertad, formato Kindle, 2019.

Rojas, Ricardo M. Fundamentos praxeológicos del derecho. Buenos Aires: Unión Editorial Argentina, 2018.

\_\_\_\_\_. Prólogo de El orden del Derecho. La relación entre la Economía y el Derecho y su Importancia de David Friedman, 9-12. Madrid: INNISFREE, 2021.

Ross, Maxim. Adam Smith y los mercantilistas. Orígenes del Liberalismo Económico. Caracas: Fondo Editorial Acta Científica Venezolana, 1992.

Smith, Adam. La teoría de los sentimientos morales. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

Uría Fernández, Francisco. La crisis financiera y la nueva regulación bancaria. Madrid: Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Administrativo, leída el 15-01-2016.

## LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

*Prof. Carlos Ayala Corao*

Profesor Titular de Derecho Constitucional y Jefe de Cátedra  
Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello

### Resumen

El inicio del estudio del Derecho Público y posteriormente del Derecho Constitucional en Venezuela, se vinculó durante el siglo XVIII, con el estudio de las instituciones de Derecho Español y Eclesiástico en el antiguo Seminario luego Universidad de Caracas. De allí salió la cantera de los juristas que tuvieron la responsabilidad de redactar los primeros documentos constitucionales en 1810 y 1811. De esta manera, en 1811 comienza la construcción del constitucionalismo venezolano para lo cual, la enseñanza de las ideas políticas liberales que inspiraban el constitucionalismo clásico, va a ser fundamental para la formación de los juristas que debían participar en el diseño y ejecución de esa tarea. La enseñanza del Derecho Constitucional en Venezuela fue evolucionando durante el resto del siglo XIX y comienzos del siglo XX, a través del establecimiento en las universidades de cátedras, programas y los profesores especializados. Va a ser a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando la enseñanza del Derecho Constitucional se afianza y adquiere su madurez, con la influencia de profesores extranjeros y venezolanos que salen a hacer sus estudios al exterior. En el siglo XXI en la actualidad, el Derecho Constitucional tiene el reto de enseñar los principios y reglas en los que se basa la Constitución de 1999, pero a su vez hacer una visión crítica de la constitución real que se ha impuesto en virtud del desmantelamiento del Estado de Derecho, la ausencia de independencia judicial y de democracia.

**Palabras clave:** Derecho público, Derecho constitucional, enseñanza, historia, constitucionalismo, crisis, Estado de Derecho y democracia.

## TEACHING CONSTITUTIONAL LAW IN VENEZUELA

### Abstract

The beginning of the study of Public Law and later of Constitutional Law in Venezuela was linked during the eighteenth century, with the study of the institutions of Spanish and Ecclesiastical Law in the old Seminary, then University of Caracas. From there came the quarry of jurists who had the responsibility of drafting the first constitutional documents in 1810 and 1811. In this way, in 1811 the construction of Venezuelan constitutionalism began, for which, the teaching of liberal political ideas that inspired constitutionalism classic, it will be essential for the training of the jurists who should participate in the design and execution of this task. The teaching of Constitutional Law in Venezuela was evolving during the rest of the 19th century and the beginning of the 20th century, through the establishment of chairs, programs and specialized professors in the universities. It will be from the second half of the 20th century when the teaching of Constitutional Law takes hold and acquires its maturity, with the influence of foreign and Venezuelan professors who go abroad to do their studies. In the 21st century today, Constitutional Law has the challenge of teaching the principles and rules on which the 1999 Constitution is based, but at the same time making a critical view of the real constitution that has been imposed by virtue of the dismantling of the rule of law, the absence of judicial independence and democracy.

**Keywords:** Public law, Constitutional law, teaching, history, constitutionalism, crisis, Rule of Law, democracy

## INTRODUCCIÓN

El inicio del estudio del Derecho Público y posteriormente del Derecho Constitucional en Venezuela, se vinculó durante el siglo XVIII, con el estudio de las instituciones de Derecho Español y Eclesiástico en el antiguo Seminario luego Universidad de Caracas. De allí salió la cantera de los juristas que tuvieron la responsabilidad de redactar los primeros documentos constitucionales en 1810 y 1811: la Proclamación de Independencia de 1810, el Reglamento de Elecciones para el Congreso de Venezuela de 1810, la Declaración de Independencia de 1811, la Declaración de los Derechos del Pueblo de Venezuela de 1811 y la Constitución de Venezuela de 1811. Y posteriormente, la Constitución de 1819 y la Constitución de la Gran Colombia de 1821<sup>1</sup>. Es de resaltar que tanto la Constitución Federal de Venezuela de 1811 como la Declaración de los Derechos del Pueblo de ese año, constituyen los primeros documentos en su materia en Iberoamérica y unos de los primeros cinco en el mundo. Ello fue producto de una generación de juristas venezolanos, quienes habían leído los autores y los documentos constitucionales previos a nuestra independencia.

Sin embargo, la educación formal recibida en la Real y Pontificia Universidad de Caracas, no permitía formar jurídicamente en las teorías republicanas y liberales. Pero la ruptura del vínculo colonial con España, obligó a buscar en las ideas del naciente constitucionalismo republicano, la justificación del origen del poder del nuevo Estado

---

<sup>1</sup> Ver, entre otros trabajos sobre el particular, en la obra de Allan Brewer Carías: Documentos Constitucionales de la independencia/Constitutional documents of the Independence 1811, Colección Textos Legislativos No. 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; Las Declaraciones de Derechos del Pueblo y del Hombre de 1811, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011; Sobre el Constitucionalismo Hispanoamericano Pre-Gaditano 1811-1812, Universidad Católica Andrés Bello, No. 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013; Angostura 1819. La reconstrucción y la desaparición del Estado de Venezuela, Colección Estudios No. 115, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019; y La Constitución de la República de Colombia de 30 de Agosto de 1821. Producto de la Unión de los Pueblos de Venezuela y de la Nueva Granada. Sus Antecedentes y Condicionantes, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela; Academia Colombiana de Jurisprudencia, Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Temis, Caracas, Bogotá, 2021.

independiente, el origen de la legitimidad de sus gobernantes, y el reconocimiento de los derechos de sus habitantes y de sus ciudadanos.

De esta manera, en 1811 comienza la construcción del constitucionalismo venezolano para lo cual, la enseñanza de las ideas políticas liberales que inspiraban el constitucionalismo clásico, va a ser fundamental para la formación de los juristas que debían participar en el diseño y ejecución de esa tarea. El propio Simón Bolívar, contribuye a la exposición y divulgación de las ideas del constitucionalismo republicano, en diversos discursos especialmente el de Angostura en 1819, cartas y proyectos constitucionales como los de Angostura y Bolivia. Luego de la separación de la Gran Colombia en 1830, continúa esa misma tarea también desde la universidad y otros centros de formación y divulgación.

### **1. Los constitucionalistas de la independencia, la Constitución y la Declaración de Derechos**

Entre los juristas venezolanos de la independencia que participaron en la elaboración del fundamento y de los documentos oficiales de la independencia, la Declaración de derechos y la Constitución, resaltan por su pensamiento constitucional, especialmente, Juan Germán Roscio, Francisco Javier Yanes y Miguel José Sanz. A pesar de que uno de los más grandes juristas e intelectuales de su tiempo fue el venezolano Andrés Bello, sin embargo, su influencia jurídica en los documentos constitucionales de la independencia de Venezuela no está evidenciada<sup>2</sup>. Si bien no los podemos describir estrictamente como constitucionalistas, su vasto conocimiento general del Derecho, de la filosofía y de la teoría política, los colocó en una posición especial para elaborar y explicar los documentos constitucionales fundacionales de la república.

En primer lugar, Juan German Roscio (1763-1821), quien había sido profesor de Derecho Romano y de Instituta en la Real y Pontificia Universidad de Caracas desde 1798 hasta 1810, una vez iniciado el movimiento de la independencia lideró el nuevo pensamiento

---

<sup>2</sup> Bello, Andrés (1832), Principios de Derecho de Gentes en Obras Completas de Andrés Bello, tomo X, Ministerio de Educación, Caracas, 1954. La tercera edición, publicada con el nombre de Principios de Derecho Internacional, 1864; y Bello, Andrés (1843), Instituciones de Derecho Romano en la misma edición tomo XIV.

jurídico republicano para justificarla, especialmente en contra de las ideas del origen del poder divino de los reyes<sup>3</sup>. En 1810 se incorporó activamente a los acontecimientos del 19 de abril y como diputado del pueblo al Cabildo de Caracas, convirtiéndose en miembro de la Junta Suprema instituida en ese momento. Tuvo un rol preponderante en la redacción del acta de la independencia, de la constitución de 1811 y otros documentos de la independencia. Una de sus obras republicanas tempranas fue *El patriotismo de Nirgua y el abuso de los reyes* en 1811<sup>4</sup>, el cual fue perseguido por la reacción monárquica. Tras la caída de la Primera República en 1812 fue hecho prisionero y enviado preso a Cádiz y Ceuta. Luego de varios periplos llegó a Filadelfia donde publicó su obra mayor *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* en 1817<sup>5</sup>. Ya de vuelta a Venezuela, posteriormente presidió en 1819 el Congreso de Angostura y fue uno de los redactores de esa Constitución. Estando pendiente la celebración del Congreso de Cúcuta el cual debía presidir para la elaboración de la Constitución de la Gran Colombia, muere en esa ciudad en 1821.

En segundo lugar, Francisco Javier Yanes, nacido en Cuba en 1777, se residió desde muy joven en Caracas donde murió en 1842. Estudió en la Real y Pontificia Universidad de Caracas, graduándose de bachiller en Cánones en 1806 y licenciado en 1807. Yanes participó activamente en el proceso de la independencia de Venezuela desde sus comienzos. Además, fue diputado del primer Congreso y en esa condición suscribió la Declaración de independencia y la Constitución de 1811. Tras haber ocupado altos cargos judiciales en Venezuela y la Gran Colombia, fue de nuevo diputado y presidente del congreso constituyente de 1830 celebrado en Valencia. En 1823 produjo los *Apuntamientos sobre la legislación de Colombia* contentivos de un análisis de la Constitución de 1821 y de la legislación sobre organización del estado de 1821 y 1822<sup>6</sup>. Posteriormente en 1839, Yanes publicó una obra de relevancia política y constitucional en su época: *Manual político del*

---

<sup>3</sup> Ugalde, Luis. El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio, Caracas, La Casa de Bello, 1992.

<sup>4</sup> Roscio, Juan Germán (1811): *El patriotismo de Nirgua y abuso de los reyes*. En J.G. Roscio: *Obras*. Tomo II, Décima Conferencia Interamericana, Caracas, 1953.

<sup>5</sup> Roscio, Juan Germán (1817): *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, en la confesión de un pecador arrepentido de sus errores políticos, y dedicado a desagraviar en esta parte a la religión ofendida con el sistema de la tiranía. Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996.

<sup>6</sup> Yanes, Francisco Javier (1823), *Apuntamientos sobre la legislación de Colombia*, Universidad Metropolitana y Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2009.



*venezolano*, la cual tiene un rigor científico que se evidencia en la variedad y actualidad los diversos autores citados<sup>7</sup>.

Y en tercer lugar, Miguel José Sanz nació en Valencia (Venezuela) en 1756 y murió en la batalla de Urica en 1814. Fue un jurista integrante de la gran tríada de los juristas de la independencia de Venezuela. Estudió en la Real y Pontificia Universidad de Caracas y obtuvo el grado de abogado en 1778. En 1786, al ser fundada la Real Audiencia de Caracas, Sanz fue nombrado relator de esta. También por este tiempo, ejerció el oficio de tutor de Simón Bolívar cuando éste quedó huérfano de padre antes de cumplir 3 años. Fue secretario y decano del Colegio de Abogados de Caracas, y uno de los promotores de la Academia de Derecho Público y Español, cuya instalación se llevó a cabo en 1790 en su propia casa<sup>8</sup>. Tras haber sido expulsado en 1809 a Puerto Rico por el capitán general Juan de las Casas, Sanz regresó meses después del movimiento del 19 de abril de 1810 y se incorporó al mismo. Fue uno de los consejeros del general Francisco de Miranda en la fundación de la Sociedad Patriótica que se instaló en 1810. En 1811 es nombrado secretario del Congreso de 1811; y en 1812 vicepresidente de la Cámara de Representantes<sup>9</sup>. En 1813 tras la entrada triunfante de Simón Bolívar como Libertador en Caracas, Sanz se incorporó de nuevo a la causa republicana, siendo uno de los llamados a dictaminar sobre el plan de gobierno provisorio redactado por Francisco Javier Ustáriz.

Finalmente, otro jurista y político de la independencia que puede merecidamente mencionarse también es a Francisco Espejo (1758-1814), quien fue Presidente de la República, entre varios otros altos cargos y a quien se le atribuye la redacción de la Constitución de la provincia de Barcelona de 1811. Espejo muere fusilado por oficial realista Boves en 1814.

---

<sup>7</sup> Yanes, Francisco Javier (1839), *Manual Político del venezolano*. Caracas, Academia Nacional de la Historia y Universidad Metropolitana, Caracas, 2009.

<sup>8</sup> Sanz, Miguel José (1790), “Discurso pronunciado en el acto de la solemne instalación de la Real Academia de Derecho Público y Español, el 18 de diciembre de 1790” en *Testimonios de la época emancipadora*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959.

<sup>9</sup> Ver su obra de esta época de la independencia en Sanz, Miguel José (1810), *Teoría política y ética de la independencia* (compilador: Pedro Grases), Colegio Francisco de Miranda, Caracas, 1979.

Como vemos, nuestros primeros juristas del constitucionalismo republicano irónicamente se formaron inicialmente en la Real y Pontificia Universidad de Caracas, la cual había sido fundada en 1721, donde los estudios jurídicos constituían uno de los estudios mayores, con dos cátedras: la de Cánones y la Derecho Romano. En 1790, se estableció la Academia de Derecho Público de corta vida, pero el discurso pronunciado en el acto de la solemne instalación de la Academia de Derecho Público y Español por Miguel José Sanz en 1790, evidencia ya la influencia de las nuevas ideas del constitucionalismo liberal, especialmente de Montesquieu.

## 2. Los primeros estudios universitarios de Derecho Constitucional en el siglo XIX

Con la independencia consolidada, se transforma la Real y Pontificia Universidad de Caracas en una universidad republicana: la Universidad Central de Venezuela. Así, en 1827 se publicaron los nuevos estatutos de la Universidad Central de Venezuela. El plan de estudios jurídicos que era de seis años incluía en el tercer año: *la Constitución de la República, Derecho público político y Ciencia administrativa*. Esta materia relativa al estudio de Derecho Constitucional fue evolucionando durante el siglo XIX. Así, en 1843 se denominó: *Derecho natural, el público, político y de gentes, y el análisis de nuestra constitución*; y en 1874: *Derecho político y Constitución de la República*; junto con otra materia denominada *Principios de política y legislación, principios del sistema federal y derecho administrativo*. El primer profesor de Derecho Público de esta época inaugural fue Andrés Narvarte, quien enseñó entre 1824 y 1828; entre 1842 y 1858 figura Francisco Diez; en 1850 Fidel Rivas y Rivas; en 1858 Elías Acosta; y en 1864 Felipe Larrazábal<sup>10</sup>.

En cuanto a los nuevos textos en Derecho Constitucional durante las primeras décadas del siglo XIX, entre los escasos materiales disponibles se encontraba un opúsculo titulado *Idea general o principios elementales de derecho de gentes, extractos de Vattel y otros*

---

<sup>10</sup> En cuanto a toda la historia de los estudios universitarios, las cátedras y los profesores seguimos en este aparte lo expuesto por Pérez Perdomo, Rogelio. *Los Juristas Académicos de Venezuela: Historia Institucional y Biografía Colectiva*, 2013, Florida International University College of Law, Faculty Books, eCollections, disponible en: [https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=faculty\\_books](https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=faculty_books)

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

autores<sup>11</sup> compuesto por Francisco Javier Yanes, con las tesis sobre el Derecho Natural y las nuevas ideas que se incorporaron luego de la independencia. Posteriormente, se comienza a usar el Curso de Política Constitucional de Benjamin Constant. Sin embargo, en virtud de su falta de adaptación a la realidad republicana venezolana, ya que este libro tenía como referencia la monarquía constitucional, llevó a Felipe Larrazábal a escribir y publicar en 1864, los *Principios de Derecho Político o elementos de Derecho Constitucional*<sup>12</sup>.

En la reforma del plan de estudios de 1874 se hace un nuevo listado de textos didácticos, incluyéndose la obra de Florentino González, jurista colombiano y profesor de Derecho Constitucional en Bogotá y Buenos Aires: *Lecciones de Derecho Constitucional*<sup>13</sup>, desechándose así la obra de Constant.

Un profesor y autor que es necesario citar es el maestro Luis Sanojo, una de las figuras mayores del Derecho venezolano de la segunda mitad del siglo XIX, si no la mayor. Si bien Sanojo es más conocido por su obra en Derecho Civil, también fue un importante autor en Derecho Constitucional con su obra *Estudios sobre Derecho Político* de 1877<sup>14</sup>.

De esta forma, el Derecho Público venezolano y particularmente su Derecho Constitucional, permanecieron bajo un estado de lento desarrollo durante el siglo XIX. Si bien comenzó con una pléyade de grandes constitucionalistas que imprimieron su impronta en los documentos oficiales de la independencia y el nacimiento de Venezuela como Estado independiente, la inestabilidad política posterior y la proliferación de textos constitucionales con cada gobernante, impidió un mayor desarrollo en Venezuela del Derecho Constitucional durante ese siglo.

---

<sup>11</sup> Yanes, Francisco Javier (1824), *Idea general o principios elementales del Derecho de Gentes*, extracto de Vattel y otros autores, Caracas, 1824, también reproducido en Yanes, Francisco Javier: *Manual Político del venezolano*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959.

<sup>12</sup> Larrazábal, Felipe, *Principios de Derecho Político o elementos de Derecho Constitucional*, Imprenta Bolívar, Caracas, 1864.

<sup>13</sup> González, Florentino. *Lecciones de Derecho Constitucional*, primera edición en Bogotá, 1869 y segunda edición con modificaciones importantes en París 1871.

<sup>14</sup> Sanojo, Luis, *Estudios sobre Derecho Político*, Imprenta de Valentín Espinal, Caracas, 1877.

En el siglo XIX, algunos juristas y políticos ocasionalmente dedicaron su atención a temas constitucionales. Lo mismo va a ocurrir durante las tres primeras décadas del siglo XX, bajo la férrea dictadura de Juan Vicente Gómez.

### 3. La enseñanza del Derecho Constitucional a comienzos del siglo XX

Venezuela comienza el siglo XX dominada por la dictadura de Cipriano Castro a quien sucede imponiéndose como dictador su vicepresidente Juan Vicente Gómez, desde 1908 hasta su muerte en 1935. Ambos dictadores se sirvieron de juristas y de constituciones para adornar sus regímenes autoritarios con un aura hipócrita de “legalidad”. Para ello dictaron varios textos constitucionales, que no tenían por propósito establecer en la práctica ningún límite al poder político, ni la supremacía de la Constitución, ni la separación de poderes ni la garantía de los derechos constitucionales.

A principios del siglo XX, solo figuras aisladas como es el caso de José Gil Fortoul, comenzaron a trabajar más científicamente nuestro Derecho Constitucional. Gil Fortoul utilizó en su obra fundamental de *Historia Constitucional de Venezuela*<sup>15</sup> el método histórico; y su obra *Filosofía Constitucional*<sup>16</sup>, la trabajó desde la perspectiva positivista como digno representante de dicha corriente. No obstante, se trataba también, como hemos dicho, de juristas que formaban parte y asesoraban al dictador de la época como un “gendarme necesario” para el orden y la legalidad formal.

A comienzos del siglo aparece en los estudios jurídicos la materia de *Derecho Constitucional y Administrativo*, dictada en 1909 por Federico Urbano. Pero debido a las nacientes manifestaciones estudiantiles, la Universidad Central de Venezuela fue cerrada entre 1912 y 1922. En parte de ese período del cierre de los estudios universitarios de Derecho, funcionó una Escuela de Ciencias Políticas y Sociales, y se creó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en 1915.

---

<sup>15</sup> Gil Fortoul, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, Ministerio de Educación, Dirección de Cultura y Bellas Artes, Comisión Editora de las obras completas de José Gil Fortoul, Caracas, 1954.

<sup>16</sup> Gil Fortoul, José, *Filosofía Constitucional*, Ministerio de Educación, Dirección de Cultura y Bellas Artes, Comisión Editora de las obras completas de José Gil Fortoul, Caracas, 1956.

Ya fallecido el dictador Gómez y en la etapa de transición democrática se adoptan las reformas constitucionales de 1936 durante la presidencia de Eleazar López Contreras, dando comienzo a las bases no solo de un Estado de Derecho sino de un Estado Social. Los profesores de *Derecho Constitucional* que aparecen registrados durante ese período en la Universidad Central de Venezuela son Manuel Maldonado (1937) y José Ramón Ayala (1939). En 1941 se adopta un nuevo plan de estudios de Derecho en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, en el cual se incluyó la materia *Derecho Constitucional y Constitución de la República*.

Como señala el profesor Arismendi, quien fuese director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, desde 1936 existe un gran número de trabajos que representan un valioso aporte a nuestra historia constitucional, en especial los artículos de prensa, de revistas, monografías, manuales y tratados que han clarificado en forma muy nítida los grandes períodos de nuestra evolución constitucional<sup>17</sup>.

Durante los años cuarenta del siglo XX, nuestro Derecho Constitucional es objeto de atención por diversos autores como Ambrosio Oropeza (*Evolución Constitucional de Nuestra República*<sup>18</sup>, más tarde autor de *La Nueva Constitución Venezolana* de 1961<sup>19</sup>); Pablo Ruggeri Parra (*Derecho Constitucional Venezolano*<sup>20</sup>, *Elementos de Derecho Constitucional*<sup>21</sup>, *Historia política y constitucional de Venezuela*<sup>22</sup> y *La supremacía de la Constitución y su defensa*<sup>23</sup>); Ulises Picón Salas (*Índice Constitucional de Venezuela*<sup>24</sup>);

---

<sup>17</sup> Arismendi A., Alfredo, Contribución a la Bibliografía del Derecho Constitucional y su Historia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pág. 8.

<sup>18</sup> Oropeza, Ambrosio, Centralización de la Justicia y Federación. Evolución Constitucional de Nuestra República, Análisis de Impresores Unidos, Editorial Cecilio Acosta. Caracas, 1944.

<sup>19</sup> Oropeza, Ambrosio, *La Nueva Constitución Venezolana (1961)*, Italgráfica, 2a Edición. Caracas, 1971.

<sup>20</sup> Ruggeri Parra, Pablo, *Derecho Constitucional Venezolano*; estudio histórico jurídico, Impresores Unidos. Caracas, 1944, 2ª edición, Librería Selecta, Madrid, 1953.

<sup>21</sup> Ruggeri Parra, Pablo, *Elementos de Derecho Constitucional*, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 10. Tomo XXIV, Caracas, junio, 1957.

<sup>22</sup> Ruggeri Parra, Pablo, *Historia Política y Constitucional de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Dirección de Cultura, 2 Vols., Caracas, 1949.

<sup>23</sup> Ruggeri Parra, Pablo, *La Supremacía de la Constitución y su Defensa*, Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, N° 24, Caracas, Mayo-Junio, 1941.

<sup>24</sup> Picón Rivas, Ulises, *Índice Constitucional de Venezuela*, Editorial Elite, Litografía y Tipografía Vargas S.A., Caracas, 1944.

Ángel Francisco Brice (*La dogmática de las constituciones en la revolución emancipadora: los derechos del hombre y del ciudadano*<sup>25</sup>, *El juicio de amparo y el proyecto de Constitución*<sup>26</sup>, y *Los derechos del hombre ante el Derecho Constitucional Venezolano y otros países*<sup>27</sup>); y el suizo Ernest Wolf (*Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*<sup>28</sup>).

#### 4. La enseñanza del Derecho Constitucional en la segunda mitad del siglo XX

A pesar de la década de dictadura desde 1948 hasta el 23 de enero de 1958, el Derecho Constitucional siguió desarrollándose silenciosamente en las aulas universitarias. A las Facultades de Derecho de las universidades públicas como la Universidad Central de Venezuela, la Universidad de Los Andes, la Universidad de Carabobo, se van a incorporar las de las nuevas universidades privadas: la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Santa María.

En los años cincuenta, comienza a aparecer una escuela moderna del Derecho Constitucional, conformada fundamentalmente por Ramón Escovar Salom, Humberto La Roche, Orlando Tovar Tamayo, Gustavo Planchart Manrique, José Guillermo Andueza, Reinaldo Chalbaud Zerpa, Jesús María Casal Montbrum y Alfonzo Rivas Quintero, entre otros. De esta generación la obra docente va a ser fundamental, así como su obra escrita, como es el caso de Escovar (*Orden Político e Historia en Venezuela*<sup>29</sup>, *Presidencialismo en América Latina*<sup>30</sup>, y *El Amparo en Venezuela*<sup>31</sup>); La Roche (*Anotaciones sobre la enseñanza del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política*<sup>32</sup>, *Derecho Constitucional e*

---

<sup>25</sup> Brice, Ángel Francisco, *La dogmática de las constituciones en la revolución emancipadora: los derechos del hombre y del ciudadano*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, El Pensamiento Constitucional de Latinoamérica, 1810-1811, Tomo II, Caracas.

<sup>26</sup> Brice, Ángel Francisco, *El juicio de Amparo y el Anteproyecto de Constitución*, Tipografía Garrido, Caracas, 1946

<sup>27</sup> Brice, Ángel Francisco, *Los derechos del hombre ante el Derecho Constitucional venezolano y otros países*, Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia N° 118, Maracaibo, 1950-1951.

<sup>28</sup> Wolf, Ernesto, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Prólogo de Carlos Morales. Tipografía Americana, 2 Vols., Caracas, 1945.

<sup>29</sup> Escovar Salom, Ramón, *Orden político e historia en Venezuela*, Italgráfica, Caracas, 1966.

<sup>30</sup> Escovar Salom, Ramón, *El Presidencialismo en América Latina*, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 75-76, Año XXXVIII, Caracas, Octubre 1978-Marzo 1979.

<sup>31</sup> Escovar Salom, Ramón, *El Amparo en Venezuela*, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Editorial Jurídica Alva. S.R.L., Caracas, 1971.

<sup>32</sup> La Roche, Humberto J., *Anotaciones sobre la enseñanza del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política*, Revista de la Universidad del Zulia, N° 7, Segunda Época, Año 2, Editorial Cervantes, Maracaibo, 1959.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

*Instituciones Constitucionales del Estado venezolano*<sup>33</sup>, entre otras); Tovar (*Derecho Parlamentario*<sup>34</sup>, y *La Subrogación Presidencial en el Derecho Constitucional venezolano*<sup>35</sup>); Andueza (*La Jurisdicción Constitucional en el Derecho venezolano*<sup>36</sup>, *El Congreso*<sup>37</sup>, *Potestades normativas del Presidente de la República*<sup>38</sup>, y *Función Constitucional de los Ministros*<sup>39</sup>, entre otras); Chalbaud (*Estado y Política*<sup>40</sup>); y Casal (*La Constitución de 1961 la Evolución Constitucional de Venezuela*<sup>41</sup>). Un aporte decisivo y fundamental de esta escuela al Derecho Constitucional venezolano, fue su participación directa y personal como congresantes-constituyentes, asesores, o funcionarios congresionales, en la elaboración de la Constitución de 1961. Dicha escuela tuvo un apoyo sustancial para su desarrollo, con la llegada al país en 1958 del ilustre maestro constitucionalista español Don Manuel García Pelayo, quien además de dictar clases en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello, fundó y dirigió el Instituto de Estudios Políticos de la primera, desde la cual se llevó a cabo una intensa labor de investigación, docencia y publicación, aunque más orientada a las ciencias políticas.

A partir de los años sesenta y más recientemente, el Derecho Constitucional venezolano se va a enriquecer también con los aportes de una disciplina hermana del Derecho Público como es el Derecho Administrativo. Dicho aporte va a estar conformado en primer

---

<sup>33</sup> La Roche, Humberto J., *Derecho Constitucional. Parte Especial: Las Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano*, Universidad del Zulia, 4ª Edición, Maracaibo, 1970.

<sup>34</sup> Tovar Tamayo, Orlando, *Derecho Parlamentario*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973.

<sup>35</sup> Tovar Tamayo, Orlando, *La subrogación Presidencial en el Derecho Constitucional Venezolano*, Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

<sup>36</sup> Andueza, José Guillermo, *La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sec. de Publicaciones, Vol. II. Caracas, 1955.

<sup>37</sup> Andueza, José Guillermo, *El Congreso (Estudio Jurídico)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1984.

<sup>38</sup> Andueza, José Guillermo, *Las Potestades Normativas del Presidente de la República*, Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979

<sup>39</sup> Andueza, José Guillermo, *La Función Constitucional de los Ministros*, Editorial Fundación Polar, Caracas, 1989.

<sup>40</sup> Chalbaud Zerpa, Reinaldo, *Estado y Política*, (Vol. I.), Editorial Multicolor C. A., Mérida, 1975.

<sup>41</sup> Casal Montbrun, Jesús María, *Formas de Estado: El órgano deliberante regional. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional en Venezuela*, Editorial Centauro, 2da Edición, 2 Volúmenes, Caracas, 1981.

lugar por administrativistas como Eloy Lares Martínez, Tomás Polanco Alcántara, Enrique Pérez Olivares, Gonzalo Pérez Luciani y Luis Henrique Farías Mata.

La escuela venezolana del Derecho Administrativo va a ser enriquecida de manera sustancial, con el aporte y la orientación del ilustre español republicano Don Antonio Moles Caubet, quien tras radicarse en Venezuela a finales de los años cuarenta, asumió la labor de crear y desarrollar el Instituto de Derecho Público de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Es en ese Instituto donde se forma la nueva escuela del Derecho Administrativo venezolano, representada entre otros por Allan R. Brewer-Carías, Hildegard Rondón de Sansó, Nelson Socorro, Manuel Rachadell, Nelson Rodríguez, Gabriel Ruan, Cecilia Sosa, Henrique Meier, Gustavo Urdaneta, Armando Rodríguez, Judith de Bentata, y Jesús Caballero. Otros integrantes de esa nueva escuela, no formados formalmente en el Instituto, son Josefina Calcaño de Temeltas, Armida Quintana y tantos otros dignos representantes, a quienes nos es imposible nombrarlos aquí a todos, a pesar de su merecido respeto, conocimiento y autoridad en la materia. Sin lugar a duda, de toda esa escuela el que más ha realizado aportes al Derecho Constitucional, por su estudio, investigación, ejercicio profesional y publicaciones, es Allan Brewer Carías. Particularmente sus obras *Las Constituciones de Venezuela*<sup>42</sup>, e *Instituciones Políticas y Constitucionales*<sup>43</sup>, significan un aporte decisivo al Derecho Constitucional venezolano a finales del siglo XX<sup>44</sup>. Salvo contadas pero importantes excepciones, como es el caso de Alfredo Arismendi, profesor y autor en la materia (*La supremacía del poder personal del Presidente y el Consejo de Ministros en Venezuela*<sup>45</sup>, *Organización Político-Administrativa de los Estados en*

---

<sup>42</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph, *Las Constituciones de Venezuela*, Universidad Católica del Táchira e Instituto de Estudios de Administración Local, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

<sup>43</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 1a Edición, Ediciones Manoa, Caracas-San Cristóbal, 1982.

<sup>44</sup> Para consultar la obra de Allan Brewer Carías, puede accederse a su portal o página web: [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)

<sup>45</sup> Arismendi A., Alfredo, *La supremacía del poder personal del Presidente y el Consejo de Ministros en Venezuela*, Derecho Venezolano en 1982, XI Congreso Internacional Comparado, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982.



Venezuela<sup>46</sup>, y *Contribución a la Bibliografía del Derecho Constitucional y su Historia*<sup>47</sup>), el Instituto de Derecho Público va a concentrar su labor más en el Derecho Administrativo que en el Derecho Constitucional. Esa deficiencia de especialización propia va a dejarse sentir en el desarrollo de nuestro Derecho Constitucional. Y ello es tan así, que incluso los pocos representantes de lo que se podría haber llamado la generación intermedia en Derecho Constitucional, como es el caso del excelente profesor y autor en la materia Enrique Sánchez Falcón (*Curso de Derecho Constitucional*), no fueron formados formalmente en dicho Instituto.

A finales de los años cincuenta, García Pelayo comienza a crear en el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, del cual es su fundador y factor fundamental, la escuela de Ciencias Políticas venezolana. De esta escuela van a provenir también aportes muy importantes al Derecho Constitucional venezolano, desde la perspectiva de los estudios sobre teoría política, sociología política, estudios institucionales, electorales, partidos políticos y otros temas afines. Entre los representantes de esta escuela en su primera etapa, se encuentran egresados de la Escuela de Derecho, que se van a dedicar a los estudios políticos, como es el caso de Juan Carlos Rey, Humberto Njaim, Maruja Delfino, Ricardo Combellas y Diego Bautista Urbaneja. En una segunda etapa, a raíz de la creación de la Escuela de Estudios Políticos en la Universidad Central de Venezuela, la labor del Instituto se va a distanciar formalmente -aunque no materialmente- del Derecho Constitucional, adquiriendo su propia especificidad. Sin embargo, los aportes de esta escuela al Derecho Constitucional venezolano van a ser muy importantes, al incorporar las disciplinas básicas auxiliares.

Otros profesores formados en el exterior en materia constitucional en esa época comienzan también a incorporarse a las universidades venezolanas, como es el caso de Gustavo Tarre Briceño, también con una activa participación en la vida parlamentaria.

---

<sup>46</sup> Arismendi A., Alfredo, *Organización PolíticoAdministrativa de los Estados en Venezuela*, Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

<sup>47</sup> Arismendi A., Alfredo, *Contribución a la Bibliografía del Derecho Constitucional y su Historia*, Colección Instituto de Derecho Público Universidad Central de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

El ya mencionado profesor Brewer-Carías, destaca en su obra, *Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela*, que precisamente la jurisprudencia administrativa y constitucional, enteramente desconocida a principios de los años sesenta, gracias a los aportes y esfuerzos de los investigadores profesores universitarios, pasó a ser un instrumento de manejo cotidiano de los abogados y estudiantes. De esta forma, la doctrina se multiplicó considerablemente, también por el esfuerzo y orientación de las personas que estuvieron vinculadas a los centros universitarios de investigación y docencia, y a las fundaciones e instituciones que orientaron publicaciones periódicas, públicas y privadas, para la difusión del pensamiento jurídico público en el país<sup>48</sup>.

Asimismo, el Instituto de Derecho Público desarrolló una labor de extensión única, organizando conferencias, seminarios, coloquio y cursos nacionales e internacionales de diversa índole sobre temas que para ese entonces eran nuevos, invitando a participar en los mismos además de los profesores venezolanos a varios de otras universidades de Europa y América Latina. Las actividades del instituto tuvieron particular importancia en el estudio y fusión del conocimiento en todas aquellas áreas en las que se produjeron cambios importantes en la legislación, respecto de los cuales, además, realizó una importante labor de difusión de sus investigaciones mediante diversas publicaciones como el archivo de derecho público y ciencia de la administración, y otros<sup>49</sup>.

Tal como comenta uno de los profesores de las generaciones que hoy contribuyen con el desarrollo catedrático del Derecho Constitucional y Público en general en Venezuela, Carlos García Soto, “El Instituto de Derecho Público sería un semillero de investigadores e investigaciones en torno al Estado venezolano y sus formas de control jurídico. **En ese sentido, haría una labor paralela a la realizada por el Instituto de Estudios Políticos, también en la Universidad Central de Venezuela.** En el Instituto se formarían las nuevas generaciones de profesores de Derecho Constitucional y Administrativo, se impulsarían

---

<sup>48</sup> Brewer-Carías, Allan R. *Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela, 100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, T. I, FUNEDA, Caracas, 2011, pág. 15.

<sup>49</sup> Brewer-Carías, Allan R. *Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela*, *op. cit.*, pág. 22.

investigaciones y la salida al extranjero de jóvenes profesores para su formación, además de eventos académicos con invitados nacionales e internacionales, junto con la publicación de muchos estudios en torno al Derecho Público<sup>50</sup>.

Asimismo, en 1980 fue fundada la *Revista Derecho Público*, la cual en los ya 40 años transcurridos ha sido un medio de publicación periódico con el cual han contado los investigadores de la disciplina para la difusión de sus trabajos<sup>51</sup>.

En los años ochenta y noventa comienzan a incorporarse en la labor docente, de investigación y publicación en Derecho Constitucional, una serie de profesores formados con especialidad en esta disciplina. En efecto, en este avanzado estado se encontraba el Derecho Constitucional venezolano, cuando en la década de los ochenta comienza a aparecer una nueva escuela, de alguna manera producto de las anteriores. Se trata en ese momento de jóvenes graduados de abogados desde mediados de los años setenta, la mayoría con estudios de postgrado en las mejores universidades norteamericanas y europeas, que comenzamos a realizar aportes al Derecho Constitucional venezolano utilizando el método y la ciencia propiamente constitucional. Entre los integrantes de esta generación nos encontramos, entre otros, José Enrique Molina, Humberto Briceño León, Jorge Pabón, Gerardo Fernández, Julio César Fernández, Rutilio Mendoza, Arcadio Delgado Rosales, Julio Álvarez, Carlos Ayala Corao, y más adelante, Jesús María Casal Hernández.

Los integrantes de este grupo de constitucionalistas de diversas Facultades de Derecho del país, con el apoyo de los integrantes de generaciones anteriores, creamos a finales de los años ochenta la *Asociación Venezolana de Derecho Constitucional*, la cual presidí como otros constitucionalistas por algunos años, la cual celebró varios congresos, encuentros y publicaciones. Así mismo, en mi caso personal, me comencé a vincular con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, participando en sus congresos y de la cual he sido su directivo y, además, hemos creado un Capítulo venezolano.

---

<sup>50</sup> Carlos García Soto, A los 70 años del Instituto de Derecho Público de la UCV, 19 de julio de 2018, disponible en: <https://uma.edu.ve/periodico/2018/07/19/a-los-70-anos-del-instituto-de-derecho-publico-de-la-ucv/>

<sup>51</sup> Revista fundada y dirigida por Allan Brewer-Carías. Ver, Allan R. Brewer-Carías, *Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela*, *op. cit.*, pág. 22.

El Derecho Constitucional a finales de los noventa tenía entre su objeto temas diversos sobre el fenómeno del poder, el Estado de Derecho y sus instituciones, así como los derechos y garantías y su protección. Al lado de los temas sustantivos, nuestra disciplina cada vez se fue ocupando y preocupando más por la efectiva vigencia de los postulados constitucionales, particularmente los relativos a los derechos y garantías, consagradas en el Texto Fundamental (de manera explícita o implícita) y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En virtud de ello, dentro de nuestra disciplina ha comenzado a asegurarse un lugar especial una nueva rama conocida con el nombre de "Derecho Procesal Constitucional", entre cuyos autores extranjeros más reputados encontramos a Mauro Capelletti, Héctor Fix Zamudio, Jesús González Pérez, Néstor Pedro Sagüés y Domingo García Belaunde; y más recientemente, Eduardo Ferrer McGregor. Lo curioso es que casi todos esos autores fueron originariamente procesalistas puros, ahora dedicados a estos aspectos de nuestra disciplina. Entre nosotros un profesor universitario y eminente procesalista como Román José Duque Corredor, se ha destacado mercedamente como estudioso e investigador en temas de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. Otros profesores y autores destacados que se fueron incorporando a estas disciplinas son, entre otros, Gustavo Linares, Rafael Badell, Rafael Chavero, Daniela Urosa, Margarita Escudero, Claudia Nikken y Gonzalo Pérez Salazar.

Entre los temas objetos del Derecho Procesal Constitucional se encuentran aquellos relativos a la protección judicial de los derechos; y entre éstos, particularmente los relativos a la institución específica del amparo constitucional como instrumento de protección efectiva especializada. Un aspecto medular del amparo constitucional entre nosotros es su procedencia frente a las vías ordinarias. Sobre este aspecto es evidente que la jurisprudencia constitucional seguirá por errados derroteros, al tratar de impedir la procedencia del amparo, con excusas irracionales como la "lesión directa de la Constitución", la no protección de derechos constitucionales por su ubicación textual en el Preámbulo o fuera del título de los derechos, o por la mera existencia de vías paralelas. Y ello seguirá ocurriendo, mientras el elemento "inmediatez" no sea desarrollado como núcleo para alegar y juzgar la procedencia o no de una acción de amparo constitucional, frente a las vías procesales ordinarias de protección, lo cual se resume en pocas palabras: la acción de amparo procede, cuando de

tramitarse y decidirse la pretensión de protección por las vías ordinarias, se causa al agraviado un daño (irreparable o de difícil reparación). En este mismo orden de ideas, el abogado y profesor de importantes universidades venezolanas, Rafael Chavero, publicó su obra *El nuevo régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*<sup>52</sup>, a través de la cual hace un desarrollo exhaustivo de las distintas modalidades de amparo que pueden ser utilizadas para tutelar los derechos, siendo hasta la fecha, uno de los trabajos más completos sobre este tema dentro del análisis de la justicia constitucional venezolana.

Es necesario hacer justicia con nuestra justicia constitucional que se desarrolló entre 1958 y 1999. En ella destacan los enriquecedores aportes provenientes de la jurisprudencia constitucional de instancia y de la extinta Corte Suprema de Justicia especialmente la de su Sala Político-Administrativa en temas de amparo y de la Sala Plena en materia de control concentrado de la constitucionalidad. Esta jurisprudencia fue desarrollándose progresivamente con carácter de independencia y profesionalismo, recogiendo las modernas tendencias del Derecho Constitucional Comparado. Se trataba de una justicia constitucional que con bastante regularidad controlaba al poder político y que protegía los derechos frente al poder público y los particulares, tanto cautelarmente como en las decisiones de fondo. Con algunos retrocesos, pero con significativos avances, dicha jurisprudencia particularmente en materia de amparo constitucional, contribuyó a la formación del Estado Constitucional de Derecho en Venezuela y al avance en la protección de los derechos humanos.

## 5. La enseñanza del Derecho Constitucional en el siglo XXI

En 1999 se da inicio al gobierno del presidente electo Hugo Chávez, un teniente coronel del ejército quien en 1992 había comandado un golpe de estado contra la democracia. En ese año de 1999, sin estar previsto en la Constitución, luego de una consulta popular, convoca por decreto presidencial a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) para adoptar una nueva constitución. La ANC es de inmediato electa por un método uninominal que con el 59% de los votos le da el control del 95% de dicho cuerpo a los candidatos del chavismo, la cual se instala y comienza a funcionar en agosto de ese mismo año. En contra

---

<sup>52</sup> Chavero Gazdik Rafael J., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood. Caracas, 2001.

de las sentencias previas dictadas por la Corte Suprema de Justicia, la ANC se declara “originaria” y por tanto encima de la Constitución, y comienza a intervenir mediante decretos de manera contraria a la Constitución a los poderes públicos, comenzando por el poder judicial. Desafortunadamente la mayoría de la Corte Suprema cede a controlar estos actos inconstitucionales, lo cual representaba el fin del Estado Constitucional<sup>53</sup>.

Al final, se dicta la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la cual, gracias en buena parte a la intervención de la sociedad civil y varios constitucionalistas, pero especialmente del diputado constituyente Allan Brewer Carías, se logra un buen texto -aunque con algunas críticas- con importantes avances. Sin embargo, inmediatamente al nacer la nueva Constitución se la suprime. En efecto, sin estar autorizada para ello y sin seguir sus requisitos y procedimientos, la ANC procede a nombrar y copar políticamente todos los nuevos poderes constitucionales, especialmente el Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional; y la ANC se auto-muta en un “congresillo” junto con diez ciudadanos que enviste como diputados por varios meses para incluso dictar leyes. Así comienza y continúa la demolición del Estado Constitucional de Derecho en Venezuela.

De tal manera, que el siglo XXI si bien comienza con una nueva Constitución, también lo hace con una Constitución secuestrada por los poderes públicos capturados políticamente por el chavismo. De ahora en adelante la fidelidad de los jueces será al proyecto político de la revolución chavista y no a la Constitución.

Sin embargo, con esta nueva época, surgió la necesidad de estudiar la nueva Constitución y enseñarla en las aulas universitarias. Así, en las próximas dos décadas fueron publicados importantes aportes al estudio del constitucionalismo en Venezuela, luego de la promulgación de la Constitución de 1999, tales como el libro *La Constitución de 1999*<sup>54</sup> de Allan Brewer Carías; *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia*

---

<sup>53</sup> Ayala Corao, Carlos, “Venezuela: de la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007” en el Libro *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina/Tendencias y Perspectivas*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Disponible en la Biblioteca virtual de la UNAM.

<sup>54</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph, *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, 4ª edición, 2 Tomos, Caracas, 2004.

Carlos Ayala Corao

*constitucional en la nueva Carta Magna*<sup>55</sup> de Jesús María Casal H. y *Las innovaciones de la Constitución de 1999*<sup>56</sup> de Gustavo Linares. Del mismo modo, luego Allan Brewer realizó un estudio profundo destinado al análisis del proceso de conformación del Derecho Procesal Constitucional venezolano, a través de las últimas constituciones promulgadas en Venezuela y del desarrollo jurisprudencial a lo largo de más de sesenta años, específicamente desde la década de los 50 hasta luego de 2010, el cual se encuentra plasmado en *La Configuración Contemporánea del Derecho Procesal Constitucional (la justicia constitucional) en Venezuela*.

En mi caso, de cara a la promulgación de la última Constitución en Venezuela, desarrollé la publicación *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*<sup>57</sup>, en donde precisé a detalle las consecuencias de la constitucionalización de los tratados relativos a los derechos humanos y el estudio de los derechos humanos como objeto del Derecho Constitucional venezolano; y *Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia*<sup>58</sup>, con algunas críticas y propuestas de cambios puntuales a la Constitución de 1999.

En esta última etapa se han incorporado nuevas generaciones de profesores de Derecho Constitucional, como son, entre otros, Jaiber Núñez, Leonardo Verónico y Faisal Yamil.

El Derecho Constitucional forma parte esencial de los planes de estudio en las universidades públicas (por ej. Universidad Central de Venezuela, Universidad de Carabobo, Universidad del Zulia, Universidad de Los Andes y Universidad de Oriente) y de las universidades privadas (Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Santa María, Universidad Monteávila y Universidad Metropolitana). Los planes de estudios y la enseñanza del Derecho Constitucional en algunas universidades además se han ampliado y actualizado. Así, la

---

<sup>55</sup> Casal H., Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

<sup>56</sup> Linares Benzo, Gustavo José, *Las innovaciones de la Constitución de 1999*, Revista de Derecho Público N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Enero-Marzo, 2000.

<sup>57</sup> Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Colección FUNDAP, Derecho, Administración y Política, México, 2003.

<sup>58</sup> Ayala Corao, Carlos M., *Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia*, Centro Gumilla, Caracas 2002.

Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello dividió en dos años el Derecho Constitucional: el primer año, sobre Derecho Constitucional General; y el segundo año, sobre Derecho Constitucional venezolano. Al pasar al régimen de semestre, estas mismas materias pasaron a enseñarse en dos semestres la primera y en los dos siguientes semestres la segunda. Así mismo, a comienzos del siglo XXI se inició un postgrado sobre Derecho Constitucional en dicha universidad, y posteriormente, un postgrado en Derecho Procesal Constitucional en la nueva Facultad de Derecho de la Universidad Monteávila.

Un caso aparte de mencionar son los estudios jurídicos en la Universidad Bolivariana de Venezuela, establecida y dirigida políticamente desde el gobierno del presidente Chávez, cuyo lema es “profesionales líderes del socialismo”. Esta universidad ofrece una licenciatura en Estudios Jurídicos, en cuyo programa se informa que su objetivo es preparar profesionales para “seguir haciendo posible la justeza del Socialismo del Siglo XXI”. El programa de Estudios Jurídicos establece un primer trayecto denominado “análisis social de la justicia”, en el cual se ubica una materia en dos semestres denominada *Sociedad, Estado y Constitución*; y el trayecto segundo, denominado “conflicto social y ordenamiento jurídico venezolano”, contiene una materia en un semestre denominada *Sistema político y Constitución*. Al final, se anuncia el futuro desempeño laboral de los egresados, algo que ha sido realidad: su incorporación a los órganos del Estado en todos sus niveles, incluido el poder judicial<sup>59</sup>.

El reto que se presentó muy tempranamente en el campo de las universidades públicas y privadas (excepto el caso de la Bolivariana antes mencionada), fue sobre el método de enseñanza del Derecho Constitucional venezolano: ya que el estudio de las bases teóricas y el contenido normativo la Constitución de 1999, presentaba una constitución que no se estaba aplicando para nada en la realidad. La otra aproximación era dedicarse a enseñar un estudio crítico de la realidad constitucional. De allí que desde muy temprano, la mayoría de la

---

<sup>59</sup> Al final de la descripción laboral se hace referencia a la “asistencia a particulares”, pero con la advertencia de que “desde una praxis éticamente bolivariana, dejando de lado cualquier antivalor que vaya en detrimento del pueblo, y demostrando el estricto sentido de la justeza del Socialismo del Siglo XXI”. Universidad Bolivariana de Venezuela, “Profesionales Líderes del Socialismo”, disponible en: <http://www.ubv.edu.ve/main/EstudiosJuridicos>



producción académica constitucional, así como su enseñanza, comenzara a hacer énfasis en la hipocresía constitucional existente entre la norma y la realidad.

Por otro lado, los constitucionalistas también han analizado el sistema constitucional en conjunto con el sistema político en Venezuela. De esta forma, Jesús María Casal realizó una evaluación de la jurisdicción constitucional durante las últimas dos décadas en su artículo *La jurisdicción y la institucionalidad en Venezuela: Balance y desafíos*<sup>60</sup>. José Ignacio Hernández (un administrativista devenido también en constitucionalista) ha estudiado en su obra *Justicia constitucional y poder político en Venezuela*<sup>61</sup>, el conflicto que existe entre la justicia constitucional y la separación de poderes, cuando se está en presencia de un ejercicio abusivo de las funciones del poder público, específicamente del poder judicial. Asimismo, Gerardo Fernández en 2019 en su trabajo titulado *En la Búsqueda de un Nuevo Sistema de Gobierno para Venezuela. Del Presidencialismo Exacerbado, Autocrático, Inestable e Ineficaz a un Sistema Semipresidencial*<sup>62</sup>, estudia y propone la transformación del sistema de gobierno presidencialista venezolano por un sistema semipresidencial, fundamentándose en un modelo de gobierno que procure una mayor estabilidad política, una gobernabilidad eficiente y, además, que minimice los riesgos de sucumbir en la autocracia o en el totalitarismo. Por su parte, Chavero en 2018, profundizó sobre el control de las decisiones judiciales a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, resaltando que en ausencia de una Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional se ha dado paso la existencia de motivos sumamente amplios para la anulación o modificación de sentencias, sin limitarse a claras violaciones constitucionales (*El control constitucional de las decisiones judiciales*<sup>63</sup>). También una visión crítica de la jurisprudencia constitucional la ha desarrollado Rafael Badell, en su obra sobre *Derecho Procesal Constitucional*<sup>64</sup>. Finalmente, Gerardo

---

<sup>60</sup> Casal Hernández, Jesús María, “La jurisdicción y la institucionalidad en Venezuela: Balance y desafíos” en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, enero-junio 2021, disponible en: <file:///D:/Users/jcasal/Downloads/16158-21528-1-PB.pdf>

<sup>61</sup> Hernández G., José Ignacio, Justicia constitucional y poder político en Venezuela, Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XXII, Bogotá, 2016, págs. 75-95.

<sup>62</sup> Fernández, Gerardo, En la búsqueda de un nuevo sistema de gobierno para Venezuela. Del presidencialismo exacerbado, autocrático, inestable e ineficaz a un sistema semipresidencial. Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

<sup>63</sup> Chavero Gazdik, Rafael J., El control constitucional de las decisiones judiciales, | Colección Monografías N° 11, ISBN 978-980-365-444-3, Caracas, 2018

<sup>64</sup> Badell Madrid, Rafael, Derecho Procesal Constitucional, Series Estudio 21, Caracas, 2020.

Fernández con su *Manual de Derecho Constitucional*<sup>65</sup>, realizó un estudio detallado de la parte orgánica de la Constitución de 1999, con un análisis comparativo con otras Constituciones y la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Este Manual ha también facilitado la enseñanza en la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello.

Luego de que la oposición política lograra en las elecciones parlamentarias de 2015 ganar las dos terceras partes (2/3) de la Asamblea Nacional, el régimen de Nicolás Maduro secuestró la soberanía popular anulando todos los poderes del parlamento, primero mediante la intervención arbitraria de la Sala Constitucional a través de sentencias abiertamente inconstitucionales; y posteriormente en 2017, también a través de la convocatoria por decreto presidencial y la elección inconstitucional de una Asamblea Constituyente de naturaleza corporativa. Ello nos obligó a los constitucionalistas y en general a los profesores de Derecho Público, a analizar y explicar las violaciones a la Constitución, al Derecho internacional de los derechos humanos y a los principios del Estado de Derecho y la democracia. Para ello bajo la labor editorial de Brewer Carías, varios autores publicamos el libro *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*<sup>66</sup>. Por mi parte, junto con Rafael Chavero, hemos publicado dos libros críticos sobre la jurisprudencia de la Sala Constitucional y su atropello a la Constitución. El primero, titulado *El Libro Negro del TSJ en Venezuela: sobre el secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*<sup>67</sup>; y el segundo, sobre *La Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (2017-2019): El Leviatán de la democracia*<sup>68</sup>. Y en el caso de Jesús María Cassal H., publicó su trabajo de incorporación a

---

<sup>65</sup> Fernández, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999*, Universidad Católica Andrés Bello y Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

<sup>66</sup> Autores varios, *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, editor: Allan Brewer con la colaboración de Carlos García Soto, Editorial Temis/Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2017.

<sup>67</sup> Ayala Corao, Carlos y Chavero Gazdik, Rafael, *El Libro Negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Colección Estudios Jurídicos No. 120, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. (*Disponible en Amazon Books*).

<sup>68</sup> Ayala Corao, Carlos y Chavero Gazdik, Rafael, *La Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (2017-2019): El Leviatán de la democracia*, Serie Estudios No. 119, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019. (*Disponible en Amazon Books*).

la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria*<sup>69</sup>.

Y ante el desmantelamiento del Estado de Derecho y la democracia, un importante grupo de los individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el año 2021, publicamos conjuntamente varios estudios sobre *El Falseamiento del Estado de Derecho*<sup>70</sup>.

Sin lugar a dudas, quien ha sido más activo en el estudio y publicación de la crónica constitucional y el análisis crítico de los ataques a la Constitución y el desmantelamiento del Estado de Derecho a partir de 1999 ha sido Allan Brewer Carías, quien desde su exilio forzado y arbitrario, ha seguido de cerca como nadie el acontecer constitucional del país<sup>71</sup>. Sus publicaciones son fuente obligada para el estudio del contraste entre la constitución normativa y la realidad inconstitucional, en un Estado cuya Constitución y democracia ha sido desmanteladas contando con el brazo ejecutor de la jurisdicción constitucional como comisario político del régimen, causando con ello graves violaciones a los derechos humanos. No en vano, el régimen chavista denunció tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>72</sup> como la misma Carta de la OEA<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Casal Hernández, Jesús María, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, UCAB, 2017.

<sup>70</sup> Autores varios, *El Falseamiento del Estado de Derecho*, World Jurist Association, World Jurist Foundation, Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

<sup>71</sup> Para consultar la obra de Allan Brewer Carías, puede accederse a su portal o página web: [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)

<sup>72</sup> Ayala Corao, Carlos, "Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela" en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Instituto de Derecho Público, Valencia, España, No. 20/2º semestre 2012; *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, No.2, Chile, 2012; *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, No. 18, Julio-Diciembre, 2012; *Revista de Derecho Público*, No.131, Caracas, julio-septiembre 2012; *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Anuario 2013, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013 (disponible en: Fundación Konrad Adenauer [www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/](http://www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/); en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?dconstla](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?dconstla); y en *Lo Humano como Derecho (de lo internacional a lo local)*, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016.

<sup>73</sup> Ayala Corao, Carlos, *Inconstitucionalidades de la denuncia de la Carta de la OEA por Venezuela y sus consecuencias en el Derecho Internacional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 113, Caracas, 2017.

**Carlos Ayala Corao**

Al final, como profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela, en las últimas dos décadas siempre comienzo mis cursos diciéndole a mis alumnos que estudiaremos la teoría, los fundamentos y el contenido de la constitución venezolana; pero que al mismo tiempo estudiaremos su contraste y contradicción con los actos de iure o de facto del Estado, especialmente de la jurisdicción constitucional. Con ello, termino animando a mis alumnos, a que estudien para que salgan debidamente preparados en el conocimiento de la teoría y la práctica constitucional, ya que ellos serán la generación de la reconstrucción de la Constitución, el Estado de Derecho y la democracia en el país.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Allan Brewer Carías: Documentos Constitucionales de la independencia/Constitutional documents of the Independence 1811, Colección Textos Legislativos No. 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012

Andueza, José Guillermo, El Congreso (Estudio Jurídico), Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1984.

Andueza, José Guillermo, La Función Constitucional de los Ministros, Editorial Fundación Polar, Caracas, 1989.

Andueza, José Guillermo, La Jurisdicción Constitucional en el Derecho Venezolano, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sec. de Publicaciones, Vol. II. Caracas, 1955.

**Carlos Ayala Corao**

Andueza, José Guillermo, Las Potestades Normativas del Presidente de la República, Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979

Arismendi A., Alfredo, Contribución a la Bibliografía del Derecho Constitucional y su Historia, Colección Instituto de Derecho Público Universidad Central de Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

Arismendi A., Alfredo, Organización PolíticoAdministrativa de los Estados en Venezuela, Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

Arismendi A., Alfredo, Contribución a la Bibliografía del Derecho Constitucional y su Historia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pág. 8.

Arismendi A., Alfredo, La supremacía del poder personal del Presidente y el Consejo de Ministros en Venezuela, Derecho Venezolano en 1982, XI Congreso Internacional Comparado, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1982.

Autores varios, El Falseamiento del Estado de Derecho, World Jurist Association, World Jurist Foundation, Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

Ayala Corao, Carlos M., Hacia una agenda de cambios consensuados inmediatos a la Constitución de 1999 para la profundización de la democracia, Centro Gumilla, Caracas 2002.

Ayala Corao, Carlos M., La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias, Colección FUNDAP, Derecho, Administración y Política, México, 2003.

**Carlos Ayala Corao**

Ayala Corao, Carlos y Chavero Gazdik, Rafael, El Libro Negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017), Colección Estudios Jurídicos No. 120, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. (*Disponible en Amazon Books*).

Ayala Corao, Carlos y Chavero Gazdik, Rafael, La Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (2017-2019): El Leviatán de la democracia, Serie Estudios No. 119, Academia de Ciencias Políticas y Sociales- Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019. (*Disponible en Amazon Books*).

Ayala Corao, Carlos, “Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, Instituto de Derecho Público, Valencia, España, No. 20/2º semestre 2012; Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, No.2, Chile, 2012; Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, No. 18, Julio-Diciembre, 2012; Revista de Derecho Público, No.131, Caracas, julio-septiembre 2012; Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013, Anuario 2013, Konrad Adenauer Stiftung: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia 2013 (disponible en: Fundación Konrad Adenauer [www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/](http://www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/); en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México: [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?dconstla](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?dconstla); y en Lo Humano como Derecho (de lo internacional a lo local), Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University/Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016.

Ayala Corao, Carlos, “Venezuela: de la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007” en el Libro Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina/Tendencias y Perspectivas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Disponible en la Biblioteca virtual de la UNAM.

**Carlos Ayala Corao**

Ayala Corao, Carlos, Inconstitucionalidades de la denuncia de la Carta de la OEA por Venezuela y sus consecuencias en el Derecho Internacional, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 113, Caracas, 2017.

Badell Madrid, Rafael, Derecho Procesal Constitucional, Series Estudio 21, Caracas, 2020.

Bello, Andrés (1832), Principios de Derecho de Gentes en Obras Completas de Andrés Bello, tomo X, Ministerio de Educación, Caracas, 1954. La tercera edición, publicada con el nombre de Principios de Derecho Internacional, 1864; y Bello, Andrés (1843), Instituciones de Derecho Romano en la misma edición tomo XIV.

Brewer-Carías, Allan R. Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela, 100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009, T. I, FUNEDA, Caracas, 2011, pág. 15.

Brewer-Carías, Allan R. Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho Administrativo, y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela, *op. cit.*, pág. 22.

Brewer-Carías, Allan Randolph, Instituciones Políticas y Constitucionales, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 1a Edición, Ediciones Manoa, Caracas-San Cristóbal, 1982.

Brewer-Carías, Allan Randolph, La Constitución de 1999, Derecho Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, 4ª edición, 2 Tomos, Caracas, 2004.

Brewer-Carías, Allan Randolph, Las Constituciones de Venezuela, Universidad Católica del Táchira e Instituto de Estudios de Administración Local, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Brice, Ángel Francisco, El juicio de Amparo y el Anteproyecto de Constitución, Tipografía Garrido, Caracas, 1946

Brice, Ángel Francisco, *La dogmática de las constituciones en la revolución emancipadora: los derechos del hombre y del ciudadano*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, *El Pensamiento Constitucional de Latinoamérica, 1810-1811*, Tomo II, Caracas.

Brice, Ángel Francisco, *Los derechos del hombre ante el Derecho Constitucional venezolano y otros países*, *Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia* N° 118, Maracaibo, 1950-1951.

Carlos García Soto, *A los 70 años del Instituto de Derecho Público de la UCV*, 19 de julio de 2018, disponible en: <https://uma.edu.ve/periodico/2018/07/19/a-los-70-anos-del-instituto-de-derecho-publico-de-la-ucv/>

Casal H., Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

Casal Hernández, Jesús María, “La jurisdicción y la institucionalidad en Venezuela: Balance y desafíos” en *Cuestiones Constitucionales*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, enero-junio 2021, disponible en: <file:///D:/Users/jcasal/Downloads/16158-21528-1-PB.pdf>

Casal Hernández, Jesús María, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, UCAB, 2017.

Casal Montbrun, Jesús María, *Formas de Estado: El órgano deliberante regional. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional en Venezuela*, Editorial Centauro, 2da Edición, 2 Volúmenes, Caracas, 1981.

Chalbaud Zerpa, Reinaldo, *Estado y Política*, (Vol. I.), Editorial Multicolor C. A., Mérida, 1975.

Chavero Gazdik Rafael J., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood. Caracas, 2001.



Chavero Gazdik, Rafael J., El control constitucional de las decisiones judiciales, | Colección Monografías N° 11, ISBN 978-980-365-444-3, Caracas, 2018

Escovar Salom, Ramón, El Amparo en Venezuela, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Editorial Jurídica Alva. S.R.L, Caracas, 1971.

Escovar Salom, Ramón, El Presidencialismo en América Latina, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 75-76, Año XXXVIII, Caracas, Octubre 1978-Marzo 1979.

Escovar Salom, Ramón, Orden político e historia en Venezuela, Italgráfica, Caracas, 1966.

Fernández, Gerardo, En la búsqueda de un nuevo sistema de gobierno para Venezuela. Del presidencialismo exacerbado, autocrático, inestable e ineficaz a un sistema semipresidencial. Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

Fernández, Gerardo, Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999, Universidad Católica Andrés Bello y Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

Gil Fortoul, José, Filosofía Constitucional, Ministerio de Educación, Dirección de Cultura y Bellas Artes, Comisión Editora de las obras completas de José Gil Fortoul, Caracas, 1956.

Gil Fortoul, José, Historia Constitucional de Venezuela, Ministerio de Educación, Dirección de Cultura y Bellas Artes, Comisión Editora de las obras completas de José Gil Fortoul, Caracas, 1954.

González, Florentino. Lecciones de Derecho Constitucional, primera edición en Bogotá, 1869 y segunda edición con modificaciones importantes en Paris 1871.

Hernández G., José Ignacio, Justicia constitucional y poder político en Venezuela, Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XXII, Bogotá, 2016, págs. 75-95.

La Roche, Humberto J., Anotaciones sobre la enseñanza del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política, Revista de la Universidad del Zulia, N° 7, Segunda Época, Año 2, Editorial Cervantes, Maracaibo, 1959.

La Roche, Humberto J., Derecho Constitucional. Parte Especial: Las Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano, Universidad del Zulia, 4ª, Edición, Maracaibo, 1970.

Larrazábal, Felipe, Principios de Derecho Político o elementos de Derecho Constitucional, Imprenta Bolívar, Caracas, 1864.

Linares Benzo, Gustavo José, Las innovaciones de la Constitución de 1999, Revista de Derecho Público N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Enero-Marzo, 2000.

Oropeza, Ambrosio, Centralización de la Justicia y Federación. Evolución Constitucional de Nuestra República, Análisis de Impresores Unidos, Editorial Cecilio Acosta. Caracas, 1944.

Oropeza, Ambrosio, *La Nueva Constitución Venezolana (1961)*, Italgráfica, 2a Edición. Caracas, 1971.

Pérez Perdomo, Rogelio. *Los Juristas Académicos de Venezuela: Historia Institucional y Biografía Colectiva*, 2013, Florida International University College of Law, Faculty Books, eCollections, disponible en: [https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=faculty\\_books](https://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=faculty_books)

Picón Rivas, Ulises, Índice Constitucional de Venezuela, Editorial Elite, Litografía y Tipografía Vargas S.A., Caracas, 1944.

Roscio, Juan Germán (1811): El patriotismo de Nirgua y abuso de los reyes. En J.G. Roscio: *Obras*. Tomo II, Décima Conferencia Interamericana, Caracas, 1953.

Roscio, Juan Germán (1817): El triunfo de la libertad sobre el despotismo, en la confesión de un pecador arrepentido de sus errores políticos, y dedicado a desagaviar en esta

**Carlos Ayala Corao**

- parte a la religión ofendida con el sistema de la tiranía. Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996.
- Ruggeri Parra, Pablo, Derecho Constitucional Venezolano; estudio histórico jurídico, Impresores Unidos. Caracas, 1944, 2ª edición, Librería Selecta, Madrid, 1953.
- Ruggeri Parra, Pablo, Elementos de Derecho Constitucional, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 10. Tomo XXIV, Caracas, junio, 1957.
- Ruggeri Parra, Pablo, Historia Política y Constitucional de Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Dirección de Cultura, 2 Vols., Caracas, 1949.
- Ruggeri Parra, Pablo, La Supremacía de la Constitución y su Defensa, Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, N° 24, Caracas, Mayo-Junio, 1941.
- Sanojo, Luis, Estudios sobre Derecho Político, Imprenta de Valentín Espinal, Caracas, 1877.
- Sanz, Miguel José (1790), “Discurso pronunciado en el acto de la solemne instalación de la Real Academia de Derecho Público y Español, el 18 de diciembre de 1790” en Testimonios de la época emancipadora, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959.
- Tovar Tamayo, Orlando, Derecho Parlamentario, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973.
- Tovar Tamayo, Orlando, La subrogación Presidencial en el Derecho Constitucional Venezolano, Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera, Tomo IV, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.
- Ugalde, Luis. El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio, Caracas, La Casa de Bello, 1992.
- Wolf, Ernesto, Tratado de Derecho Constitucional Venezolano, Prólogo de Carlos Morales. Tipografía Americana, 2 Vols., Caracas, 1945.

**Carlos Ayala Corao**

Yanes, Francisco Javier (1823), *Apuntamientos sobre la legislación de Colombia*, Universidad Metropolitana y Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2009.

Yanes, Francisco Javier (1824), *Idea general o principios elementales del Derecho de Gentes*, extracto de Vattel y otros autores, Caracas, 1824, también reproducido en Yanes, Francisco Javier: *Manual Político del venezolano*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959.

Yanes, Francisco Javier (1839), *Manual Político del venezolano*. Caracas, Academia Nacional de la Historia y Universidad Metropolitana, Caracas, 2009.

# LA REGULACIÓN DE LAS «FINTECH» EN VENEZUELA<sup>f</sup>

*Serviliano Abache Carvajal*

Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello.

## Resumen:

En el estudio se analiza críticamente la regulación de las FINTECH en Venezuela, desde el derecho constitucional a la libertad de empresa.

**Palabras clave:** FINTECH, SUDEBAN, derechos constitucionales, libertad de empresa, reserva legal, autorización operativa, incompetencia constitucional, incompetencia legal, sector bancario, sistema financiero nacional, ITFB.

## «FINTECH» REGULATION IN VENEZUELA

## Abstract:

This paper critically analyzes FINTECH regulation in Venezuela, from the constitutional right to free enterprise.

**Keywords:** FINTECH, SUDEBAN, constitutional rights, free enterprise, legal reserve, operational authorization, constitutional incompetence, legal incompetence, banking sector, national financial system, ITFB.

---

<sup>f</sup> Trabajo preparado para el número especial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, en homenaje al Maestro Alfredo Morles Hernández, quien dejó una fecunda obra jurídica, a cuya vida y obra dedico.

## I. INTRODUCCIÓN

El retropróximo 17 de junio de 2021, la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) de Venezuela dictó las «Normas que regulan los servicios de tecnología financiera del sector bancario (FINTECH)», contenidas en la Resolución N° 001.21<sup>1</sup>, las cuales fueron objeto de «reimpresión» (*rectius*: **reedición**) y de una nueva publicación el 6 de julio de 2021, con el mismo número, por supuestas «fallas en los originales»<sup>2</sup> (Resolución FINTECH).

Son muchos los aspectos que pueden ser objeto de análisis de la Resolución FINTECH venezolana, tanto en aspectos de *forma* como de *fondo*. En esta oportunidad nos encargaremos de presentar algunas consideraciones críticas sobre la Resolución FINTECH dictada por la SUDEBAN y sus implicaciones desde la óptica del derecho constitucional a la libertad de empresa, específicamente en materia de: (i) la reserva legal y la garantía que constituye en la limitación o restricción de los derechos constitucionales; (ii) los «servicios privados de interés público» y la técnica de la autorización operativa; (iii) el principio de legalidad administrativa, las potestades administrativas y la competencia administrativa, en cuyo particular sostendremos la incompetencia constitucional por usurpación de funciones (del Poder Legislativo) por parte de la SUDEBAN al dictar la normativa que regula las FINTECH, en general, y las autorizaciones operativas de las denominadas «Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario» («ITFB»), en particular; así como la incompetencia legal (por la materia) de la SUDEBAN para regular actividades económicas no bancarias, tanto de las sociedades mercantiles que no integran el «sector bancario», como —paradójicamente— de las propias «ITFB». Finalmente ofrecemos algunas conclusiones sobre los aspectos tratados.

Como se podrá notar, la finalidad de este estudio es presentar algunas consideraciones críticas sobre esta novedosa regulación en Venezuela, especialmente desde la perspectiva de

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial N° 42.151, 17 de junio de 2021.

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 42.162, 6 de julio de 2021.

los derechos constitucionales de los particulares, sobre todo en un entorno empresarial tan venido a menos como el venezolano de las últimas décadas.

## II. El principio de reserva legal y la garantía que constituye en la limitación o restricción de los derechos constitucionales: especial referencia a la libertad de empresa

La reserva legal tiene como función principal atribuir, mediante una disposición constitucional, la regulación de una determinada materia a la *ley formal*<sup>3</sup>, sustrayendo paralelamente dicha materia de la disciplina de otras fuentes jurídicas subordinadas a la ley, como lo son la normativa reglamentaria y los proveimientos administrativos discrecionales del Poder Ejecutivo<sup>4</sup>. Dicho de otra manera, la reserva de ley se refiere a la *esfera normativa* del principio general de legalidad<sup>5</sup>.

Al respecto, explica BREWER-CARÍAS que la reserva legal se ubica en tres típicas materias, a saber: (i) la regulación, limitación o restricción de los derechos constitucionales; (ii) el régimen de sanciones y; finalmente (iii) el establecimiento de los tributos<sup>6</sup>. En estas materias que la Constitución asigna *exclusivamente* al legislador, aun en ausencia de ejercicio de la función del órgano legislativo, las mismas no pueden ser objeto de regulación vía administrativa<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cuyo *tipo normativo* es el referido en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según ha sido expresamente declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión a una consulta formulada por la República Oriental de Uruguay, en la cual señaló que la expresión «leyes» empleada en el indicado enunciado (referido a las restricciones permitidas en el marco de la protección de los *derechos humanos*, criterio aplicable, en esencia, a las limitaciones de los *derechos constitucionales*), debe entenderse en el sentido de «ley formal», esto es, una «norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado». Opinión Consultiva OC-6/86 de 09-05-1986, párrafo N° 27, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada en TRAVIESO, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas y fallos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 179 y s.

<sup>4</sup> Cf. PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Serie Estudios N° 81, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 121.

<sup>5</sup> Cf. *Idem*.

<sup>6</sup> Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 454; y BREWER-CARÍAS, Allan R., «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina», *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 38-39.

<sup>7</sup> Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 453.

Específicamente abordando la reserva legal en materia de *derechos fundamentales*, la misma consiste, en palabras de ALEXY<sup>8</sup>, en una *norma de competencia* que fundamenta la *restringibilidad* de dichos derechos, debido a que no constituye una restricción en sí misma, sino la *posibilidad jurídica* de lograr la restricción. Por ello, BREWER-CARÍAS enseña que la reserva legal es precisamente la *primera y más importante* de las «garantías constitucionales» de estos derechos, razón por la cual sólo el legislador a través de la *ley formal* puede establecer limitaciones o restricciones a la regulación y ejercicio de dichos derechos, dentro del sistema constitucional<sup>9</sup>.

Es por lo anterior —y esto resulta de meridiana importancia— que la Administración no puede limitar normativamente los derechos y garantías constitucionales y, dentro de ellos, el derecho constitucional a la libertad de empresa, establecido en el artículo 112<sup>10</sup> de la *norma normarum*<sup>11</sup>, incluso en aspectos que no hayan sido regulados expresamente por Ley<sup>12</sup>. Violar la reserva legal a través de un acto administrativo acarrea la nulidad del mismo, al tratarse de una transgresión de normas constitucionales<sup>13</sup>. Así lo llegó a entender la jurisprudencia:

---

<sup>8</sup> Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 273.

<sup>9</sup> Así se pronuncia, entre otros, Víctor GARRIDO RAMOS: «En otras palabras, las limitaciones a los derechos constitucionales sólo pueden establecerse mediante ley, entendiéndose como tal el acto emanado del órgano legislativo (Asamblea Nacional)». GARRIDO RAMOS, Víctor G., «Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional», en CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Ediciones Paredes - Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 434.

<sup>10</sup> Artículo 112 Constitución: «**Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes**, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país» (resaltado agregado).

<sup>11</sup> Constitución de la República de Venezuela, publicada inicialmente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpresa posteriormente con algunas «correcciones» en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

<sup>12</sup> Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 453.

<sup>13</sup> Cf. *Ibid.*, p. 454.



«Es así como la garantía de la reserva legal, se concreta en la confianza que tienen todas las personas que el ejercicio de la potestad legislativa, es la única capaz de reglamentar los derechos y garantías constitucionales. Por ello, cualquier acto de rango sublegal que establezca limitaciones, restricciones, obligaciones o sanciones sobre los derechos o las garantías constitucionales y más específicamente, cualquier acto de rango sublegal que establezca infracciones y sanciones o que las modifique, incurre en violación del principio de reserva legal»<sup>14</sup>.

Al unísono con la doctrina y jurisprudencia referida, en el ordenamiento constitucional venezolano se reserva a la «legislación orgánica», la *delimitación* —así como su connatural *limitación*— y desarrollo de la *materia de los derechos y garantías fundamentales*, por mandato del artículo 156, numeral 34 y artículo 203 de la Constitución, en los términos siguientes:

Artículo 156 Constitución: «Es de competencia del Poder Público Nacional: (...)// 34. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales. (...)»<sup>15</sup>.

Artículo 203 Constitución: «Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes».

Es a esto a lo que se refiere BLANQUER, en relación a la Constitución española, al explicar lo siguiente:

«En materias en las que la competencia normativa está reservada a la Ley (como sucede con los derechos fundamentales y libertades públicas conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de la Constitución), son las normas con fuerza de Ley las que pueden atribuir la supremacía que caracteriza al estatuto de la Administración Pública. **En esas materias no basta un simple Reglamento para atribuir potestades exorbitantes que sirven para ordenar, limitar y comprimir los derechos y libertades de los ciudadanos (...). La autoatribución de potestades por vía reglamentaria sólo es**

<sup>14</sup> Sentencia N° 1237, 30 de mayo de 2000, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, caso: *Banco Venezolano de Crédito*.

<sup>15</sup> En concordancia con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución: «Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público».

**admisibles en materias organizativas y otras cuestiones adjetivas que no afectan al estatuto fundamental del ciudadano»<sup>16</sup> (resaltado agregado).**

Ahora bien, enfocándonos en el evocado principio de reserva legal en materia del *derecho fundamental a la libertad*, indistintamente de la peligrosísima tendencia de la más reciente jurisprudencia constitucional que ha pretendido atenuar la vigencia de la reserva legal en relación a *derechos derivados* de éste, como es el caso, precisamente, de la libertad económica o de empresa cuando hay «intereses sociales o generales» en conflicto (e inclusive, pretendiendo reducir ese derecho constitucional a un mero *mandato de optimización*<sup>17</sup>), lo cierto es que tal postura, como podrá apreciarse con meridiana claridad, carece de fundamento precisamente debido a que es la concepción según la cual junto a los derechos fundamentales —como la libertad de empresa— pueden válidamente existir bienes colectivos en juego, lo que en primer lugar llevó a la consagración de dicha reserva, para que fuese el órgano legislativo —como instancia *plural, deliberante y representativa*— el que ponderara si tales intereses generales debían —o no— predominar en algunas circunstancias sobre el derecho fundamental comprometido<sup>18</sup>.

En virtud de lo anterior, y al igual que ocurre con cualquier derecho fundamental —y libertad pública—, toda limitación o restricción que se pretenda efectuar de los derechos integrantes del *ideario liberal*, deberá —forzosamente— atenerse a los requisitos *formales* anunciados, con especial atención a la reserva legal, resultando evidente, en tal sentido, que de no satisfacerse esta primera condición, ni siquiera cabría el análisis de otros elementos *materiales* (dentro de los cuales destacan la *licitud del fin perseguido*, la *proporcionalidad*<sup>19</sup>

<sup>16</sup> BLANQUER, David, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 209.

<sup>17</sup> *Vid.*, sentencia N° 1049, 2 de julio de 2009, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, así como las críticas sobre esta *reducción de categoría jurídica*, en: ARIAS CASTILLO, Tomás A., «Una diversión antiliberal: notas críticas a la sentencia N° 1049 de 23.07.09», en HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal y RONDÓN GARCÍA, Andrea Isabel, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049, de 23 de julio de 2009)*, Ediciones Funeda, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses, Caracas, 2010, p. 86-107.

<sup>18</sup> Cf. CASAL H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección. (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª edición, Caracas, 2009, p. 159-160.

<sup>19</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo N° 3, Bogotá, 2007.

—también denominada *prohibición de exceso*— y la *intangibilidad del contenido esencial del derecho*), pues éstos dependen formalmente de aquél.

Así lo enseña MORLES HERNÁNDEZ en relación al derecho a la libertad de empresa que, si bien se entiende no absoluto, sus restricciones o limitaciones deben cumplir esos mismos requisitos. De esta manera lo plantea: «El derecho a la libertad económica no es un derecho absoluto. Se pueden establecer, lícitamente, restricciones a su ejercicio. Para ello es necesario que se cumplan tres requisitos de índole general: la reserva legal, la proporcionalidad y el respeto al contenido esencial»<sup>20</sup>, todo lo cual adquiere especial peso, si se tiene presente, además, que «La libertad económica y el derecho de propiedad son derechos humanos protegidos por tratados internacionales de los que Venezuela es parte»<sup>21</sup>.

De lo expuesto se deduce, entonces, que carecerá de constitucionalidad y legalidad toda regulación normativa de carácter sub-legal que pretenda limitar o restringir el ejercicio de cualquier derecho constitucional, como lo es el derecho que tiene todo particular a la libertad económica o de empresa.

### III. Sobre los «servicios privados de interés público» y la técnica de la autorización operativa

Es ampliamente conocido que la actividad de *policía administrativa* consiste en esa facultad de *ordenación y limitación* de la Administración Pública, mediante la cual ésta *regula* la libertad general del administrado, con la finalidad de garantizar el *orden público* en sus tres clásicas vertientes, a saber: (i) seguridad pública, (ii) salubridad pública, y (iii) tranquilidad (paz) pública<sup>22</sup>.

En este sentido, se ha considerado que del concepto anterior surge lo que hoy se conoce como la función de *policía económica*, a propósito de la aparición de nuevas formas

---

<sup>20</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello - Universidad Monteávila, 2ª edición, Caracas, 2016, p. 40.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>22</sup> En general, *vid.* LEJARZA, Jacqueline, *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público de la Universidad Católica del Táchira N° 4, Caracas, 1997.

de regulación y técnicas de intervención de las actividades de los particulares, la cual se refiere a la *ordenación y limitación* —por parte de la Administración Pública Económica— de la libertad económica o de empresa del administrado, con la finalidad de garantizar el *orden público económico*<sup>23</sup>.

El orden público económico, como un todo, está regulado por el ordenamiento jurídico en lo general, y por los que se han denominado *ordenamientos jurídicos sectoriales* en lo particular, dentro de los cuales se encuentran —a su vez— las Administraciones sectoriales, encargadas de *regular e intervenir* actividades económicas específicas<sup>24</sup>, conocidas como servicios de interés público, servicios privados de interés general, servicios privados de intereses colectivos o «servicios económicos privados de interés público»<sup>25</sup>.

Este tipo de servicios privados de interés público, como su denominación indica, se caracterizan por ser servicios prestados por *empresas privadas* y por tener —por su naturaleza y/o políticas de Estado— *interés público*, dentro de las cuales se encuentran las actividades de hidrocarburos, electricidad, telecomunicaciones, seguros y *banca*. Los mismos exigen para su prestación de una *autorización* (autorizaciones operativas propiamente dichas, permisos, habilitaciones, etc.), la cual *condiciona* (i) la *posibilidad* misma de realizar la actividad económica, en tanto limitación directa en el ejercicio del derecho de acceso al mercado, así como, y con especial e intensa regulación (ii) el *desarrollo* de la actividad económica autorizada, lo cual evidencia el surgimiento de una relación jurídica de tracto sucesivo entre la Administración sectorial y el administrado autorizado<sup>26</sup>.

La indicada limitación directa en el ejercicio del derecho de acceso al mercado, se refiere a que las empresas privadas que realicen actividades económicas de interés público, si bien tienen —como en efecto— derecho a ejercer su libertad económica o de empresa, *ex*

---

<sup>23</sup> Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Caracas, 2006, p. 122.

<sup>24</sup> Cf. *Ibid.*, p. 144-147.

<sup>25</sup> Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Ediciones IESA, Caracas, 2004, p. 351-356.

<sup>26</sup> Cf. *Ibid.*, p. 391-410.

artículo 112 de la Constitución venezolana, el mismo puede ser sometido a —y condicionado por— las anteriormente indicadas potestades de *ordenación* y *limitación* de la Administración por la naturaleza misma del servicio o por las políticas del Estado sobre el mismo. O lo que es igual, en este tipo de actividades no se permite el ejercicio del derecho de acceso al mercado sino en los confines (limitaciones y condiciones) que supone la autorización operativa, en tanto técnica de intervención en la esfera privada.

Y lo más relevante a nuestros fines, es que la autorización operativa, por suponer un intenso condicionamiento a la *posibilidad* de realizar la actividad económica y a su *desarrollo*, debe —necesariamente— estar regulada en una *ley formal*, para precisamente encontrarse en sintonía con lo anteriormente precisado sobre la garantía que representa el principio de reserva legal en la limitación o restricción de los derechos constitucionales de los particulares, como es el caso de la libertad de empresa. De esta manera lo ha precisado HERNÁNDEZ:

«La autorización operativa parte de una limitación a la libertad de empresa, a saber, la “... prohibición general de ejercer una actividad o de llevar a cabo una actuación concreta, salvo reserva expresa por medio de autorización...”. En resguardo de la garantía formal que hemos estudiado, esta limitación *debe estar contenida expresamente en actos con rango y fuerza de Ley*. Sin embargo, la *funcionalidad operativa* de estas *autorizaciones* exige ponderar la *extensión de la garantía formal* en atención a cada uno de los elementos que integran a estos títulos y que se proyectan en cuatro restricciones al ejercicio de este atributo. Así, el respeto de la garantía formal del derecho de acceso al mercado exige la cobertura legal se extienda, además, a (i) la *consagración de la autorización* (que supone la *prohibición temporal y previa de ejercer la actividad*); (ii) los *requisitos objetivos y subjetivos* que el particular debe *cumplir* a fin de obtener la *autorización* y (iii) los *modos y condiciones que la Administración impone a través de las autorizaciones operativas*»<sup>27</sup> (cursivas del autor).

En suma: si bien es cierto que la técnica de la autorización operativa supone una limitación del derecho al acceso al mercado y, con ello, al ejercicio mismo de la libertad económica o de empresa por parte de los particulares, no es menos cierto que tal intromisión en la esfera jurídico-subjetiva de los administrados sólo se encontrará constitucionalmente

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 412.

justificada en la medida que la misma esté establecida en una *norma legal*<sup>28</sup>. De ahí que toda pretensión regulativa —sobre autorizaciones operativas— de carácter sub-legal, se encontrará al margen de la Constitución y de la propia legalidad, como es el caso de la Resolución FINTECH de la SUDEBAN, en los términos que más adelante serán expuestos.

#### IV. El principio de legalidad administrativa, las potestades administrativas y la competencia administrativa

El principio de legalidad administrativa se refiere, en la forma que lo desarrollara MOLES CAUBET<sup>29</sup>, al Estado de *régimen administrativo*, que a su vez se corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la Revolución Francesa. El mismo se circunscribe a la *esfera aplicativa* del principio general de legalidad<sup>30</sup> (o el inglés *rule of law*, según el primer significado de este concepto<sup>31</sup>, que se considera actualmente transformado en la *sovereignty of Parliament*<sup>32</sup>), consistiendo, en los términos habitualmente expuestos por la doctrina, en la *sujeción absoluta* de la Administración Pública a la Ley y al Derecho<sup>33</sup>. Así lo establece el artículo 141 de la Constitución:

«La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

En este sentido se pronuncia BREWER-CARÍAS<sup>34</sup>, para quien el principio de legalidad significa que toda actuación de los órganos del Estado debe ejecutarse de conformidad con

<sup>28</sup> También en esta línea, con especial detenimiento en la regulación de las *actividades bancarias*, vid. MUCI FACCHIN, Gustavo y MARTÍN PONTE, Rafael, *Regulación bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello - Fundación Banco Mercantil, Caracas, 2004, p. 34.

<sup>29</sup> Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, p. 7.

<sup>30</sup> Cf. TORRUCO SALCEDO, Sitlali, «El principio de reserva de ley tributaria en la jurisprudencia mexicana», en CRUZ DE QUIÑONES, Lucy (Directora Académica), *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un Maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*, tomo I, Editorial Universidad del Rosario - Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010, p. 92.

<sup>31</sup> Cf. BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 146 y s.

<sup>32</sup> Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 27.

<sup>33</sup> Sobre las corrientes de vinculación negativa (*negative Bindung*) y vinculación positiva (*positive Bindung*) del principio de legalidad administrativa, vid. TORRUCO SALCEDO, Sitlali, *op. cit.*, nota al pie N° 2, p. 92-93.

<sup>34</sup> Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 449.

el Derecho y sin duda constituye, en su opinión, la construcción jurídica de mayor importancia del Estado de Derecho. Al respecto, explica que todos los órganos del Estado están sujetos al ordenamiento jurídico, cuya cúspide no es otra que la propia Constitución<sup>35</sup>, siendo precisamente de esta idea, de la cual surge la tercera acepción de constitucionalismo (*constitutionalism*) a la que se refiere BARBERIS<sup>36</sup>: limitación del poder político a través del Derecho o de la Constitución (que a su vez se refiere al primer [más genérico] y tercer [más específico] sentidos de *legalidad*<sup>37</sup>). Mientras que para NIETO<sup>38</sup>, la característica más notable del proceso de *ejecución-aplicación* de las leyes, que a la postre consiste en la cabal *subordinación de la Administración a la ley*, es la rigurosa formalidad de las personas que pueden intervenir en dicho proceso, los órganos a los cuales se les imputan sus actuaciones, los trámites que deben seguirse, las competencias materiales y orgánicas y, en fin, sus efectos.

La incuestionable relevancia del principio de legalidad administrativa, también se evidencia de opiniones como la de MOLES CAUBET<sup>39</sup>, quien, en sentido metafórico, lo consideró la *columna vertebral* del Derecho administrativo; mientras que, en relación a la mención más palpable del mismo en el articulado de la Constitución, PÉREZ LUCIANI<sup>40</sup> señala que gran parte de la doctrina venezolana —en acuerdo casi unánime— la considera ubicada en el artículo 137, según el cual:

Artículo 137 Constitución: «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»<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> Artículo 7 Constitución: «La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución».

<sup>36</sup> Cf. BARBERIS, Mauro, *op. cit.*, p. 101.

<sup>37</sup> Cf. *Ibid.*, p. 155 y s.

<sup>38</sup> Cf. NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 155.

<sup>39</sup> Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *op. cit.*, p. 7.

<sup>40</sup> Cf. PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *op. cit.*, p. 127.

<sup>41</sup> Sobre esta norma, debe tenerse en cuenta la relación y evolución histórica constitucional que expone PÉREZ LUCIANI, partiendo de la Constitución de 1901 hasta la correspondiente a 1953. Al respecto, *vid. Ibid.*, p. 127-128. Igualmente resulta de suyo importante, el comentario que hiciera MOLES CAUBET en relación a la «insuficiencia» de la técnica de la *proposición imperativa* para la regulación del principio de legalidad —ante la ausencia de proposiciones *apodícticas, copulativas, disyuntivas e hipotéticas*—, así como sobre la «imposibilidad» de su *expresión plena* a través de su inclusión en una norma aislada de las Constituciones, debido a que dicho principio domina al ordenamiento jurídico *completo* y es, a su vez, factor decisivo de su *coherencia interna*. Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *op. cit.*, p. 13.

Este principio también encuentra regulación expresa en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>42</sup> (LOAP), cuyo texto a tenor literal dispone lo siguiente:

Artículo 4 LOAP: «La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus 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».

Al respecto, explica FRAGA-PITTALUGA<sup>43</sup> que la jurisprudencia venezolana ha establecido, con acierto, que la articulación *concreta* del comentado principio de legalidad administrativa se produce —precisamente— a través de la técnica de la atribución de *potestades*, las cuales suponen la constitución del título que habilita la actuación de la Administración Pública y define paralelamente los límites del ejercicio mismo del poder público. Expresamente ha dicho la jurisprudencia que:

«No existe órgano administrativo sin potestades, pues ello resultaría en un órgano inoperante, que nada puede hacer. Y de otra parte, nada pueden actuar los órganos administrativos más allá de los límites fijados por sus potestades. Por ello, desde este punto de vista, la potestad constituye un elemento fundamental en la definición de la organización administrativa»<sup>44</sup>.

En este sentido y arribando a la figura jurídica de la potestad, la misma encuentra su génesis en los juristas romanos, y revela una posición activa. Es sabido que la idea de *poder* se encuentra tras la noción de potestad, específicamente de un *poder jurídico* (o de un *poder-deber*, como también se le ha referido en la doctrina<sup>45</sup>) para hacer algo en términos

<sup>42</sup> Publicado en Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario, 17 de noviembre de 2014.

<sup>43</sup> FRAGA-PITTALUGA, Luis, *La incompetencia en el Derecho administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2007, p. 17.

<sup>44</sup> Sentencia de 9 de agosto de 1995, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso: *Socorro Peraza Tirado*, citada en *idem*.

<sup>45</sup> Cf. HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, «La actividad administrativa de los concesionarios de servicios públicos», *Ensayos de Derecho administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 828.



preestablecidos<sup>46</sup>. Como bien lo expone BLANQUER, «la potestad es un medio jurídico que habilita a su titular para imponerse sobre otros determinando su comportamiento»<sup>47</sup>, lo que permite apreciar, de entrada, la supremacía del titular o sujeto activo de la potestad y, consecuentemente, la sumisión del sujeto pasivo de la misma<sup>48</sup>.

Es así como, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, por éstas debe entenderse, en términos generales, «aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente»<sup>49</sup>. Por su parte, las potestades *administrativas* —propriadamente dichas—, en opinión de FRAGA-PITTALUGA «son entonces poderes jurídicos exorbitantes directamente conferidos por la ley, que permiten a los entes y órganos que las detentan afectar la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos en diversas formas y con distinta intensidad, pero siempre con pleno respeto de las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y en especial sin quebrantar los derechos y garantías constitucionales de éstos»<sup>50</sup>.

Es por ello que resulta posible afirmar que las potestades administrativas, desde un enfoque *estático*, suponen un estado de sujeción abstracta que tiene el ciudadano frente a su ente titular, mientras que desde un enfoque *dinámico* su ejercicio admite, como es sabido, y en un sentido concreto, la creación de derechos y obligaciones<sup>51</sup>. A lo que agrega PÉREZ LUCIANI<sup>52</sup>, según lo afirmado por la doctrina administrativa, que las potestades conferidas a la Administración Pública, de acuerdo con el principio de legalidad, deben necesariamente estar otorgadas mediante *leyes formales*, opinión compartida por MOLES CAUBET, para quien

---

<sup>46</sup> Cf. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *op. cit.*, p. 129.

<sup>47</sup> BLANQUER, David, *op. cit.*, p. 203.

<sup>48</sup> Cf. *Idem*.

<sup>49</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo*, volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 3ª edición, Madrid, 2000, p. 394.

<sup>50</sup> FRAGA-PITTALUGA, Luis, *op. cit.*, p. 17.

<sup>51</sup> Cf. BLANQUER, David, *op. cit.*, p. 211.

<sup>52</sup> Cf. PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *op. cit.* p. 175.

«la ley y solamente ella “*define*” la potestad administrativa con sus atribuciones y competencias»<sup>53</sup> (cursivas del autor).

Esto sigue una lógica difícilmente refutable, así como garantista: si las potestades y competencias administrativas se fijaran por normas de rango sub-legal, ello significaría que la Administración pudiera *auto-asignarse y delimitar* —en todo caso y sin excepción— su propio campo de actuación, algo —evidentemente— peligroso e, inclusive, encontrado con uno de los estandartes fundamentales del Estado de Derecho: el principio de separación de los poderes públicos.

Ahora bien, las potestades *abstractas* administrativas requieren, en términos que hemos comentado con anterioridad<sup>54</sup>, materializar su ejercicio a través del despliegue de facultades *concretas*, que supondrán la atribución a un órgano público específico de dicha *medida*, esto es, de la *competencia* administrativa<sup>55</sup>. De ahí que, como usualmente se le refiere, la competencia administrativa (que es una habilitación *concreta*) no es más que la *medida* de la potestad (que es un poder *genérico*).

Al respecto, explica FRAGA-PITTALUGA<sup>56</sup> que la competencia es el vehículo empleado por el legislador para distribuir y asignar las potestades administrativas dentro de los entes que integran la organización administrativa, permitiendo, de esta manera, el reparto del trabajo entre éstos según criterios de especialidad técnica (materia), grado (jerarquía), espacial (territorio) y temporal.

---

<sup>53</sup> Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *op. cit.*, p. 20.

<sup>54</sup> Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «“Forma y tiempo” de la potestad administrativa de investigación», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 3, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2014.

<sup>55</sup> En palabras de FRAGA-PITTALUGA: «Sin embargo, y esto es lo que nos interesa destacar, en tanto las potestades no recaen sobre un objeto individualizado y no engendran, por ello, una pretensión específica que a su vez suponga un correlativo deber, obligación o carga por parte de los administrados, es necesario un vehículo mediante el cual las mismas sean actuadas en forma concreta. Así, la potestad expropiatoria atribuida en forma genérica al Estado requiere, para hacerse efectiva, que se dote a una persona pública, o a varias, de las facultades concretas para privar a un sujeto concreto de un bien de su propiedad previa justa indemnización. Es aquí, justamente, donde entra la competencia en la teoría general de la organización administrativa». FRAGA-PITTALUGA, Luis, *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 23.

Lo principal de la competencia, en opinión de HERNÁNDEZ<sup>57</sup>, es que en ella cobra importancia el principio de legalidad administrativa, el cual, en los términos anunciados, impone la actuación de la Administración Pública con subordinación plena a la Ley y al Derecho, razón por la cual, el órgano público no puede actuar sino en la *medida exacta* de la atribución de competencia por el orden jurídico, de allí que ésta no se presume, sino que debe —obligatoriamente— ser de *texto expreso*, lo cual atiende, entre otras razones, al logro de la seguridad jurídica del individuo.

Pero además —y siguiendo ahora a BREWER-CARÍAS<sup>58</sup>—, a los efectos de determinar la norma atributiva de competencia —que constituye un elemento de la *legalidad formal*<sup>59</sup>—, hay que tener en cuenta, conjuntamente con la exigencia de *texto expreso* señalada por HERNÁNDEZ, lo relativo al anteriormente referido principio de reserva legal, en el entendido de que todo supuesto en el cual la regulación de una determinada materia esté reservada al Legislador, entonces sólo corresponderá a la *ley formal* la atribución de competencia para emanar actos administrativos. Así, explica BREWER-CARÍAS que esto sucede, entre otros casos, en los actos que implican el ejercicio de competencias en cuyo ejercicio se *limitan* —de cualquier manera— los *derechos o garantías constitucionales*, e. g. el derecho a la libertad de empresa.

<sup>57</sup> Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Algunas notas sobre los requisitos de validez de los actos administrativos», *Actualización en procedimiento administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2008, p. 76.

<sup>58</sup> Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 484.

<sup>59</sup> «A nuestro parecer los elementos mencionados como propios (voluntad y objeto-motivo) conforman lo que en nuestro criterio constituyen la “legalidad substancial” y los “seudo-elementos” (competencia, legitimación y presupuestos) forman o constituyen lo que podría llamarse genéricamente como la “legalidad formal”, incluida la “forma” o “exteriorización”. La llamada “legalidad formal” no presenta grados ni matices: se es competente o no, se tiene legitimación o se carece de ella. En cambio los presupuestos son hechos o circunstancias externas que sólo pueden ser ignorados o interpretados erróneamente o calificados de modo ilegal. Como enseña Giannini, la competencia es un requisito necesario, pero la legitimación y los presupuestos son elementos o requisitos eventuales de modo que forman tales “seudo-elementos” requisitos del acto o proveimiento si la norma los prevé. En cambio la “legalidad substancial” admite grados que van desde la conformidad del acto con las normas hasta la simple no contradicción con las mismas. Las variantes que pueden darse dependen de la discrecionalidad que las normas confieren u otorgan al órgano que emite el acto o proveimiento. Se hace necesario precisar que el acto o proveimiento administrativo puede verse afectado parcialmente, de modo que no todo el acto presenta una ilegalidad: el funcionario puede ser competente para una parte del acto e ilegal para el resto del mismo» (comillas y subrayados del autor). PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *op. cit.* p. 143-145.

En definitiva, lo expuesto permite sentar las bases o premisas conceptuales para lo que en seguida será abordado, de cara a evidenciar los graves vicios de los que adolece la Resolución FINTECH de la SUDEBAN, tanto por razones de: (i) *incompetencia constitucional*; como de (ii) *incompetencia legal*. Veamos.

### **1. Incompetencia constitucional por usurpación de funciones (del Poder Legislativo) por parte de la SUDEBAN al dictar la normativa que regula las FINTECH, en general, y las autorizaciones operativas de las «ITFB», en particular**

Enseña BREWER-CARÍAS que «La incompetencia de orden constitucional se produce en dos casos: cuando una persona que carece en forma absoluta de competencia, usurpa la autoridad y ejerce sus competencias sin legitimidad alguna; o cuando un funcionario determinado usurpa las funciones atribuidas a otro órgano distinto del Estado»<sup>60</sup>. Esta última es, precisamente, la modalidad de *incompetencia constitucional* que nos interesa.

Al respecto, explica FRAGA-PITTALUGA que en la *usurpación de funciones* «una rama del Poder Público *invade* las competencias de otra rama del Poder Público»<sup>61</sup>, razón por la cual se «violenta la distribución de poder efectuada por la Constitución»<sup>62</sup>. Ahondando un poco más en la cuestión, dentro de las tipologías de usurpaciones de funciones, la incurrida por la SUDEBAN al dictar la Resolución FINTECH encuadra en las de *carácter horizontal*, específicamente «respecto de órganos legislativos»<sup>63</sup>.

En efecto, «Esta forma de incompetencia se produce cuando la Administración dicta actos administrativos, de efectos generales o particulares, en materias que sólo pueden ser reguladas por el legislador. Este vicio se producirá, en consecuencia, cada vez que la Administración irrespete el principio de la reserva legal que rija en una materia determinada»<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 169.

<sup>61</sup> FRAGA-PITTALUGA, Luis, *op. cit.*, p. 69.

<sup>62</sup> *Idem.*

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>64</sup> *Idem.*

Como anteriormente decíamos, cualquier limitación o restricción a la *posibilidad* misma de realizar alguna actividad económica por parte de los particulares, necesariamente debe estar regulada en una *ley formal* (principio de reserva legal), por encontrarse en juego el ejercicio de derechos constitucionales, entre otros, el de libertad de empresa. Y es por razón de lo anterior que las *autorizaciones operativas*, en tanto técnica de intervención en la esfera jurídico-subjetiva que supone un intenso condicionamiento al derecho de acceso al mercado de las empresas privadas que realicen actividades económicas de interés público, sólo pueden establecerse (crearse y delimitarse los requisitos para su otorgamiento, supervisión y revocación) en *normas legales*.

Pues bien, al haber la Administración sectorial bancaria dictado la Resolución FINTECH, mediante la cual ha pretendido regular (ordenar y limitar) la actividad económica de las denominadas «ITFB» y, con ello, restringir su libertad de empresa, se ha flagrantemente invadido las competencias del poder legislativo, específicamente de la Asamblea Nacional, que es la única facultada para dictar la normativa —de carácter legal— que puede restringir el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares, como es el caso, precisamente, de la libertad económica o de empresa, paralelamente atentando contra los artículos 136<sup>65</sup> y 137 de la Constitución, los cuales establecen el superior principio constitucional de separación de poderes y el anteriormente atendido principio de legalidad administrativa. En iguales términos lo ha precisado la jurisprudencia del denominado Tribunal Supremo de Justicia:

«(...) se constata la usurpación de funciones, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo, las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes, según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio. De manera que al invalidarse la esfera de atribuciones que es propia de otro órgano

---

<sup>65</sup> Artículo 136 Constitución: «El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.// Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado».

del Poder Público, se estaría incurriendo en una incompetencia manifiesta lo cual se traduce necesariamente en la nulidad absoluta del acto»<sup>66</sup>.

Una cosa es que la SUDEBAN tuviese la competencia administrativa para supervisar el cumplimiento de los *requisitos legales* para el otorgamiento de la autorización operativa a las «ITFB» —tanto para la *posibilidad* misma de realizar la actividad económica (artículos 4 al 15 de la Resolución FINTECH), como para *desarrollarla*—, a otras voces, ejercer su función de policía económica, y otra, muy distinta —y distante— es que la SUDEBAN pueda *crear y regular* dichos requisitos (procedimiento y trámite) mediante una norma de rango *sub-legal*, como lo hizo mediante el dictado de la Resolución FINTECH.

En los términos expuestos, la intensa limitación que suponen las autorizaciones operativas necesariamente deben estar establecidas en *cuerpos normativos legales*, en garantía de la reserva legal de las restricciones al derecho de acceso al mercado como integrante de la libertad de empresa, y no sólo en cuanto a su *consagración* como tal, sino también en relación al establecimiento de los requisitos (objetivos y subjetivos) que los particulares deben cumplir para obtener dicha autorización, así como en lo relativo a las condiciones que se le impongan a los particulares mediante dichas autorizaciones<sup>67</sup>.

De acaso poder la SUDEBAN crear y delimitar los requisitos para el otorgamiento de autorizaciones operativas, así como las consecuencias de su no obtención, ello equivaldría, en los términos ya adelantados, a que la SUDEBAN pudiera *auto-asignarse y delimitar* su propio campo de actuación frente a los particulares, el cual sólo puede establecerse —cuando hay derechos constitucionales en juego— mediante una *ley formal*, por razón del atendido principio de reserva legal.

En una palabra: ni las Administraciones sectoriales ni ningún ente administrativo pueden darse sus propias *potestades y competencias*. Ello es evidente. De lo contrario se

---

<sup>66</sup> Sentencia N° 01448, 11 de julio de 2001, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa; criterio ratificado en sentencia del 17 de junio de 2003, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, caso: *Miryam Cevedo de Gil*.

<sup>67</sup> Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa... cit.*, p. 412.

estarían violando, como en efecto, los mencionados principios de separación de los poderes públicos y de legalidad administrativa.

En evidencia de lo puntualizado, se encuentran no pocos enunciados de la LISB, teniendo especial relevancia a nuestros fines el contenido en el artículo 7 *eiusdem*, de acuerdo con el cual:

Artículo 7 LISB: «**Actividades que requieren autorización**// Toda persona natural o jurídica que realice actividades de intermediación o de servicios financieros auxiliares, requiere de **autorización** previa de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario **de acuerdo con las normas establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley**. En consecuencia, aquella que carezca de esta **autorización**, no podrá:// 1. Dedicarse al giro propio de las instituciones bancarias, y en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, especies o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos o inversión en títulos valores, bajo cualquier modalidad contractual.// 2. Usar en su razón social, en formularios y en general en cualquier medio, términos que induzcan a pensar que su actividad comprende operaciones que sólo pueden realizarse con autorización de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y bajo su fiscalización.// 3. Efectuar anuncios o publicaciones en los que se afirme o sugiera que practica operaciones y servicios que le están prohibidos conforme a los numerales anteriores, incluso en medios electrónicos.// Las personas naturales o jurídicas que se dediquen regularmente o habitualmente al otorgamiento de créditos o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos, no formarán parte del sector bancario y no necesitarán autorización alguna para realizar esa actividad. Dichas personas no deberán cobrar intereses sobre intereses» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Esta norma permite apreciar varios elementos de importancia, a saber: (i) es la Ley —no la SUDEBAN— la que precisa cuáles *actividades requieren autorización*, (ii) es la Ley la que expresamente indica que la autorización que expide la SUDEBAN se rige por «*las normas establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*», y no por la SUDEBAN, (iii) es la Ley la que delimita lo que no podrán hacer (norma prohibitiva) las personas naturales y jurídicas que carezcan de autorización, no la SUDEBAN, y (iv) es la

Ley la que precisa (tácita y expresamente) qué personas naturales y jurídicas no necesitan obtener la autorización, lo cual, nuevamente, no lo delimita la SUDEBAN.

Como ya lo dejábamos ver líneas atrás, una cosa es que la SUDEBAN tenga la competencia administrativa para otorgar autorizaciones operativas a los sujetos y en las condiciones que la LISB establezca para que puedan realizar su actividad financiera dentro del «sector bancario» —el cual será precisado en el próximo punto—, y otra, muy distinta, es que sea la propia SUDEBAN la que delimite los requisitos —sujetos, actividades, etc.— exigibles para obtener una autorización operativa. Son dos cosas diferentes y que no deben confundirse. La primera es una manifestación del ejercicio de la policía económica por parte de la Administración sectorial, mientras que la segunda se traduciría en una vulneración de la reserva legal por severa limitación del derecho a la libertad de empresa y de acceso al mercado.

En efecto, en el análisis que nos ocupa la Administración sectorial de la SUDEBAN ha indiscutiblemente usurpado funciones legislativas mediante el dictado de la Resolución FINTECH y, con ésta, pretende inconstitucional e ilegalmente regular la actividad económica de las «ITFB», estableciendo los requisitos que las mismas deben cumplir para la obtención de la autorización operativa respectiva, la cual supone —por su propia naturaleza y finalidad— una seria limitación al ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica y de acceso al mercado de esas empresas. En los términos anteriormente planteados, tal restricción sólo es dable mediante normativa de *carácter legal*, y no de nivel sub-legal, como lo es la Resolución FINTECH.

Por razón de lo expuesto, resulta palpable que la apuntada usurpación de funciones legislativas en la que ha incurrido la SUDEBAN se traduce en que la Resolución FINTECH se encuentra en franca desatención y vulneración de normas (principios y reglas) de la Carta Magna, adoleciendo de manifiesta incompetencia constitucional la Administración sectorial bancaria para dictarla.

## **2. Incompetencia legal (por la materia) de la SUDEBAN para regular actividades económicas no bancarias**



Como si lo anterior no fuera suficiente (incompetencia constitucional por usurpación de funciones legislativas), y aunque luzca evidente, es importante precisar que la SUDEBAN tampoco tiene competencia *legal* para regular (autorizar, supervisar, inspeccionar, controlar, etc.) la actividad económica de (i) sociedades mercantiles que no integran el denominado «sector bancario», ni —paradójicamente— (ii) las denominadas «ITFB» en la Resolución FINTECH. En seguida nos ocuparemos de ambos supuestos por separado.

### **2.1. Incompetencia de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que no integran el «sector bancario», en lo general**

Aún bajo el supuesto negado que la SUDEBAN tuviese la competencia administrativa para regular la *creación* y establecer los *requisitos* exigidos para la obtención de las «autorizaciones operativas» —cuestión que, como ha quedado suficientemente desarrollado, no es el caso—, lo cierto es que no puede bajo concepto alguno una Administración sectorial ejercer funciones de policía económica fuera de su ámbito *competencial sectorial*. Esto, simplemente, no tiene sentido.

Lo anterior más bien iría en contra de la *naturaleza* misma y *razón de ser* de las Administraciones «sectoriales» que, como su denominación apunta, se encargan de supervisar un «sector» en específico de las actividades económicas de los particulares o, con mayor rigor, algún «sector» de los comentados «servicios privados de interés público».

En efecto, la figura de las Administraciones sectoriales se desarrolla entorno a «la existencia de ordenamientos jurídicos que rigen únicamente para determinados operadores económicos, quienes despliegan su iniciativa económica bajo la supervisión de una Administración especialmente creada para tal fin. La característica fundamental de este régimen, sin embargo, es la existencia de una *autorización operativa* conferida por la Administración sectorial, y a través de la cual se faculta al operador económico para ejercer su derecho a la libertad económica bajo las restricciones derivadas del ordenamiento sectorial que resulte aplicable»<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo... cit.*, p. 144.

En este sentido, se ha considerado que un ejemplo paradigmático es, precisamente, el correspondiente al «sector bancario». Así, se ha explicado que «la ordenación jurídica de la actividad de intermediación financiera se caracteriza por la existencia de norma jurídicas que sólo aplican a determinados sujetos —las instituciones financieras— y cuya supervisión ha sido encomendada a una Administración sectorial —la SUDEBAN—»<sup>69</sup>.

Aterrizando las consideraciones anteriores al caso particular de la SUDEBAN y su esfera de *especialidad sectorial*, es necesario precisar la misma, esto es, qué comprende o abarca el denominado «sector bancario», que es otra forma de atender el ámbito de aplicación de la ley de la materia. Después de todo, «El criterio clave aquí es la *especialidad*: las Administraciones sectoriales sólo supervisan la aplicación de ese ordenamiento sectorial»<sup>70</sup>. A estos fines, gozan de particular importancia los artículos 1, 3 y 5 de la LISB, y los artículos 6 y 8 de la LOSFIN<sup>71</sup>, de acuerdo con los cuales:

Artículo 1 LISB: «**Ámbito de la ley**// El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley establece el marco legal para la constitución, funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción de las instituciones que operan en el **sector bancario venezolano**, sean éstas públicas, privadas o de cualquier otra forma de organización permitida por este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 3 LISB: «**Sector bancario público y privado**// El sector bancario privado **comprende el conjunto de las instituciones privadas**, que previa **autorización** del ente regulador se dedican a realizar **actividades de intermediación financiera** que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.// El sector bancario público, **comprende el conjunto de entidades bancarias** en cuyo capital social la República Bolivariana de Venezuela posee la mayoría accionaria, que estarán reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en aquellos aspectos no contemplados en su marco legal que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.// **También forma parte del sector bancario**, público o privado

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>71</sup> Los cuales no están exentos de críticas, por razón de sus imprecisiones e injustificadas ampliaciones. Al respecto, *vid.* LARES BASSA, Rodrigo, «Una aproximación crítica a la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional», *Revista de Derecho Público*, N° 131, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 101-103.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

según corresponda, **las sociedades de garantías recíprocas, fondos nacionales de garantías recíprocas, casas de cambio y los operadores cambiarios fronterizos**, así como las personas naturales y jurídicas que prestan sus **servicios financieros auxiliares**, los cuales se denominan como **instituciones no bancarias definidas en los artículos 13, 14 y 15** del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// Los institutos municipales de crédito quedan sometidos a las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto a su funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción; a la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y a las que dicte el Banco Central de Venezuela sobre el encaje y tasas de interés; pero se regirán por la correspondiente ordenanza municipal en cuanto a su administración.// Las actividades y operaciones a que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se realizarán de conformidad con sus disposiciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Códigos y Leyes que regulan la materia financiera y mercantil, la Ley del Banco Central de Venezuela, las demás Leyes aplicables, los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional, la normativa prudencial que emita la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; así como atendiendo a las resoluciones emanadas del Banco Central de Venezuela» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 5 LISB: «**Intermediación financiera**// Se entiende por intermediación financiera a la actividad que realizan las instituciones bancarias y que consiste en la **captación de fondos** bajo cualquier modalidad y su **colocación en créditos o en inversiones** en títulos valores emitidos o avalados por la Nación o empresas del Estado, mediante la realización de las operaciones permitidas por las leyes de la República» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 6 LOSFIN: «Para los propósitos de esta Ley, se entiende por **instituciones financieras** aquellas entidades o formas de organización colectivas o individuales, de carácter público, privado y cualquier otra forma de organización permitida por la ley, **que se caracterizan por realizar de manera regular actividades de intermediación**, al captar recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, a fin de utilizar dichos recursos en operaciones de crédito e inversión financiera.//También son consideradas **instituciones financieras** las unidades administrativas y financieras comunitarias, orientadas a realizar la intermediación financiera comunitaria para apoyar las políticas de fomento, desarrollo y fortalecimiento de la economía social, popular y alternativa.// Asimismo, se incluyen las personas naturales o jurídicas que presten **servicios**

**financieros o servicios auxiliares del sistema financiero**, entendiéndose por éstos a las compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, operadores cambiarios fronterizos, transporte de especies monetarias y de valores, servicios de cobranza, cajeros automáticos, servicios contables y de computación, cuyo objeto social sea exclusivo a la realización de esas actividades. Los entes reguladores de los distintos sectores que integran el Sistema Financiero Nacional dictarán normas aplicables a este tipo de instituciones» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 8 LOSFIN: «**Conformación del sector bancario**// El **sector bancario está constituido por el conjunto de instituciones que realizan intermediación financiera** mediante la colocación de los recursos, obtenidos a través de los depósitos del público o de otras fuentes permitidas por la ley, para el financiamiento, en especial, de las actividades productivas de la economía real, de sus servicios asociados y la infraestructura correspondiente» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Se observa de las normas citadas, que el «sector bancario» está integrado por: (i) instituciones privadas o públicas que realicen actividades de *intermediación financiera* (captación y colocación de fondos), (ii) sociedades de garantías recíprocas, (iii) fondos nacionales de garantías recíprocas, (iv) casas de cambio<sup>72</sup>, (v) operadores cambiarios fronterizos<sup>73</sup>, (vi) unidades administrativas y financieras comunitarias, y (vii) *servicios*

<sup>72</sup> Artículo 13 LISB: «**Casa de cambio**// Las casas de cambio no tendrán el carácter de instituciones bancarias y su objeto es realizar operaciones de cambio vinculadas al servicio de encomienda electrónica y aquellas operaciones cambiarias que hayan sido autorizadas por el Banco Central de Venezuela, con las limitaciones que este organismo establezca. Incluirán en su denominación social la indicación “Casa de Cambio”, la cual es de su uso exclusivo. Para operar se requiere un capital social mínimo suscrito y pagado de un millón doscientos mil bolívares.// Las casas de cambio constituirán y mantendrán una fianza de fiel cumplimiento expedida por una institución bancaria o una empresa de seguros, conforme lo determine la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario mediante normas de carácter general, con el objeto de garantizar las operaciones que realice. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, elevará periódicamente el monto de la mencionada garantía, y requerir su sustitución y ampliación, cuando a su juicio sea conveniente».

<sup>73</sup> Artículo 14 LISB: «**Operador cambiario fronterizo**// Los operadores cambiarios fronterizos no tienen carácter de instituciones bancarias y tienen por objeto la compra y venta de divisas en efectivo, así como las demás operaciones cambiarias compatibles con su naturaleza, que hayan sido autorizadas por el Banco Central de Venezuela. Solamente operarán en las zonas fronterizas terrestres del país y en las regiones insulares fronterizas autorizadas por el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional. Se les exige para su constitución un capital mínimo suscrito y pagado de doscientos mil bolívares. Corresponde al Banco Central de Venezuela, la potestad de asignar la cantidad de sujetos que podrán actuar como operadores cambiarios fronterizos en cada localidad de las zonas fronterizas; satisfecha la cantidad de sujetos que se establezca, no podrá tramitarse ninguna solicitud para actuar como operador cambiario fronterizo.// Los operadores cambiarios fronterizos constituirán y mantendrán una fianza de fiel cumplimiento expedida por una institución bancaria o una empresa de seguros, conforme lo determine la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario mediante normas de carácter general, con el objeto de garantizar las operaciones que realice. La garantía será

*financieros auxiliares*<sup>74</sup>. Por argumento *a contrario*, cualquier persona jurídica que *subjektivamente* no se identifique con las sociedades señaladas, y que *objetivamente* no realice alguna de las actividades económicas anteriores, no se encontrará dentro del «sector bancario» y, con ello, se ubicará fuera del ámbito de aplicación de la LISB y de la potestad de policía económica de la SUDEBAN.

Teniendo en cuenta la precisión de las sociedades y actividades señaladas en las normas citadas, salvo por la designada bajo el ambiguo rótulo de «servicios financieros auxiliares» —que de entrada son identificadas con «instituciones no bancarias», *ex* artículo 3 de la LISB—, es menester atender la definición legal que sobre las mismas trae el artículo 15 *eiusdem*. Este enunciado delimita lo siguiente:

Artículo 15 LISB: «**Otras instituciones no bancarias// Forman también parte del sector bancario** las personas naturales o jurídicas que presten servicios financieros o **servicios auxiliares a las instituciones del sector bancario**, entendiéndose por éstas las **compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico**. Igualmente quedan sometidas a este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto les sean aplicables, las operaciones de carácter financiero que realicen los **almacenes generales de depósitos**, las sociedades de garantías recíprocas y los fondos nacionales de garantías recíprocas.// La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará normas aplicables a este tipo de instituciones en cuanto a su funcionamiento y sus relaciones entre sí y con las instituciones bancarias, casas de cambio y operadores cambiarios fronterizos (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Resulta apreciable, a tenor de lo establecido en la norma en cuestión, que los *servicios financieros auxiliares* se identifican con los prestados por compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento

---

depositada en un banco universal domiciliado en la República Bolivariana de Venezuela.// El monto de la fianza será del veinticinco por ciento (25%) del capital mínimo o de novecientas Unidades Tributarias (900 U.T.), cuando se trate de personas naturales. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, elevará periódicamente el monto de la mencionada garantía, y requerirán su sustitución y ampliación, cuando a su juicio sea conveniente».

<sup>74</sup> Al respecto, *vid.* MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 109 y s.; y BADELL MADRID, Rafael, «Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario», *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 285.

o pago electrónico, así como los almacenes generales de depósitos cuando realicen operaciones de carácter financiero<sup>75</sup>; sin posibilidad alguna —esto es lo importante— de pretender incluir dentro de estos *servicios financieros auxiliares* otras «instituciones no bancarias» distintas a las expresamente indicadas.

Ahora bien, habiendo precisado —qué integra y qué no— la noción de «sector bancario» y, con éste, el ámbito de aplicación de la LISB, se presenta evidente que la esfera *competencial sectorial* de la SUDEBAN se encuentra circunscrita o limitada a la regulación (autorización, supervisión, inspección, control, etc.) *única y exclusivamente* de las entidades o instituciones que efectivamente formen parte de dicho sector económico, lo que por vía de consecuencia *excluye* de su función de policía económica a las sociedades mercantiles que no entren en el «sector bancario».

Lo recién expuesto encuentra expreso respaldo normativo en la LISB en varias disposiciones, como es el caso, entre otros, de los artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185, de acuerdo con los cuales:

**Artículo 153 LISB: «Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario// La inspección, supervisión, vigilancia, regulación, control y sanción de las instituciones que conforman el sector bancario** con el objeto de proteger los intereses del público, estarán a cargo de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario es un instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los bienes de la República, que actuará bajo la dirección y responsabilidad del o la Superintendente de las instituciones bancarias y **se regirá por las disposiciones previstas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley** (...) (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

**Artículo 154 LISB: «Objeto de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario// Corresponde a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario autorizar, supervisar, inspeccionar, controlar y regular el ejercicio de la actividad que realizan los sujetos bajo su tutela,** conforme a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y demás normas que regulen el sector bancario nacional; así como, instruir

---

<sup>75</sup> En esta misma línea, *vid.* BADELL MADRID, Rafael, *op. cit.*, p. 286.

la corrección de las fallas que se detecten en la ejecución de la actividad y sancionar las conductas desviadas al marco legal vigente. Todo ello con el fin de garantizar y defender los derechos e intereses de los usuarios y usuarias del sector bancario nacional y del público en general» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 159 LISB: **«Facultades del Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario// El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, se encuentra facultado o facultada para:// 1. Ejercer la representación legal de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 2. Determinar y modificar la estructura orgánica de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario con la opinión vinculante del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia para las finanzas.// 3. Aprobar y modificar el Reglamento Interno, el Estatuto Funcionario de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y las demás normas o manuales requeridos para su normal y eficiente funcionamiento; así como, aprobar el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios o funcionarias de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 4. Programar, formular, aprobar, ejecutar, ampliar, modificar y controlar el presupuesto anual de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 5. Nombrar y remover a los funcionarios de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, asignarles sus funciones y obligaciones y fijarles su remuneración, sin más limitaciones que las que se establezcan en el presente Título y en el estatuto funcionario.// 6. Celebrar los contratos y demás actos requeridos para el normal desarrollo de las actividades de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, incluidos los de prestación de servicios para la ejecución de trabajos específicos, salvo delegación expresa.// 7. Celebrar convenios con organismos del Estado u otras instituciones de supervisión bancaria, financiera y de seguros del extranjero, con fines de capacitación e intercambio de información en materia de supervisión.// 8. Cualquier otra que conduzca al cumplimiento adecuado de los fines de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 9. Imponer las multas y demás sanciones establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y en las demás Leyes que rijan la actividad de las instituciones sometidas a la supervisión de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 10. Asistir, cuando lo crea conveniente, a las reuniones de las juntas administradoras y a las asambleas de accionistas de las instituciones sometidas a su control, o hacerse representar en ellas por un funcionario o funcionaria de su dependencia, con derecho a voz.// 11. Elaborar y publicar en medios masivos de divulgación un informe en el curso del primer trimestre del año sobre las actividades del organismo a su cargo en el año**

calendario precedente y acompañarlo de los datos demostrativos que juzgue necesarios para el mejor estudio de la situación del sector bancario en el país.// 12. Solicitar al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, al Banco Central de Venezuela y al Ministro o Ministra con competencia en materia de Finanzas las opiniones a que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// 13. Las demás que señale este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y las disposiciones que gobiernan a otras instituciones sujetas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 171.1 LISB: «**Atribuciones// Son atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, además de las ya establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las siguientes:// 1. Autorizar la organización y funcionamiento de instituciones del sector bancario que tengan por fin realizar cualquiera de las operaciones señaladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley**» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 185 LISB: «**Sujetos objeto de sanciones// Las instituciones del sector bancario, así como las personas naturales que ocupen en ellas cargos de administración o de dirección, consejeros o consejeras, asesores o asesoras, consultores o consultoras, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios o secretarías de la junta directiva o cargos similares, de hecho o de derecho, que infrinjan el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y todo el cuerpo normativo emitido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título**» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

En definitiva, la SUDEBAN además de poder delimitar los aspectos organizativos internos relativos a su funcionamiento, sólo tiene competencia administrativa por la materia para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que integran el «sector bancario», el cual está integrado única y exclusivamente por las mencionadas: (i) instituciones privadas o públicas que realicen actividades de intermediación financiera, (ii) sociedades de garantías recíprocas, (iii) fondos nacionales de garantías recíprocas, (iv) casas de cambio, (v) operadores cambiarios fronterizos, (vi) unidades administrativas y financieras comunitarias, y (vii) servicios financieros auxiliares, los cuales se identifican con los prestados por compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico; lo cual por definición



*excluye* de su ámbito competencial sectorial a cualquier persona jurídica que simplemente *no forme parte* del «sector bancario», evidenciándose, así, la incompetencia manifiesta de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que no integran el denominado «sector bancario».

Lo recién concluido adquiere mayor peso cuando se tiene en cuenta el encabezado mismo de la Resolución FINTECH, en el cual se invocan los fundamentos jurídicos que —supuestamente— confieren a la SUDEBAN las facultades legales (competencia administrativa) para dictar dicha normativa. A tenor literal, se indica lo siguiente:

«En ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 7, 69, 70 el numeral 1 del artículo 159, el numeral 14 del artículo 171 y el numeral 7 del artículo 172 del Decreto con Rango, Valor, Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.557 de fecha 8 de diciembre de 2014, **las cuales establecen que toda persona natural o jurídica que realice actividades de intermediación o de servicios financieros auxiliares, requiere de autorización previa de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de acuerdo con las normas establecidas en el citado Decreto Ley** y le otorgan a ésta la **potestad de dictar las normas prudenciales necesarias para la regulación del ejercicio de las operaciones bancarias, sus servicios complementarios, su supervisión y aquellas relativas a los productos y servicios financieros**, así como, regular todos aquellos elementos necesarios para garantizar los derechos de los usuarios y usuarias del sector bancario nacional, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 14 y el numeral 4 del artículo 20 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.578 de fecha 21 de diciembre de 2010» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Pues bien, lo cierto es que tales fundamentos no hacen más que —paradójicamente— avalar lo que se viene sosteniendo sobre la incompetencia de la SUDEBAN para dictar la Resolución FINTECH. En efecto, las normas invocadas contenidas en los artículos 7, 69, 70, 159.1, 171.14 y 172.7 de la LISB se refieren —a tenor del mismo encabezado— a «*que toda persona natural o jurídica que realice actividades de intermediación o de servicios financieros auxiliares, requiere de autorización previa de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario*». Y es que, en efecto, es así.

Como ha sido planteado, *sólo* las personas naturales o jurídicas que realicen «actividades de intermediación financiera» o «servicios financieros auxiliares», esto es, las que integren el «sector bancario», deben obtener de la SUDEBAN la respectiva autorización operativa para poder realizar tal actividad económica financiera, en los términos establecidos en la LISB, lo que permite ver que, por argumento *a contrario* y en los términos ampliamente desarrollados, las personas naturales o jurídicas que no llevan a cabo «actividades de intermediación financiera» o «servicios financieros auxiliares» o, en otras palabras, que no formen parte del «sector bancario», entonces no tienen que obtener la indicada autorización operativa para ejecutar su *actividad económica no bancaria*.

Igualmente, en el indicado encabezado de la Resolución FINTECH también se señala que la SUDEBAN tiene «*la potestad de dictar las **normas prudenciales** necesarias para la regulación del ejercicio de las **operaciones bancarias**, sus servicios complementarios, su supervisión y aquellas relativas a los **productos y servicios financieros***», convenientemente dejando de lado que tal competencia *sólo puede ejercerla de conformidad con lo establecido en la LISB*, en respeto del superior principio constitucional de legalidad administrativa, ya atendido. Este extracto de la Resolución, como podrá apreciarse, amerita un comentario.

En primer lugar, si bien la SUDEBAN tiene la potestad para dictar las denominadas «normas prudenciales», legalmente definidas en el artículo 6<sup>76</sup> de la LISB, debe tenerse presente que la Resolución FINTECH, por las razones expuestas (sería limitación del ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa, pretendida regulación sub-legal de la autorización operativa exigida a las «ITFB», etc.) no se identifica con —ni puede dictarse a través de— una pretendida «norma prudencial» de la Administración sectorial bancaria, en tanto meras *directrices* e *instrucciones* administrativas *complementarias* (no creadoras) de las regulaciones bancarias, por demás jerárquicamente inferiores a las necesarias *normas legales* requeridas a estos fines.

---

<sup>76</sup> Artículo 6 LISB: «(...)// En este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se entiende por **normativa prudencial** emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, todas aquellas **directrices** e **instrucciones** de carácter técnico contable, legal, tecnológico y de riesgo de obligatoria observancia, dictada mediante resoluciones de carácter general y a través de las circulares enviadas a las personas naturales o jurídicas sometidas a su control» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Basta con traer a colación la autorizada posición de MORLES HERNÁNDEZ, quien identifica las «normas prudenciales» con: «el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la SUDEBAN. Esta potestad únicamente puede ser utilizada de acuerdo con la Ley, es decir, le corresponde a la Ley esbozar, por lo menos, las características básicas y fundamentales de la situación que quiere ver complementada reglamentariamente»<sup>77</sup>, con lo cual se pone de relieve, una vez más, lo abordado sobre la reserva legal y el derecho constitucional a la libertad de empresa.

Y en segundo lugar, como ya lo adelantábamos, lo cierto es que la importancia de la omisión incurrida sobre la necesaria *conformidad legal* de la regulación de las «operaciones bancarias» y de los «productos y servicios financieros» se apreciará a continuación, en relación a la incompetencia de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de las «ITFB», la cuales, paradójicamente, tampoco integran el «sector bancario» y, con ello, mal puede «complementarse» —mediante «normas prudenciales»— lo simplemente *inexistente*.

## 2.2. Incompetencia de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de las «ITFB», en lo particular

Luego del análisis de las normas anteriormente referidas de la LISB, resulta apreciable que las denominadas «ITFB»<sup>78</sup> en la Resolución FINTECH no son señaladas —expresa ni tácitamente— en la LISB, esto es, *no están incluidas* dentro de los «sujetos regulados» o «bajo la tutela» de la SUDEBAN (ámbito subjetivo de aplicación de la LISB), ni dentro de las «actividades económicas de intermediación financiera», incluyendo los «servicios financieros auxiliares» (ámbito objetivo de aplicación de la LISB), con lo cual es

---

<sup>77</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 155, siguiendo a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Principios de supervisión administrativa en la Ley de la Actividad Aseguradora», *Análisis a la Ley de la Actividad Aseguradora*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2011, p. 76.

<sup>78</sup> Artículo 3 Resolución FINTECH: «A los efectos de estas normas, se definen los términos que se mencionan a continuación, los cuales tendrán el significado que aquí se indique, pudiendo ser utilizados tanto en plural como en singular, masculino, femenino o cualquier forma verbal según el contexto en que se presente: (...)// **2. Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario (ITFB):** Toda persona jurídica de carácter público o privado, nacional o extranjera, autorizada por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario para prestar a las Instituciones del Sector Bancario, los **servicios financieros** contemplados en la presente normativa, a través del uso de nuevas tecnologías» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

posible afirmar que, simplemente, las «ITFB» *no forman parte* del denominado «sector bancario».

Con lo anterior, lo que se quiere precisar es que las «ITFB»: (i) escapan del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la LISB (artículos 1, 3, 5, 13, 14 y 15 de la LISB) y, por vía de consecuencia (ii) no califican —no pueden hacerlo— como «sujetos regulados» o «bajo la tutela» de la Administración sectorial bancaria (artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185 de la LISB), por lo que se encuentran fuera de la *materia* bajo autorización, supervisión, inspección, control y regulación de la SUDEBAN.

Pensar lo contrario llevaría a la irracional conclusión de afirmar que si bien las «ITFB» no están incluidas —subjetiva ni objetivamente— en el ámbito de aplicación de la LISB, de igual manera forman parte del «sector bancario» por su (ilegal) creación en la Resolución FINTECH y, con ello, «caerían» bajo el paraguas regulatorio de la SUDEBAN —la auto-designación de competencias a la que nos referimos antes—, aún cuando esta Administración sectorial sólo pueda ejercer sus funciones de policía administrativa (supervisión, fiscalización, control, etc.) en las materias previamente establecidas en la *ley bancaria*, esto es, sobre los sujetos y actividades económicas que se identifican con el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la LISB, y no en los que ella misma se *auto-atribuya*, al margen del principio de legalidad administrativa.

Una pretendida justificación de lo recién apuntado se identificaría, en clave argumentativa, con la construcción silogística siguiente: *Premisa mayor*: si las «ITFB» estuviesen incluidas en la LISB (*p*), formarían parte del «sector bancario» (*q*); *Premisa menor*: las «ITFB» fueron incluidas de manera sobrevenida en el «sector bancario» (*q*) en la Resolución FINTECH; *Conclusión*: entonces, las «ITFB» están incluidas en la LISB (*p*). Es decir: Si *p* entonces *q*/ *q*/ Luego *p*.

Como puede apreciarse, el razonamiento anterior no sigue la *forma correcta* de estructuración de los argumentos (*modus ponens*: Si *p* entonces *q*/ *p*/ Luego *q*), lo que permite

apreciar que califica como una falacia argumentativa *formal* o *lógica*<sup>79</sup>, denominada la *afirmación del consecuente*<sup>80</sup>, que: «Consiste en intentar derivar, a partir de un condicional y de la afirmación de su consecuente, la afirmación del antecedente del condicional»<sup>81</sup>.

Lo que quiere dejarse claro es que las «ITFB» no están incluidas (creadas ni definidas) en la LISB —*legalmente inexisten*—, razón por la cual no forman parte del «sector bancario» y, por vía de consecuencia, *están fuera* del ámbito regulatorio competencial material (supervisión, fiscalización, control, etc.) de la SUDEBAN y menos aún —argumento *a fortiori*, en su especie *a maiore ad minorem*<sup>82</sup>— pueden ser *administrativamente creadas* (requisitos de la autorización operativa) por dicha Administración sectorial, en la medida que ello supone una seria limitación de la libertad de empresa, que por ser un derecho constitucional debe adecuarse —en los términos ya desarrollados— a las exigencias del principio de reserva legal.

En otras palabras, las «ITFB» —como cualquier y todo particular— tienen el derecho constitucional a la libertad económica, razón por la cual su acceso al mercado no puede ser limitado o restringido mediante una Resolución, esto es, una norma sub-legal, precisamente por ser una materia reservada a la ley. Con esto se permite apreciar, entonces, que no es la SUDEBAN —sino la LISB— la que puede establecer o regular los requisitos de la autorización operativa para que estas empresas puedan entrar al —y desarrollar su actividad económica en el— «sector bancario» como prestadores de «servicios de tecnología financiera». Otra cosa, muy distinta, es que dándose la *regulación legal* en los términos

---

<sup>79</sup> «Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no es así: por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva), o la de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción)». ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 108.

<sup>80</sup> Un ejemplo clásico de esta falacia sería el siguiente: *Premisa mayor*: cuando llueve, hace frío; *Premisa menor*: está haciendo frío; *Conclusión*: entonces, está lloviendo. La estructura correcta del argumento más bien sería: *Premisa mayor*: cuando llueve, hace frío; *Premisa menor*: está lloviendo; *Conclusión*: entonces, está haciendo frío.

<sup>81</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 248.

<sup>82</sup> «Si vale para lo más, vale para lo menos. Quien puede lo más, puede lo menos», siendo «aplicable a derechos o autorizaciones». VEGA REÑON, Luis, «A contrario / a fortiori / a pari / a simili, argumentos», en VEGA REÑON, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 15 y 16, respectivamente.

planteados de los «ITFB» y de su autorización operativa, pueda entonces la SUDEBAN — ahora sí— ejercer su potestad de policía económica sobre las mismas.

En suma, por razón de que las «ITFB»: (i) *no forman parte* del «sector bancario» *legalmente definido* en los artículos 1, 3, 5, 13, 14 y 15 de la LISB y, por vía de consecuencia, (ii) *escapan* de la función de policía económica de la Administración sectorial bancaria, esto es, no se encuentran «bajo su tutela», en los términos delimitados en los artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185 de la LISB; se presenta evidente que (iii) la SUDEBAN adolece de manifiesta incompetencia por la materia para regular las actividades económicas de las «ITFB», encontrándose las mismas totalmente fuera de su alcance regulatorio material.

## V. CONCLUSIONES

1. Toda limitación o restricción que se pretenda efectuar de los derechos integrantes del *ideario liberal*, como es el caso del derecho constitucional a la libertad de empresa, deberá —forzosamente— atenerse a los requisitos *formales* anunciados, con especial atención a la reserva legal, resultando evidente que de no satisfacerse esta primera condición, ni siquiera cabría el análisis de otros elementos *materiales* (dentro de los cuales destacan la *licitud del fin perseguido*, la *proporcionalidad* y la *intangibilidad del contenido esencial del derecho*), pues éstos dependen formalmente de aquél.
2. Si bien es cierto que la técnica de la autorización operativa supone una limitación del derecho al acceso al mercado y, con ello, al ejercicio mismo de la libertad económica o de empresa por parte de los particulares, no es menos cierto que tal intromisión en la esfera jurídico-subjetiva de los administrados *sólo* se encontrará constitucionalmente justificada en la medida que la misma esté establecida en una *norma legal* (emisión, requisitos, etc.)
3. La Administración sectorial de la SUDEBAN ha indiscutiblemente usurpado funciones legislativas mediante el dictado de la Resolución FINTECH y, con ésta, pretende inconstitucional e ilegalmente regular la actividad económica de las

«ITFB», estableciendo los requisitos que las mismas deben cumplir para la obtención de la autorización operativa respectiva, la cual supone —por su propia naturaleza y finalidad— una seria limitación al ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica y de acceso al mercado de esas empresas, razón por la cual tal restricción sólo es dable mediante normativa de *carácter legal*, y no de nivel sub-legal, como lo es la Resolución FINTECH.

4. La SUDEBAN sólo tiene competencia administrativa por la materia para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que integran el «sector bancario», el cual está integrado *única y exclusivamente* por: (i) instituciones privadas o públicas que realicen actividades de intermediación financiera, (ii) sociedades de garantías recíprocas, (iii) fondos nacionales de garantías recíprocas, (iv) casas de cambio, (v) operadores cambiarios fronterizos, (vi) unidades administrativas y financieras comunitarias, y (vii) servicios financieros auxiliares, los cuales se identifican con los prestados por compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico; lo cual por definición *excluye* de su ámbito competencial sectorial a cualquier persona jurídica que simplemente *no forme parte* del «sector bancario», evidenciándose, así, la incompetencia manifiesta de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que no integran el denominado «sector bancario».
5. Por razón de que las «ITFB»: (i) *no forman parte* del «sector bancario» legalmente definido en los artículos 1, 3, 5, 13, 14 y 15 de la LISB y, por vía de consecuencia, (ii) *escapan* de la función de policía económica de la Administración sectorial bancaria, esto es, no se encuentran «bajo su tutela», en los términos delimitados en los artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185 de la LISB; se presenta evidente que (iii) la SUDEBAN adolece de manifiesta incompetencia por la materia para regular las actividades económicas de las «ITFB», encontrándose las mismas totalmente fuera de su alcance regulatorio material.

6. Las «ITFB» —como cualquier y todo particular— tienen el derecho constitucional a la libertad de empresa, razón por la cual su acceso al mercado no puede ser limitado o restringido mediante una Resolución, esto es, una norma sub-legal, precisamente por ser una materia reservada a la ley. Con esto se permite apreciar que no es la SUDEBAN —sino la LISB— la que puede establecer o regular los requisitos de la autorización operativa para que estas empresas puedan entrar al —y desarrollar su actividad económica en el— «sector bancario» como prestadores de «servicios de tecnología financiera». Otra cosa, muy distinta, es que dándose la *regulación legal* en los términos planteados de los «ITFB» y de su autorización operativa, pueda entonces la SUDEBAN —ahora sí— ejercer su potestad de policía económica sobre las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «“Forma y tiempo” de la potestad administrativa de investigación», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nº 3, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2014.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ARIAS CASTILLO, Tomás A., «Una diversión antiliberal: notas críticas a la sentencia Nº 1049 de 23.07.09», en HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal y RONDÓN GARCÍA, Andrea Isabel, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total*



Serviliano Abache Carvajal

(*Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049, de 23 de julio de 2009*), Ediciones Funeda, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses, Caracas, 2010.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

BADELL MADRID, Rafael, «Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario», *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

BLANQUER, David, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan R., «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina», *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.

CASAL H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección. (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª edición, Caracas, 2009.

FRAGA-PITTALUGA, Luis, *La incompetencia en el Derecho administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2007.

- GARRIDO RAMOS, Víctor G., «Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional», en CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Ediciones Paredes - Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Principios de supervisión administrativa en la Ley de la Actividad Aseguradora», *Análisis a la Ley de la Actividad Aseguradora*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2011.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Algunas notas sobre los requisitos de validez de los actos administrativos», *Actualización en procedimiento administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2008.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Caracas, 2006.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Ediciones IESA, Caracas, 2004.
- HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, «La actividad administrativa de los concesionarios de servicios públicos», *Ensayos de Derecho administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.
- LARES BASSA, Rodrigo, «Una aproximación crítica a la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional», *Revista de Derecho Público*, N° 131, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- LEJARZA, Jacqueline, *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público de la Universidad Católica del Táchira N° 4, Caracas, 1997.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello - Universidad Monteávila, 2ª edición, Caracas, 2016.

MUCI FACCHIN, Gustavo y MARTÍN PONTE, Rafael, *Regulación bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello - Fundación Banco Mercantil, Caracas, 2004.

NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Serie Estudios N° 81, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo*, volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 3ª edición, Madrid, 2000.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo N° 3, Bogotá, 2007.

TORRUCO SALCEDO, Sitali, «El principio de reserva de ley tributaria en la jurisprudencia mexicana», en CRUZ DE QUIÑONES, Lucy (Directora Académica), *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un Maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*, tomo I, Editorial Universidad del Rosario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010.

TRAVIESO, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas y fallos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

**Serviliano Abache Carvajal**

VEGA REÑON, Luis, «A contrario / a fortiori / a pari / a simili, argumentos», en VEGA REÑON, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

## EL PROYECTO DE LEY DE CIUDADES COMUNALES. NUEVA FASE: EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO COMUNAL PARALELO AL CONSTITUCIONAL

*Juan Domingo Alfonso Paradisi*

Profesor de Derecho administrativo I UCV y Profesor de Postgrado en Derecho Administrativo UCAB

### Resumen

El proyecto de ley de Ciudad Comunal constituye una nueva pieza en el andamiaje en cuanto a la construcción de un Estado paralelo al previsto en la constitución vigente de 1999. se trata del socavamiento de las instituciones y estructuras constitucionales previstas en la constitución de 1999 por el Modelo de Estado Comunal y que puede ser catalogado como de *fraude constitucional*, de *desconstitucionalización* o de *perversión constitucional*, en el sentido de dejar pervivir una estructura constitucional que paulatina y progresivamente va siendo sustituida por otra hasta dejarla vacía de contenido o socavada. Se trata de ir infiltrando o penetrando las estructuras constitucionales e institucionales sustituyendo su esencia y cambiándola por otra. Se hace una referencia a los antecedentes legislativos, se indica la centralización de recursos financieros la reducción de ingresos a los municipios y estados para otorgárselos a los consejos comunales y organizaciones de base del poder popular y se analiza el proyecto de ley orgánica de Ciudades Comunales sometido a proceso de consulta pública en marzo de 2021

**Palabras Clave:** Estado Comunal, Ciudad Comunal; andamiaje comunal, fraude a la voluntad popular. Desconstitucionalización, fraude constitucional, perversión constitucional.

## THE COMMUNAL CITIES LAW PROJECT. NEW PHASE: IN THE CONSTRUCTION OF THE COMMUNAL STATE PARALLEL TO THE CONSTITUTIONAL

### Abstract

The communal city draft bill constitutes a new piece in the staging regarding the construction of a State parallel to the one provided for in the 1999 Constitution in force. It entails the undermining of the constitutional institutions and structures provided for in the 1999 Constitution by the Communal State Model and which can be classified as a constitutional fraud, deconstitutionalization or constitutional perversion, in the sense of permitting the survival of a constitutional structure that is gradually and progressively being replaced by another until it is empty of content or undermined. It involves infiltrating or penetrating the constitutional and institutional structures, substituting their essence and changing it for another. The article includes a reference to the legislative antecedents, the centralization of financial resources, the reduction of income to the municipalities and states to grant them to the communal councils and grassroots organizations of the popular power, as well as an analysis of the organic law project of the Communal City submitted to a public consultation process in March 2021.

**Keywords:** Communal State, Communal City; Communal staging, fraud to the popular will. Deconstitutionalization, constitutional fraud, constitutional perversion.

### **Fundamentos desde la perspectiva del Derecho Constitucional**

- El proyecto de Ley de Ciudades Comunales sometido a consulta pública en marzo de 2021 por la Asamblea Nacional de Venezuela viene a constituir un nuevo peldaño en la construcción del Estado Comunal paralelo al Estado Constitucional.
- El estado comunal vulnera la Constitución vigente de 1999, sus principios y valores, a la libertad, la justicia y pluralismo político previstos en el artículo 2 de la vigente Constitución
- Las leyes del Poder Popular, entre ellas, este proyecto de ley orgánica de Ciudades Comunales (en lo adelante proyecto de ley) violan la Constitución vigente ya que establecen un Estado Paralelo distinto al constitucional y que transgrede sus principios y valores.
- El Proyecto de ley viola la soberanía popular, desconoce la voluntad expresada por el pueblo venezolano, mediante referendo, que dio su rechazo al proyecto de reforma constitucional de 2007.
- El proyecto de ley de Ciudades Comunales viene a integrar una pieza más en el andamiaje o construcción del Estado Comunal paralelo, previsto en el proyecto de Reforma Constitucional improbadado de 2007, el cual pretendió establecer una nueva **Geometría del Poder** (artículo 5 del proyecto de la reforma constitucional improbadada que pretendía reformar el art. 16 de la vigente Constitución)
- Las leyes del Poder Popular dictadas el año 2010 con posterioridad al referéndum popular efectuado en 2007 y que resultó en un rechazo al Estado Comunal Socialista previsto en la reforma constitucional, constituyeron un fraude a la voluntad popular expresada en el mencionado referéndum popular de 2007.
- Luego de la derrota sufrida en 2007, el sector oficial con base en el Plan de la Patria 2007-2013<sup>1</sup> y 2013-2019<sup>2</sup> ha persistido- con intervalos de tiempo- de manera

---

<sup>1</sup> Primer Plan Socialista- PPS (Desarrollo Económico y Social de la Nación de 2007 a 2013)

<sup>2</sup> Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019 publicado en la Gaceta Oficial No 6.118 Extraordinario de 4 de diciembre 2013

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

paulatina y progresiva en construir un Estado paralelo al Constitucional pasando así de una Constitución de Papel<sup>3</sup>(Karl Loewenstein) a una Constitución de Fachada<sup>4</sup> (politólogo Giovanni Sartori) que ha ido siendo igualmente desplazada e infiltrada por la ideología del sector oficial, degradando así al texto normativo constitucional

- No se trata de una simple violación o quebrantamiento puntual de normas constitucionales o de menoscabo específico de derechos fundamentales, incluso tampoco se trata de mutaciones constitucionales, sino se trata del socavamiento de las instituciones y estructuras constitucionales que el Modelo de Estado Comunal implica y que puede ser catalogado como de fraude constitucional, de *desconstitucionalización* o de *perversión constitucional*,<sup>5</sup> en el sentido de dejar pervivir una estructura constitucional que paulatina y progresivamente va siendo sustituida por otra hasta dejarla vacía de contenido o socavada<sup>6</sup>. Se trata de ir infiltrando o penetrando las estructuras constitucionales<sup>7</sup> e institucionales sustituyendo su esencia y cambiándola por otra.

## **I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: LEYES Y DECRETOS LEYES**

Así, se han dictado una serie de leyes y Decretos leyes que citaremos de seguidas, que se apartan de la Constitución de 1999, que han tenido como fundamento el Plan de la Patria

---

<sup>3</sup>Karl, Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1976), 217

<sup>4</sup> Giovanni Sartori, *Elementos de Teoría Política* (Madrid: Alianza, 1992), 21. Jesús María, Casal, «¿De la Constitución Nominal a la Constitución fachada?», en *Sobre la Justicia Constitucional y la Instrumentalización del Derecho?* (Caracas: Fundación García Pelayo, 2010), 85 - 94

<sup>5</sup> Jesús María Casal, 35. Karl, Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1976), 213. Pedro, De Vega, «La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente» (Madrid: Tecnos, 1985), 291, Luis, Sánchez Agesta, *Principios de Teoría Política* (Madrid: Editora Nacional, 1970), 341, Nestor, Sagüés, «El concepto de desconstitucionalización», *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, 2, 2007), 181.

<sup>6</sup> Allan R. Brewer Carías, «La Ley Orgánica del Poder Popular y la Desconstitucionalización del Estado de Derecho en Venezuela» *Revista de Derecho Público* N° 124 Octubre- Diciembre (2010): 81 donde expresa gráficamente “Se trata de dos Estados establecidos en paralelo, uno en la Constitución y otro en una ley inconstitucional, pero con previsiones en la ley que de llegar a ser aplicadas, permitirán al Estado Comunal ahogar y secar al Estado Constitucional, comportándose como en botánica lo hace el árbol *Ficus benjamina* L., originario de la India, Java y Bali, conocido como —matapalo- que puede crecer como —estranguladora, como epífitos, rodeando al árbol huésped hasta formar un tronco hueco, destruyéndolo.

<sup>7</sup> Jesús María Casal, «Un paso más en la Construcción del Estado Socialista Comunal». *Revista de Derecho Público* N°130 abril-junio (2012): 33.

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

(segundo plan Socialista de desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013), que derivan del discurso ideológico y de los objetivos del gobierno socialista y que pretende la construcción de un estado paralelo al constitucional (el Estado Comunal- Socialista).

**1° Ley Orgánica del Poder Popular<sup>8</sup>:** tiene por objeto “desarrollar y consolidar el Poder Popular, generando condiciones objetivas a través de los diversos medios de participación y organización establecidos en la Constitución de la República, en la ley y los que surjan de la iniciativa popular, para que los ciudadanos y ciudadanas ejerzan el pleno derecho a la soberanía, la democracia participativa, protagónica y corresponsable, así como a la constitución de formas de autogobierno comunitarias y comunales, para el ejercicio directo del poder”( Art. 1)

**2° Ley Orgánica de los Consejos Comunales<sup>9</sup>:** tiene por objeto” crear, desarrollar y regular la conformación, integración, organización y funcionamiento de los consejos comunales; y su relación con los órganos del Estado, para la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas”. (art 1)

**3° Ley Orgánica de las Comunas<sup>10</sup>:** tiene por objeto “desarrollar y fortalecer el Poder Popular, estableciendo las normas que regulan la constitución, conformación, organización y funcionamiento de la Comuna, como entidad local donde los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio del Poder Popular, ejercen el pleno derecho de la soberanía y desarrollan la participación protagónica mediante formas de autogobierno para la edificación del estado comunal, en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia” (art 1)

**4° Ley Orgánica de Contraloría Social<sup>11</sup>:** “tiene por objeto desarrollar y fortalecer el Poder Popular, mediante el establecimiento de las normas, mecanismos y

---

<sup>8</sup> Ley Orgánica del Poder Popular (Gaceta Oficial N°6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010).

<sup>9</sup> Ley Orgánica de los Consejos Comunales (Gaceta Oficial N°6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010).

<sup>10</sup> Ley Orgánica de las Comunas (Gaceta Oficial N°6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010).

<sup>11</sup> Ley Orgánica de Contraloría Social (Gaceta Oficial N°6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010).

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152



**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

condiciones para la promoción, desarrollo y consolidación de la contraloría social como medio de participación y de corresponsabilidad de los ciudadanos, las ciudadanas y sus organizaciones sociales, mediante el ejercicio compartido, entre el Poder Público y el Poder Popular, de la función de prevención, vigilancia, supervisión y control de la gestión pública y comunitaria, como de las actividades del sector privado que incidan en los intereses colectivos o sociales”. (arr.1)

**5° Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal:** Como sistema paralelo al sistema de economía de mercado. Cuya Ley tiene por objeto: “desarrollar y fortalecer el Poder Popular, “estableciendo principios, normas, y procedimientos para la creación, funcionamiento y desarrollo del Sistema económico Comunal. integrado por organizaciones **socioproductivas bajo el régimen de la propiedad social comunal**, impulsadas por instancias del Poder Popular, del Poder Público o de ambos para la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios y saberes en pro de satisfacer las necesidades colectivas y reinvertir el excedente, mediante la planificación democrática y participativa”. (art1).

De tal forma que mediante esta ley se estableció una serie de principios, normas y procedimientos que rigen el Sistema Económico Comunal para desplegar *el modelo productivo socialista*, con fundamento en los planes y proyectos impulsados por organizaciones del poder popular en los ámbitos comunal y comunitarios y con base en el intercambio de saberes, bienes y servicios para la reinversión social del excedente dirigidos a la satisfacción de necesidades colectivas.

Así, es un sistema ajeno a la propiedad privada y en el cual no participa ni tiene cabida dentro de dicho sistema la iniciativa privada, los particulares ni las empresas privadas sino sólo las instancias del Poder Popular o del Poder Público y a través de organizaciones bajo la forma de *propiedad social comunal*.

**6° Ley Orgánica de Planificación Pública y Comunal**<sup>12</sup>: tiene por objeto “desarrollar y fortalecer el Poder Popular mediante el establecimiento de los

---

<sup>12</sup> Ley Orgánica de Planificación Pública y Comunal (Gaceta oficial N°6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010).

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

principios y normas que sobre la planificación rigen a las ramas del Poder Público y las instancias del Poder Popular, así como la organización y funcionamiento de los órganos encargados de la planificación y coordinación de las políticas públicas, a fin de garantizar un sistema de planificación, que tenga como propósito el empleo de los recursos públicos dirigidos a la consecución, coordinación y armonización de los planes, programas y proyectos para la transformación del país, a través de una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta, para la construcción de la sociedad socialista de justicia y equidad”. (art.1)

**7° Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su reglamento en el año 2010:** que prevé, en violación del art 185 constitucional, la desviación de fondos destinados a Estados y Municipios para destinar la transferencia de competencias y de recursos a las organizaciones de base del poder popular

**8° Reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010<sup>13</sup>:** mediante la cual se eliminaron las juntas parroquiales y se previeron las comunas como entidades políticas locales territoriales además del municipio. La Comuna, como entidad de carácter especial que se rige por su ley de creación, puede constituirse dentro del territorio de un municipio o entre los límites político administrativo de dos o más municipio, sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya.

**9° Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras actividades:** publicado en la Gaceta Oficial N°39.954 de 28 de junio de 2012 que tiene por objeto “Desarrollar los principios, normas y procedimientos mecanismos de transferencia de la gestión y administración de servicios, actividades bienes y recursos del Poder público nacional y de las entidades político territoriales al pueblo organizado. Con tal propósito se crea un “Sistema de transferencia a la gestión comunitaria y comunal que procura por

---

<sup>13</sup> Reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinario del 28 de diciembre de 2010).

**Juan Domingo Alfonzo Paradisi**

distintos medios, de naturaleza organizativa, productiva, asociativa y laboral el desarrollo socialista comunal (artículo 35). De tal manera que el Ejecutivo Nacional incentiva guía e impone que sus entes y órganos transfieran competencias a los entes del Poder Popular en vez de a estados y municipios desvaneciéndolos en sus contenidos competenciales.

Así pues, conforme a estas leyes se vulneró la Constitución y la voluntad popular. Se apartan de lo previsto por las disposiciones constitucionales y se pretende dar cumplimiento de manera contundente y deliberada a las premisas ideológicas partidistas previstas en el Plan de la Patria y en el discurso oficial. (Constitución de Fachada).

## **II. CENTRALIZACIÓN DE RECURSOS FINANCIEROS A TRAVÉS DE LEYES NACIONALES Y LA REDUCCIÓN DE INGRESOS A LOS MUNICIPIOS Y ESTADOS PARA OTORGÁRSELOS A LOS CONSEJOS COMUNALES Y ORGANIZACIONES DE BASE DEL PODER POPULAR**

1.- Desde el año 2006 progresiva y paulatinamente se han ido desviando recursos cuyos destinatarios eran constitucionalmente los estados y municipios para asignárselos por vía legal a los Consejos Comunales y luego a organizaciones de base del Poder Popular, violando el texto constitucional<sup>14</sup>. Dentro de estas disposiciones legales podemos mencionar:

### **Ley de Asignaciones Económicas Especiales: 2006 y 2010**

Mediante la Ley de Asignaciones Especiales derivadas de Minas e Hidrocarburos<sup>15</sup> se amplían los destinatarios o beneficiarios previstos en el artículo 156 numeral 16 de la Constitución agregándose a las organizaciones de base de Poder Popular vulnerándose así la Constitución que prevé a los Estados como beneficiarios de asignaciones especiales

---

<sup>14</sup> Juan Alfonzo, *El Régimen de los Estados Vs La Centralización de Competencias y Recursos Financieros* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 45 y ss.

<sup>15</sup> Ley de Asignaciones Especiales derivadas de Minas e Hidrocarburos. (Gaceta Oficial N° 5.991 extraordinario de fecha 29 de julio de 2010), la cual deroga la Ley de Asignaciones Económicas Especiales. (Gaceta Oficial N° 5.824 de 13 de octubre de 2006). Primero se amplió o desvió a los consejos comunales en el 2006 y luego se desviaron parcialmente dichos fondos a las organizaciones de bases del Poder Popular violando así las disposiciones constitucionales.

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

derivadas de hidrocarburos localizados en su territorio y desviando parte de dichos recursos a las referidas organizaciones de base del Poder Popular.

### **Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento. 2010**

Contrario a lo expresamente previsto en el artículo 185 de la Constitución que prevé a los estados y municipios como beneficiarios del proceso de descentralización político territorial y de transferencias de competencias la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno desvía los recursos destinados a la descentralización político Territorial (estados y municipios) desviándolos a las organizaciones de base del Poder Popular. Así los porcentajes a destinar a los beneficiarios, así como los criterios para distribuir las transferencias de recursos y la determinación de las áreas a invertir en los proyectos que anteriormente eran determinados mediante ley, a partir de estas disposiciones, se faculta a la Secretaria del Consejo Federal de Gobierno para que los determine de forma discrecional.<sup>16</sup> De esta manera, se reducen los recursos destinados a los estados y municipio y se destinan a otras organizaciones: distritos motores de desarrollo, comunas, consejos comunales y organizaciones de base de poder popular no previstos como destinatarios en el texto Constitucional (art.185) y que vulneran el régimen de descentralización político territorial previsto constitucionalmente.

### **III. PROYECTO DE LEY DE LAS CIUDADES COMUNALES**

---

<sup>16</sup> Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno. (Gaceta Oficial N° 5.963 Extraordinario de fecha 22 de febrero de 2010). Reglamento del Consejo Federal de Gobierno publicado en la Gaceta Oficial N° 39.382 del 9 de marzo de 2010). El artículo 3 del Reglamento citado contrario a lo previsto en la constitución vigente y la lógica constitucional del proceso de descentralización de competencias a Estados y Municipio establece: “Transferencia de Competencias: Proceso mediante el cual las entidades territoriales restituyen al Pueblo Soberano, a través de las comunidades organizadas y las organizaciones de base del poder popular, las competencias en las materias que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, en concordancia con el artículo 184 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, decreta el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, sin que ello obste para que, por cuenta propia, cualquier entidad territorial restituya al Pueblo Soberano otras competencias, de acuerdo a lo establecido en el correspondiente Plan Regional de Desarrollo y previa autorización de la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno.” (subrayado nuestro).

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

1.- Se trata de sustituir todo el esquema constitucional y de crear uno paralelo, distinto al previsto a la constitución de 1999. El Estado del Poder Popular Socialista o Comunal.

2.- El proyecto de ley desconoce la organización política territorial prevista en la Constitución. No se sigue por el iter procedimental (*Cláusula de descentralización Constitucional prevista en el artículo 157 de la CRBV*) ni por el diseño, ni la lógica prevista en la Constitución de descentralización político territorial del Poder Nacional a los Estados o Municipios o de los Estados o Municipios para la descentralización de servicios a las comunidades y grupos vecinales organizados, en tanto y en cuanto, demuestren previamente su capacidad para prestarlos (art 184 CRBV)<sup>17</sup>, sino que se basa en sistemas *de agregación comunal* del Poder Popular, sin fundamento constitucional alguno; esto es, Consejos Comunales, Comunas, Ciudades Comunales, Federaciones Comunales y Confederaciones Comunales<sup>18</sup>. Que sigue el esquema de la nueva Geometría del Poder previsto en la Reforma Constitucional improbadada por el pueblo, mediante referendo popular, en el año 2007.

3.- En el Proyecto de ley desaparece la democracia representativa y muchas de sus autoridades o voceros son “elegidos” de manera indirecta o sin ejercer el derecho al sufragio de forma universal, directa y secreta menoscabándose así la posibilidad de dicho ejercicio por los venezolanos violándose así el artículo 63 constitucional<sup>19</sup>.

4.- Se pretende con este proyecto de Ley orgánica sustituir a los municipios, entes políticos territoriales que constituyen conforme a la Constitución vigente: **la unidad política**

---

<sup>17</sup> Enrique Sánchez, Estado Comunal y Estado Federal en Venezuela ¿Son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado? (Caracas: Fundación Manuel García Pelayo. 2017), 139 y ss.

<sup>18</sup> Cabe destacar que el proyecto de Ley Orgánica de Ciudad Comunal presentado originariamente en la Asamblea nacional en marzo de 2021 partía de la definición de Comunidad familiar, conceptualizada en el artículo 9.1 como “El embrión que constituye la colectividad primigenia de la organización política y administrativa de la Ciudad Comunal, como institución recibe la protección del Estado, establecida en la Constitución y la ley respectiva. La Comunidad familiar es una instancia viva y dinámica, que está sujeta a formar parte de la unidad territorial del sistema de agregación Comunal, donde debe hacerse partícipe y protagonista de la planificación y desarrollo de los procesos de transformación política...” Es clara la visión, reguladora, intervencionista y estatista del proyecto que llega hasta incidir sobre los grupos familiares. De igual manera el artículo 10 del proyecto originario previó “La Ciudad Comunal se organiza política y territorialmente en Comunidades Familiares, Consejos Comunales, y Comunas, bajo la forma democrática, participativa...”

<sup>19</sup> Allan Brewer, Comentarios sobre el inconstitucional Proyecto de “ley de Ciudades Comunales “o un Paso más a la Desconstitucionalización del Estado mediante su Desmunicipalización PDF. Consultado en original.

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

**primaria** de la organización nacional que gozan de personalidad jurídica y que tienen autonomía política, normativa, administrativa y tributaria y que sus actos solo pueden ser impugnados conforme al artículo 168 ante los tribunales competentes (garantía judicial), siendo sustituidos éstos por las **Ciudades Comunales** que derivan de mecanismos de agregación comunal, caracterizados por una autonomía relativa<sup>20</sup>.

5.- El Estado comunal no es compatible con la Constitución vigente ya que no reconoce el principio del pluralismo político (art 2 de la Constitución) ya que la Comuna sólo puede ser *socialista*<sup>21</sup> vulnerándose así el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (Art 20 de la Constitución vigente) y al derecho de la participación libre en los asuntos públicos (art. 62 de la Constitución vigente) ya que sólo siendo *socialista* se puede participar de las Comunas. Se elimina así la participación libre y plural, democrática en el sentido que sólo siendo socialista se puede ser partícipe de las Comunas.

Así mismo, se transgrede el principio del pluralismo político cuando se prevé en el art. 1 del proyecto de Ley, que tiene por objeto establecer las normas que regulan la constitución, conformación, organización y funcionamiento de las Ciudades Comunales, como instancia territorial y política del sistema de agregación comunal, la previsión de que los ciudadanos y ciudadanas fomenten los valores necesarios para la construcción del socialismo; así mismo se vulnera el pluralismo cuando se establece en el artículo 3 del proyecto : La constitución, conformación, organización y funcionamiento de la Ciudad Comunal se rige por los valores socialistas y cuando al precisar el propósito en el art. 5 del proyecto de ley, se consagra, entre otros, el establecimiento de normas de convivencia y socialización, y mecanismos legislativos territoriales y de contraloría social *para el tránsito hacia la sociedad socialista*.

---

<sup>20</sup> Allan Brewer, (Caracas 2021), <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/03/Brewer.-Sobre-PROYECTO-DE-LEY-DE-LAS-CIUDADES-COMUNALES-marzo-2021-1.pdf>.

<sup>21</sup> Conforme al artículo 15 numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Popular la Comuna es definida como “un espacio socialista” e igualmente de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de las Comunas, la Comuna es definida como “ un espacio socialista que como entidad local es definida por la integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres , que se reconocen en el territorio que ocupan ...”

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

6.- De allí se deriva su control político. El control político partidista y del Poder Ejecutivo Nacional sobre los Consejos Comunales, las Comunas y Ciudades Comunales como mecanismos de agregación comunal. Los cuales, por ejemplo, los Consejos Comunales debían ser registrados antes por ante la Comisión Local de la presidencia de la República, conforme al art. 20 de la ley Orgánica de Consejos Comunales de 2006<sup>22</sup>, y ahora por ante el Ministerio del Poder Popular de las Comunas y Movimientos Sociales a los efectos de la adecuación de sus estatutos, obtención de su registro y consecuente adquisición de su personalidad jurídica<sup>23</sup>. Además, su financiamiento principal deriva de los ingresos del Poder Central previstos en el artículo 47 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales y que fueron sustraídos, como hemos expresado muchos de ellos -por vía legislativa en contra de disposiciones constitucionales a los estados y municipios (desconstitucionalización)-. De tal manera que a diferencia de los municipios carecen de real autonomía y dependen para su funcionamiento del Poder Nacional

7.- Para la Creación de la Ciudad Comunal como derivación de mecanismos de agregación comunal es necesario la creación de Comunas y no hay información clara en el país sobre ello. Esto es, si ha existido información o datos sobre la Creación de los Consejos Comunales como instancias administrativas, pero no hay información respecto sobre la creación de las Comunas como espacios socialistas y de los referendos aprobatorios para su creación, no se conocen los mismos en el país. Sin embargo, según “*el discurso oficial*” y los medios de comunicación del gobierno se han creado 3.230 Comunas y 45.095 Consejos Comunales<sup>24</sup>

La comuna se crea por integración de comunidades vecinas que cuenten con una memoria compartida y que se reconocen en el territorio que ocupan y las cuales deben ser creadas mediante referéndum popular. En efecto, se considera constituida conforme al

---

<sup>22</sup> Ley Orgánica de Consejos Comunales de 2006. (Gaceta Oficial N° 5.806 Extraordinario de 10 de abril de 2006).

<sup>23</sup> Consúltase disposición transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Los Consejos Comunales. (Gaceta Oficial N°39.335 del 28 de diciembre de 2009).

<sup>24</sup> Esto de acuerdo con VTV <https://www.vtv.gob.ve/> se han creado 3230-comunas- y 45095-consejo-comunales

**Juan Domingo Alfonzo Paradisi**

artículo 12 de la Ley Orgánica de las Comunas cuando las comunidades organizadas en el ámbito geográfico propuesto aprueben la carta fundacional por mayoría simple de los votos afirmativos. Es necesario que concurran a dicho referendo, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica de la Comuna el 15 % de los electores del ámbito geográfico propuesto.

Por tanto, es imprescindible y necesario para la creación de la Ciudad Comunal prevista en el proyecto de ley orgánica, como mecanismo de agregación comunal, la creación de las Comunas como entidades locales y la aprobación de sus respectivas cartas fundacionales mediante referendo, así como la coexistencia, obviamente, en ese espacio geográfico de comunidades familiares y consejos comunales.

No se está en contra de la idea per se de los Consejos Comunales. La Constitución prevé en su art. 168 que las actividades de los municipios se deben cumplir incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución pública y en el control y evaluación de resultados; lo que es censurable es que sean dependientes de las ordenes e instrucciones del Ejecutivo Nacional y del poder central , que dependa de los fondos del Poder Ejecutivo Nacional, que no respondan al principio de democracia representativa a través del sufragio universal, directo y secreto, y que no haya cabida al principio de la pluralidad ideológica y política .

Así mismo, la ley , de acuerdo a las normas de progenie constitucional, puede crear mecanismos abiertos y flexibles para que Estados y Municipios descentralicen sus servicios a las comunidades y grupos vecinales organizados, en tanto y en cuanto demuestren su capacidad para prestarlos (art 184 CRBV ) y prever así mismo la posibilidad de promover la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de corresponsabilidad en la gestión pública en los gobiernos estatales y municipales.

Igualmente, la legislación municipal puede, conforme al artículo 173 de la Constitución, establecer condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal y prever los recursos que dispondrán y su creación debe atender a la



**Juan Domingo Alfonzo Paradisi**

iniciativa vecinal o comunitaria con el objetivo de promover la desconcentración del municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos. (Como de hecho lo ha previsto en su artículo 19 la Ley orgánica del Poder Público Municipal lo que no puede hacerse es crear instituciones paralelas, contrarias a la Constitución, con el propósito de vaciar de competencias y atribuciones a los municipios.

## **8. Integración de las Ciudades Comunales:**

- 1.- Parlamento de la Ciudad Comunal.
2. El Consejo Ejecutivo de Gobierno de la Ciudad Comunal.
3. Consejo de Planificación de la Ciudad Comunal.
4. Consejo de Economía de la Ciudad Comunal.
5. Consejo de Contraloría de la Ciudad Comunal.
6. Consejo de Educación y Formación de la Ciudad Comunal.
7. Consejo de Justicia y Paz de la Ciudad Comunal.
- 8.- Comisión Electoral de la Ciudad Comunal.

Conforme al artículo 15 del Proyecto de ley, el Parlamento de la Ciudad Comunal es la máxima instancia del autogobierno y normativa en la Ciudad Comunal, sus decisiones se expresan en el Proceso de Consulta Pública mediante la aprobación de las Cartas Comunales para el desarrollo de la convivencia social y comunitaria.

El Parlamento de la Ciudad Comunal estará integrado con paridad y alternabilidad de género con vocería proporcional, según la base poblacional y organización territorial y sectorial. El período de ejercicio de los voceros y voceras ante el Parlamento de la Ciudad Comunal es de cuatro (4) años, pudiendo ser reelectos o reelectas.

**Juan Domingo Alfonzo Paradisi**

De tal manera que no se establece para la elección del Parlamento Comunal el derecho al sufragio como lo prevé la Constitución vigente. Es decir se señala que habrá paridad en su integración, con vocería proporcional, según la base poblacional, pero no se establece ,como ha solido suceder con estas previsiones legales en materia de leyes que regulan el Estado Comunal, que se pueda ejercer el derecho al sufragio, ejerciendo el voto universal, directo y secreto , ya que se parte del pensamiento erróneo que es democracia directa participativa y protagónica, no estableciendo así el principio de la democracia representativa y del derecho al sufragio ,mediante el voto universal directo y secreto, previsto en el artículo 63 de la constitución vigente.

Lo mismo acontece en cuanto a los Comités de Gestión que forman parte del Consejo Ejecutivo de Gobierno de la Ciudad Comunal, no se establece el derecho al sufragio, sino que se conformarán con paridad y alternabilidad de género, atendiendo a los principios constitucionales de desarrollo de los derechos humanos. Sin embargo, en relación con los Consejos de planificación, economía y contraloría se prevé que serán electos entre los integrantes de los Consejos de Planificación, economía y contraloría de las Comunas de la Ciudad Comunal. Pero tampoco se prevé el derecho al sufragio con el voto universal directo y secreto. En relación a los Consejos de Educación y Justicia y paz no se prevé como serán electos.

De conformidad con el art 17 del proyecto de ley el Consejo Ejecutivo de Gobierno es la instancia de ejecución de las decisiones del Parlamento de la Ciudad Comunal. Estará integrado por los Comités de Gestión de la Ciudad Comunal.

Entre los comités de gestión se prevén los siguientes: Tierra urbana, vivienda y hábitat. b. Calidad y cobertura de los Servicios públicos. c. Salud. d. Economía y producción comunal. e. Ecosocialismo. f. Mujeres, igualdad y equidad de género. g. Defensa y seguridad integral. h. Familias y protección de niños, niñas y adolescentes. i. Recreación y deportes. j. Educación, cultura y formación socialista. k. Equipamiento e infraestructura urbana. l. Y cualquier otro comité que se considere de acuerdo a la realidad local de la Ciudad Comunal.

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

Aquí se encuentra otras de los menoscabos o vaciamiento que se produce con el proyecto de ley en comentario que es que todos estos comités de gestión coinciden con las competencias previstas para los municipios conforme al artículo 178 de la Constitución y desarrollados por la ley orgánica del Poder Público Municipal y el gran asedio es que los municipios sean sustituidos por las ciudades comunales a través del traspaso de atribuciones y servicios a las ciudades comunales y vaciados así de contenido competencial

En efecto, el artículo 58 del proyecto de ley establece La transferencia de la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos a las Comunas integrantes de las Ciudades Comunales se realizará a través de convenios, atendiendo a los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad, definiéndose los factores y términos de las transferencias. Dichos convenios deberán contener el objeto, alcance, cronograma y delimitación de la transferencia, los bienes transferidos y recursos financieros, así como las obligaciones y responsabilidades de las partes. Y tal como fue previsto en el Decreto con rango, valor y fuerza de ley para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras actividades en el año 2012 se prevé dar preferencia a las transferencias en favor de las Comunas. Así en el artículo 59 del Proyecto de ley se establece: “Los órganos y entes del Poder Público Nacional y las entidades político-territoriales adoptarán las medidas necesarias para que las Comunas integrantes de las Ciudades Comunales gocen de prioridad y preferencia en los procesos de celebración y ejecución de los respectivos convenios para la transferencia efectiva de la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos.” (Subrayado nuestro)

#### **IV. CONCLUSIÓN**

El proyecto de ley de Ciudades Comunales agrega un nuevo elemento en la construcción del Estado Comunal paralelo al Estado Constitucional. Las leyes del Poder Popular, entre ellas, este proyecto de ley de las Ciudades Comunales violan la constitución vigente y constituyen un fraude a la voluntad popular expresada por el pueblo venezolano, el cual rechazó la reforma constitucional del año 2007, la previsión del Estado Comunal socialista allí previsto y la nueva geometría de Poder allí consagrada.

**Juan Domingo Alfonso Paradisi**

La construcción de este *Estado Comunal Paralelo*, donde el Proyecto de Ciudad Comunal constituye otro elemento del andamiaje, responde a un proceso de desconstitucionalización, fraude y de perversión constitucional, donde la Constitución pasa de ser una constitución “de papel” a ser una constitución de mera “fachada” mientras acontece el proceso de socavamiento de las instituciones actuales ( Estado Federal descentralizado, Estados y Municipios) y su sustitución paulatina y progresiva por otras ( Consejos Comunales, Comunas, Ciudades Comunales) .Así la Constitución deja de respetarse, pierde de su fuerza normativa como norma fundamental violándose de manera permanente y lo que impera es el discurso político ideológico para el mantenimiento en el poder, fundamentado en el Plan de la Patria 2013-2019 y los lineamientos políticos establecidos por el sector oficial. Al mismo tiempo, como se ha dicho, toda esta normativa va socavando o reduciendo a los Estados y Municipios y transfiriendo competencias, recursos y servicios de manera prioritaria y preferente a las organizaciones comunales) consejos comunales, comunas y ciudades comunales).

En efecto, el sistema de agregación comunal (consejos comunales, comunas, ciudades comunales federación comunal y confederaciones comunales), no sigue la lógica del proceso de descentralización político territorial previsto en la Constitución de 1999 (Poder Nacional- Estados y Municipios y municipio a comunidades y grupos vecinales organizados), más aún lo vulnera y socava. As el Estado Comunal paralelo vulnera el Estado Constitucional como lo es el Estado Federal Descentralizado (art 4 de la CRBV).

De igual manera, estas leyes del Poder Comunal o Estado Comunal, entre ellas este proyecto de ley Orgánica de Ciudades Comunales, lo que hace es avanzar en la construcción del mismo, violando el principio de democracia representativa , basado en el ejercicio real de derecho al sufragio mediante el voto universal, directo y secreto y sustituyéndolo por una democracia participativa y protagónica, donde no se dan o verifican verdaderas elecciones, fundamentadas en el ejercicio del Derecho al sufragio mediante el voto universal, directo y secreto violándose el artículo 63, de la Constitución sino que se establecen en algunos casos elecciones de segundo grado o indirectas para elegir a voceros o donde no se prevé

**Juan Domingo Alfonzo Paradisi**

efectivamente el derecho al voto o solo la integración del parlamento comunal o de los Comités de Gestión del gobierno Ejecutivo Comunal de manera paritaria con igualdad de género, pero sin previsiones en cuanto al ejercicio del derecho al sufragio.

Este proyecto de ley vulnera el principio del pluralismo político y de participación libre en los asuntos públicos al prever en su artículo 1, 3 y 5 que sólo se, fomenten los valores necesarios para la construcción del socialismo; o que la constitución organización y funcionamiento de la Ciudad Comunal se rija sólo por los valores socialistas y cuando al precisar el propósito del proyecto de ley, se consagra, entre otros, el establecimiento de normas de convivencia y socialización, *para el tránsito hacia la sociedad socialista.*

De igual manera el Estado comunal no es compatible con la Constitución vigente ya que no reconoce el principio del pluralismo político (art 2 de la Constitución) ya que la Comuna sólo puede ser *socialista* vulnerándose así el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (Art 20 de la Constitución vigente) y al derecho de la participación libre en los asuntos públicos (art. 62 de la Constitución vigente) ya que sólo siendo *socialista* se puede participar de las Comunas. Se elimina así la participación libre y plural, democrática en el sentido que sólo siendo socialista se puede ser partícipe de las Comunas.

Así mismo, la Ciudad Comunal, las Comunas y los Consejos Comunales a diferencia de los municipios carecen de real autonomía y dependen para su funcionamiento del Poder Nacional, ya que sus ingresos principales provienen del Poder Central, siguen sus lineamientos e instrucciones e incluso en el caso de los Consejos Comunales dependen para la adquisición de personalidad jurídica del Registro de sus Estatutos ante el Ministerio del Poder Popular de la Comunas y Movimientos Sociales.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Alfonzo Paradisi, Juan Domingo. El Régimen de los Estados Vs La Centralización de competencias y Recursos Financieros. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Brewer Carias, Allan R.«La Ley Orgánica del Poder Popular y la Desconstitucionalización del Estado de Derecho en Venezuela». Revista de Derecho Público, n° 124 (2010):81-101.
- Brewer Carias, Allan. «Comentarios sobre el Inconstitucional Proyecto de Ley Orgánica “Ley de Ciudades Comunales “o un Paso más a la Desconstitucionalización del Estado mediante su Desmunicipalización» PDF.
- Brewer Carias, Allan. 2021. PROYECTO-DE-LEY-DE-LAS-CIUDADES-COMUNALES. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/03/Brewer.-Sobre-PROYECTO-DE-LEY-DE-LAS-CIUDADES-COMUNALES-marzo-2021-1.pdf>
- Casal, Jesús María. «¿De la Constitución Nominal a la Constitución fachada», en Sobre la Justicia Constitucional y la Instrumentalización del Derecho? Caracas: Fundación Garcia Pelayo.2010.
- Casal, Jesús María. «Un paso más en la Construcción del Estado Socialista Comunal», Revista de Derecho Público, n°130 (2012 abril-junio).
- De Vega, Pedro. La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente. Madrid: Tecnos. 1985.
- Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel. 1976.
- Sagüés, Nestor. «El concepto de Desconstitucionalización». Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay. n°2. (2007).
- Sánchez, Luis. Principios de Teoría Política. Madrid: Editora Nacional. (1970): 341 y ss.

**Juan Domingo Alfonzo Paradisi**

Sánchez, Enrique. Estado Comunal y Estado Federal en Venezuela ¿Son Constitucionalmente Conciliables ambas Formas de Estado? Caracas: Fundación Manuel García Pelayo. (2017): 139 y ss.

Sartori, Giovanni. Elementos de Teoría Política. Madrid: Alianza. (1992): 21.

# LA TEORÍA DE MAQUIAVELO COMO INSPIRACIÓN A LAS CORRIENTES DE NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

*Mariana Campos Villalba*

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, tesista de la Maestría en Derecho Constitucional,  
Doctorando en Derecho, Profesora de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y directora general del Centro de  
Innovación Democrática.

## Resumen

La presente investigación tiene como objetivo establecer de manera amplia, líneas de inspiración entre la teoría transversal de Maquiavelo y los autores contemporáneos que explican la naturaleza jurídica de los estados de excepción. Determinando que el hilo conector se fundamenta en el respeto a la ley y las formalidades de la visión iuspositivista de Kelsen, la idea del Poder y la importancia de la utilización de todos los medios para conservar el mismo de la teoría decisionista de Schmitt, y la metodología interdisciplinar para preservar la legalidad en tiempos de anomia sin descuidar las acciones y medios políticos que complementen el actuar del Estado, de la postura interdisciplinar de Heller.

**Palabras clave:** Nicolas Maquiavelo, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Herman Heller anomia, poder, estado de excepción, iuspositivismo, decisionismo, postura interdisciplinar.

## THE MACHIAVELO THEORY AS INSPIRATION TO THE CURRENTS OF LEGAL NATURE OF THE STATES OF EXCEPTION

### Abstract

This research aims to broadly establish lines of inspiration between Machiavelli's transversal theory and contemporary authors who explain the legal nature of states of exception. Determining that the connecting thread is based on respect for the law and the formalities of Kelsen's legal positivist vision, the idea of Power and the importance of using all means to preserve it from Schmitt's decisionist theory, and the interdisciplinary methodology to preserve legality in times of anomie without neglecting the actions and political means that complement the actions of the State, from Heller's interdisciplinary position.

**Keywords:** Nicolas Maquiavelo, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Herman Heller



## **INTRODUCCIÓN**

El uso de los poderes extraordinarios se encuentra íntimamente relacionados con las dos maneras de gobernar según Maquiavelo, la fuerza, la libertad y la ley, así como los medios para la conservación del Estado, lo cual ha resultado una de las principales preocupaciones comunes entre el hombre antiguo y el actual.

En la actualidad, la institución de los estados de excepción se concibe con el objetivo de atender crisis de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones mediante la declaratoria de excepcionalidad, cuando así lo establezca de manera expresa la Constitución, o bien sea mediante la adopción de decretos que regulen esta misma excepcionalidad.

La doctrina contemporánea se divide en tres visiones que justifican la naturaleza jurídica de los poderes extraordinarios por parte del ejecutivo, una visión decisionista por parte de Schmitt, una visión positivista por parte de Kelsen y una visión interdisciplinaria por parte de Heller.

A través filosofía de Maquiavelo, (El Príncipe y los Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio) podemos observar que existen ciertas analogías como contextos históricos, tensiones filosóficas y debates doctrinarios, elementos como el decisionista, el abandono de las tesis iusnaturalistas, y las variables en las tomas de decisiones que pueden resultar de coincidencia, posible influencia y conexión de pensamiento, en relación a las diferentes visiones de naturaleza jurídica y regulaciones de la institución de los estados de excepción relacionadas con el Estado, Derecho y Poder.

## I. LA TEORÍA DE MAQUIAVELO SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER DENTRO DE LA LEY DE MANERA EXTRAORDINARIA.

Cuando nos referimos al ejercicio del poder, el concepto de Estado, libertad y virtud, es imposible no pensar en Maquiavelo, quien a través de los años ha resultado directamente relacionado con el “manual para tiranos y déspotas” ávidos en conservar el poder careciendo de escrúpulos morales. No obstante, el análisis de Maquiavelo no debe ser realizado de manera aislada únicamente haciendo uso del examen de *El Príncipe* como se ha realizado durante décadas, ni entendiendo el contexto histórico que abarcan las escrituras del florentino. Por lo cual en la presente investigación analizaremos de manera muy puntual los escritos de *I Discorsi*, *Il Principe* e *Istorie fiorentine*, en función de determinar la esencia de su teoría en torno a la excepcionalidad.

En tal sentido, cabe advertir que; según Skinner, entre *Il Principe* e *I Discorsi* existe una diferencia de enfoque temático. En el primero Maquiavelo se dedicó a estudiar el principado, a discutir cómo se puede “gobernar y mantener” este tipo de régimen político. En el segundo, el objeto de análisis son las repúblicas, para “descubrir lo que hizo posible la posición dominante que la república romana alcanzó”<sup>1</sup>

A través de un estudio transversal de su teoría, resulta evidente que el objetivo de sus obras versa sobre mantener la libertad y la seguridad de una república que representa el valor supremo en la vida política, haciendo frente al ius naturalismo Tomista, a través de hombres cuyo actuar resulte tan virtuosamente como sea posible. Pero no menos insiste en que, si la libertad de nuestra patria requiere entrar en el camino de hacer el mal, debemos hacerlo sin vacilar<sup>2</sup>.

La médula del pensamiento de Maquiavelo se encuentra estructurado sobre la base de la existencia de las masas populares, una división social biclasista y el tema principal es la conservación del poder a toda costa, tal como se puede observar en el Capítulo XVIII de *El Príncipe*:

---

<sup>1</sup> Quentin Skinner, *Maquiavelo* (Madrid: Alianza Editorial, 1984) P. 67

<sup>2</sup> Quentin Skinner *The Foundations of Modern Political Thought*, (Cambridge :The Renaissance 1978)P.183

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Mariana Campos Villalba**

“Procure un príncipe conservar el Estado, los medios que emplee serán siempre considerados honrosos y alabados por todos; porque el vulgo se deja siempre coger por las apariencias y por el acierto de la cosa, y en el mundo no hay sino vulgo; los pocos no tienen lugar en él, cuando la mayoría tiene donde apoyarse”.<sup>3</sup>

Dicho esto, es importante señalar que la revolución de Maquiavelo tiene lugar precisamente cuando a él se interesa por pensar las posibilidades de la libertad ciudadana en momentos de una extrema anomia social, tiempos de total corrupción y de profunda crisis social e institucional. De esta manera, se esfuerza por analizar cuáles son los rasgos del carácter, las cualidades y virtudes que se requieren de un político en una situación tan desesperada y trágica como esa. Lo revolucionario aquí no son solamente sus conclusiones, sino, aún más, el pulso teórico al que nunca antes un autor clásico del pensamiento político había tentado apostar<sup>4</sup>.

Para Maquiavelo, el sistema capaz de crear y promover la comunidad, leyes e instituciones políticas creadas con el fin de establecer vínculos efectivos entre los diferentes actores e intereses particulares capaces de sentar las bases para la igualdad y la justicia es la República, lo que para Maquiavelo es un sistema de libertad. Al respecto, el sistema de libertad según Pocock, es un estado de cosas en el que cada ciudadano participa tan plenamente como sea posible en el proceso de toma de decisiones y, por otro lado, resume una situación en la que las leyes, no los hombres, son el valor supremo y en la que el individuo recibe los beneficios de la vida social de una autoridad pública impersonal y no de manos de personas particulares<sup>5</sup>.

El florentino sobrepone el sistema político cívico, en donde los hombres sean libres, respeten y obedezcan las leyes e instituciones, a uno ilimitado. No obstante, no niega la

---

<sup>3</sup> Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*, op. cit., p. 130

<sup>4</sup> Silva Vega, Rafael Maquiavelo: la libertad ciudadana en tiempos de crisis /. Quito : FLACSO Ecuador, 2018 p. 254

<sup>5</sup>, Ibidem, P.187

**Mariana Campos Villalba**

posibilidad de que el uso de un sistema de gobierno que se apoye en recursos como el de la fuerza militar para recomponer el orden como único remedio eficaz<sup>6</sup>.

Sobre este particular es preciso indicar que al romperse este vínculo entre la sociedad y las instituciones inicia lo que Maquiavelo llama la corrupción, la cual se encuentra directamente relacionada con la pérdida de libertad y la aparición de violencia, desorden, ilegalidad y ambición desmedida, dando paso también a la dominación.

Maquiavelo a lo largo de sus escrituras hace énfasis en que este sistema de libertad de romper cuando se desintegran los vínculos creados por la ley y las instituciones e inicia lo que él llama la *corruzione*. Sabine relaciona este término con la anomia, como la pérdida de la libertad y de la igualdad, y con la aparición de todo tipo de violencias y licencias: con las grandes desigualdades de riqueza y poder, desunión, ilegalidad y ambición desmedida y la sujeción arbitraria de unos sobre los otros<sup>7</sup>, y Davis lo enlaza con una condición de la vida política en donde “el individuo se vuelve incapaz de identificar su bien particular con el bien de todos. Solo ve a aquellos a los que está sometido y en cuyas decisiones y actos no tiene voz ni voto”<sup>8</sup>.

Ante este escenario de anomia, Maquiavelo se encuentra en una situación tal, que está obligado a razonar en el límite de lo posible para pensar lo real. Abismando situaciones hipotéticas de rompimiento del sistema de libertad en sus dimensiones más extremas, planteando de tal manera, el remedio más extremo posible. Su razonamiento de una situación hipotética de anomia, de extrema degradación, se corresponde lógicamente con una solución igualmente extrema e inhumana de una situación hipotética de anomia, de extrema degradación, se corresponde lógicamente con una solución igualmente extrema e inhumana<sup>9</sup>. Asimismo, en I Discorsi indica que “aquellos hombres que no puedan ser corregidos por las leyes, por su insolencia, sean frenados de cualquier modo por una potestad casi regia” –

---

<sup>6</sup> Francesco Guicciardini, *Historia de Florencia*, (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006) .P 715

<sup>7</sup> George Sabine, *A History of Political Theory* (Londres: George G. Harrop & Co.,1949)

<sup>8</sup> Davis James Colin, *Utopía y la sociedad ideal* (Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1985), .P. 68.

<sup>9</sup> Louis Althusser, *Maquiavelo y nosotros* (Madrid: Akal, 2004) P. 90

**Mariana Campos Villalba**

*“quegli uomini i quali dalle leggi, per la loro insolenzia, non possono essere correti fussero da una podestá quasi regia in qualche modo frenati”<sup>10</sup>*

Con el objetivo de refundar un Estado, restaurar un régimen corrompido, la recuperación del orden político e institucional; y, en evidente ausencia o ineficacia de remedios legales considera necesario el uso de cualquier clase de medidas extremas; a través, del apoyo militar si fuera el caso, encabezadas por la figura de un líder carismático, cuyo papel fundamental sea dar fin a la dominación, a través de lo que Maquiavelo denomina como el príncipe nuevo en *El Príncipe*, en el cual confluye todo poder del Estado en el ejercicio de un poder ilimitado.

En este sentido, la virtù<sup>11</sup> del principe nuovo consiste en sacar fuerzas de sí mismo para superar la anomia, con el fin de regenerar una sociedad en la que el orden social está en crisis, su poder “se ancla siempre en un vacío social”<sup>12</sup>. El principe nuovo, para Aron es idealizado como la encarnación de un ciudadano virtuoso. Es decir, parte de la idea de un héroe político privilegiado porque es el único que, en unas condiciones de crisis extrema, cuenta con la capacidad y la disposición, ausentes en los demás, para reestablecer la libertad ciudadana y conducir hacia la virtud a los demás hombres y quien, justo por eso, puede ser un modelo de ciudadano virtuoso<sup>13</sup>.

A través de sus obras, el florentino concibe al principado no como el régimen ideal sino como un mal necesario, práctico y eficaz para salvaguardar la libertad en situaciones de profunda crisis política, o para recuperarla en situaciones en las que ella ya se ha perdido, “no entiende al gobernante como el patrón de la perfección, sino como una defensa contra el caos y la extinción”<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> I Discorsi P. 104

<sup>11</sup> Según De Sanctis, para Maquiavelo virtud –virtù– significa “la fuerza y la energía que lleva a los hombres a realizar grandes sacrificio y grandes empresas” 1965. P. 251-252

<sup>12</sup> Claude Lefort, *Maquiavelo. Lecturas de lo político* (Madrid:Editorial Trotta, 2010), P. 250

<sup>13</sup> Aron Raymond, *Estudios Políticos* (Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1997),P.70-71

<sup>14</sup> Michael Oakeshott, *La política de la fe y la política del escepticismo* (Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1998) P.83

Mariana Campos Villalba

El *principe nuovo* es un recurso político de carácter excepcional. Únicamente, se aplica cuando hay una desintegración de la comunidad política, cuando los vínculos entre los hombres están rotos, cuando lo que impera es la dominación de unos contra otros. Mientras exista una situación de normalidad, Maquiavelo confía en las leyes e instituciones que, hasta ciertos grados de corrupción, son capaces de regular y tramitar el natural conflicto que se produce en todos los Estados.

De todas maneras, independientemente de las anteriores precisiones, no se puede ocultar que en *Il Principe* y en *I Discorsi* aparece el recurso, para ciertas situaciones excepcionales, de combatir el mal con el mal. No se puede olvidar que, como dice Sabine (1949, 261), “en la villanía del príncipe había, al menos, una grandeza de fines y una amplitud de concepción política que no se daban en la igual villanía de los adversarios del príncipe”.

En consecuencia, entendiendo la figura del *principe nuevo* como un recurso político de carácter excepcional, el autor enuncia que el mismo debe cumplir con las siguientes tareas:

Organice todo de nuevo en aquel Estado, por ejemplo, instituyendo en la ciudad nuevas formas de gobierno con nuevos nombres y autoridades con nuevos hombres, haciendo a los ricos pobres y a los pobres ricos, como hizo David cuando llegó a ser rey [...]; edificando, además, nuevas ciudades y destruyendo las edificadas, cambiando a los habitantes de un lugar a otro, y, en resumen, no dejando ninguna cosa intacta en aquella provincia, de modo que no haya cargo, ni orden, ni estado, ni riqueza cuyo poseedor no la reconozca como proveniente del príncipe (TO–Discorsi, 109).

Esta construcción hipotética conceptual, apunta a un régimen sin precedentes en la época el cual supone la acumulación que le permita al *principe nuevo ejercer un dominio con eficacia y eficiencia* similar a la propuesta del concepto de Estado de Weber, en donde el gobernante ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquellos por derecho propio, y colocándose a sí mismo, en lugar de ellos, en la cima suprema”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Max Weber, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1997) P. 1059-1060

Mariana Campos Villalba

No obstante, el *principe nuovo*, es el único que, en unas condiciones de crisis extrema, cuenta con la capacidad y la disposición, ausentes en los demás, para reestablecer la libertad ciudadana y conducir hacia la virtud a los demás hombres y quien, justo por eso, puede ser un modelo de ciudadano virtuoso<sup>16</sup>. En el contexto político, social y moral en el que se sitúa el análisis de Maquiavelo en *Il Principe*, es decir, en las condiciones de extrema corrupción en las que se supone actúa el político redentor virtuoso<sup>17</sup>, el aseguramiento de la libertad y de la promoción de la virtud ciudadana no se logra con artes pacíficas.

En esta lógica, Pocock piensa al “príncipe nuevo” y a sus gobernados “actuando únicamente en relación con la fortuna”, mientras que en *I Discorsi* estudia la “confrontación de la ciudadanía misma con la fortuna”. Por lo tanto, en el contexto de *I Discorsi*, de acuerdo con Pocock, la virtud de los ciudadanos dota a la república de estabilidad frente a los embates de la fortuna,

El Estado para Nicolás Maquiavelo, tiene un carácter inmutable, no cambia ni se transforma en sí mismo, su ser es propiamente su autoconservación, por lo cual emerge la pregunta sobre quién gobierna en la república. Maquiavelo, tal como anteriormente lo expuso Cicerón y posteriormente lo haría Montesquieu, nos responde que la Ley<sup>18</sup>. Otra expresión de la inclinación positivista de Maquiavelo en Discursos, expresa que la ley positiva hace posible la libertad, libertad defendida y resguardada en el pueblo, pero libertad compartida por los grandes también, pues sin uno de los polos de la relación se vería imposibilitada su presencia<sup>19</sup>.

Concordando con Silva, resulta evidente que la figura del *principe nuovo* implica una fuerte e insalvable contradicción entre su fin y los medios de los que se debe valer para realizarlo: recuperar la libertad y suprimir la dominación a través de una limitación de la

---

<sup>16</sup> Rafael Silva Vega, *Maquiavelo : la libertad ciudadana en tiempos de crisis* (Quito : FLACSO Ecuador, 2018)p. 254

<sup>17</sup> Mairizio Viroli, *Redeeming The Prince. The Meaning of Machiavelli's Masterpiece*. (Princeton: Princeton University Press. 2014)

<sup>18</sup> Marco Tulio Cicerón, *Sobre la República. Madrid: Gredos. Montesquieu 1984; Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes* (Buenos Aires: Hyspamerica, 1984)

<sup>19</sup> Nicolás Maquiavelo, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. (Madrid: Alianza).P. 42

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Mariana Campos Villalba**

propia libertad de los ciudadanos<sup>20</sup>, y pudiera ser tomado como un doble patrón de moralidad, no es menos cierto que la moral política subyacente en I Discurso e Il Principe es la misma, el único cambio en la actitud básica de Maquiavelo surge del cambiante foco de su consejo político

Ahora bien, luego de las precisiones supra indicadas, se puede determinar que existe una similitud entre el pensamiento de Maquiavelo con ciertos y determinado fenómenos que han atravesado algunos Estados, en tal sentido, realizando un detallado examen acerca de los de los movimientos revolucionarios, la corrupción y la intervención de los militares en política en América Latina, y la función de las instituciones políticas en este proceso<sup>21</sup>, una de estas instituciones con las que pudiera conservar una estrecha relación; pues, es con los estados de excepción, entendidos como un mecanismo de carácter excepcional dirigidos a atender crisis de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones mediante la declaratoria de excepcionalidad, cuando así lo establezca de manera expresa la Constitución, o bien sea mediante la adopción de decretos que regulen la excepcionalidad.

No obstante; ante la anomia planteada por Maquiavelo, tenemos pues, visiones doctrinarias cuyo objetivo es restablecer el orden en el Estado, en atención a ello, existen países que incluyen el estado de excepción en el ámbito del ordenamiento jurídico y aquellos que lo consideran externo a éste, es decir, como un fenómeno esencialmente político. Estas visiones se refieren a una división doctrinaria de la naturaleza jurídica del estado de excepción, la visión normativa, la visión del decisionismo y una visión pluralista, cada una de ellas nace del mismo tronco, el conflicto, la anomia, la corrupción, por lo cual a continuación se analizarán brevemente a los fines de establecer posibles hilos de conexión entre ellas y el pensamiento de Maquiavelo.

---

<sup>20</sup> Rafael Silva Vega, *Maquiavelo: la libertad ciudadana en tiempos de crisis* (Quito : FLACSO Ecuador, 2018)p. 180

<sup>21</sup> Samuel Huntington, *El orden en las sociedades políticas en cambio* (Barcelona: Ediciones Paidós, 1990), P. 79-91.



## II. LA VISIÓN IUSPOSITIVISTA DE HANS KELSEN.

En primer lugar encontramos al normativismo formalista kelsiano, el cual configura al Estado y sus partes como fenómenos meramente jurídicos, emanados a partir de una norma fundamental, es decir, concibe la existencia de un Estado de Derecho por encima del poder en todas sus dimensiones<sup>22</sup>, el normativismo kelseniano percibe al estado de excepción como parte integrante del derecho positivo, porque la necesidad que lo funda actúa como fuente autónoma del derecho; otras corrientes de esta visión, lo entienden como un derecho subjetivo (natural o constitucional) del Estado a la propia conservación<sup>23</sup>, el objeto de conocimiento para Kelsen son las normas formalizadas, a través del normativismo.

En su “Teoría Pura del Derecho” Kelsen concibe al Estado como un concepto puramente jurídico, pues el Estado no sería otra cosa que “el orden jurídico mismo”<sup>24</sup>. A diferencia de Maquiavelo, el Estado es concebido como un sistema de atribuciones, con una dinámica entre la atribución y la norma. El Estado sería una lógica de normas, comenzando con la norma superior hasta llegar a las de menor rango, que se encuentran subordinadas a tal norma superior<sup>25</sup>.

Siguiendo este orden de ideas, ante situaciones de carácter excepcional, llamadas corrupción o anomia para la teoría de Maquiavelo, Kelsen vislumbra una institución jurídica bajo la cual se podría realizar el análisis de una legislación excepcional denominada “cláusula alternativa tácita”, la cual consiste en una habilitación supuesta, dirigida al legislador o a los jueces (dependiendo en manos de quién se encuentre el control de constitucionalidad), para dictar normas de un contenido distinto o según un procedimiento alternativo al regulado por las normas superiores. De manera tal, que la norma mayor fija los parámetros materiales y formales a través de una autorización tácita de las normas inferiores. Es importante señalar que las normas producidas a través de la cláusula alternativa tácita se mantienen válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial, en el cual pueden ser declaradas

---

<sup>22</sup> Lorenzo Cordova-Vianello, *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2009), P. 320

<sup>23</sup> Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. (Buenos Aires, 2005)

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Mexico DF: Porrúa-UNAM, 1991), P. 201

<sup>25</sup> Josafat Cortez Salinas, *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, 7a ed. (Andamios, 2010), P. 341-344

**Mariana Campos Villalba**

inconstitucionales. Esta misma alternativa, de acuerdo con Kelsen, opera también respecto de las normas de procedimiento<sup>26</sup>.

Este remedio jurídico en opinión de Zedan de alguna manera “normaliza” el estado de excepción, pues lo excepcional se encuentra inscrito en el orden jurídico. Es la relación entre norma y decisión y/o entre norma y poder lo que muestran este tipo de legislaciones, y lo que en la teoría del Derecho podría analizarse a través de figuras como la cláusula alternativa tácita de Kelsen, o la relación entre validez y eficacia de las normas.<sup>27</sup>

Al respecto Comanducci, plantea que la cláusula alternativa tácita tiene una función análoga a la norma fundamental: es neokantianamente una condición de posibilidad de un orden jurídico privado de contradicciones verticales y, así, un instrumento que sirve para salvar la tautología de la coherencia<sup>28</sup>, sostiene que las normas que contienen la cláusula alternativa tácita no pierden con ello su carácter normativo, sino que cumplen una doble función: confieren, desde un punto de vista dinámico, un poder al legislador o al juez, del que carecerían si las normas que la contienen no pertenecieran al sistema.

Kelsen tiene una concepción del objeto referida al deber ser, en ese sentido similar a la de Heller, pero no orientada hacia el Estado, sino hacia el Derecho. Al objeto de Kelsen se accede no por métodos interdisciplinarios, sino jurídicos. Su concepción del método exclusivamente científico-jurídica es, sin embargo, expresión de un entendimiento de la interdisciplinariedad en régimen de división de trabajo, que debe conducir a una diferenciación metodológica de las ciencias y, de ese modo, respeta a las demás ciencias y sus métodos respectivos, sin integrarlas en el campo del Derecho y una concepción del método que, asumiendo la división de trabajo, bien puede considerarse interdisciplinar. Con referencia a la determinación normativa del objeto aparecen así coincidencias con Heller, que ciertamente se reflejan en los resultados: el Estado en Heller, el Derecho en Kelsen. Por lo

---

<sup>26</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (Mexico DF: Imprenta Universitaria, 1949), P160.

<sup>27</sup> Marcela Chahuan Zedan, *La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política* (Acta Bioethica n°1, 2013)

<sup>28</sup> Paolo Comanducci, *Taking Kelsen seriously* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997)

**Mariana Campos Villalba**

que se refiere a la concepción monista del método se advierten coincidencias, sin embargo, de Kelsen con Schmitt.

Kelsen pretendió atribuirle soberanía al ordenamiento jurídico; mientras que Schmitt entendió, con aquella frase conocida y lapidaria, que el soberano es el que decide en el estado de excepción, la teoría kelseniana en sus diferentes puntos es considerada como extremadamente formalista, una lógica «vacía», incapaz de dar cuenta de los fenómenos reales, de la vida del derecho, una teoría sin sustancia. En ese orden de cosas, el proclamado ideal de «pureza» científica y su consiguiente rechazo a toda intromisión valorativa o política en la ciencia es entendida como una mera expresión de la vieja ideología liberal del siglo pasado. Kelsen, por el contrario, intenta construir una ciencia jurídica según el modelo de objetividad de las ciencias naturales, aislando el elemento normativo de lo histórico- fáctico, fundándose en el principio epistemológico neo-kantiano que la ciencia crea su propio objeto. En esa perspectiva, la crítica a la epistemología kelseniana que Schmitt comienza a desarrollar en el ensayo citado, constituye, a nuestro entender, el momento más logrado de la crítica a Kelsen, aunque estas ideas no serán posteriormente profundizadas, y es particularmente difícil encontrar sus huellas en el trabajo que nos ocupa.<sup>29</sup>

### **III. LA TEORÍA DECISIONISTA DE CARL SCHMITT.**

En segundo lugar, se encuentra la visión decisionista del orden fáctico de Schmitt, que considera al derecho como una producción de una voluntad política determinada<sup>30</sup>; asimismo, la idea de constitución del Estado como norma fundamental responde a un proceso que no se origina en la normatividad legal, sino en la existencia política e histórica de un pueblo<sup>31</sup> a tales efectos, la visión schmittiana considera que la decisión es la fuente por antonomasia de derecho, es decir, el orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una

---

<sup>29</sup> Carlos Miguel Herrera, "La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardián de la Constitución.", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 86 (1994): 195.

<sup>30</sup> Lorenzo Cordova-Vianello, *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2009)

<sup>31</sup> Ramón Machuca, *El análisis de la polémica entre Kelsen y Schmitt*. (Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones Científicas y Tecnológicas, 2006)

**Mariana Campos Villalba**

norma<sup>32</sup>, por tal motivo el estado de excepción y la necesidad que lo funda como elementos de hecho sustancialmente extrajurídicos, aun sí pueden, eventualmente, tener consecuencias en el ámbito del derecho. El objeto del conocimiento de Schmitt es el Poder a través del decisionismo.

Según Zedán las normas presuponen un contexto, una situación de normalidad necesaria para su aplicación que no se da en los casos excepcionales. En estos momentos críticos, de acuerdo con Schmitt, no hay norma general que pueda aplicarse, pero sí hay decisión, y esa decisión es la del soberano quien, frente a la situación concreta, decide suspender el orden jurídico. En efecto, Schmitt construye su teoría de la soberanía a partir del caso excepcional, señalando en su “Teología Política” que “es soberano quien decide sobre el estado de excepción”<sup>33</sup>, apareciendo así la soberanía como la decisión sobre la excepción.

Schmitt desarrolla el concepto de excepción a través de la figura de la dictadura<sup>34</sup>, la cual sería necesariamente un estado de excepción, en tanto consiste en la supresión de las barreras jurídicas en razón de la realidad concreta que se intenta superar. La dictadura sería así un medio para conseguir un determinado fin, en el cual se suspenden las normas jurídicas. Distingue dos tipos de dictaduras: la comisarial y la soberana. En la primera se suspende temporalmente la Constitución con el fin de protegerla; en esta dictadura actúan los poderes constituidos, esto es, aquellos que encuentran su fundamento de validez en la Constitución. La dictadura soberana, en cambio, no está dirigida a proteger la Constitución existente, sino a instaurar una nueva, la cual se deriva solamente del ejercicio del poder constituyente, sin que éste se encuentre limitado por la Constitución existente<sup>35</sup>.

De lo supra definido, se podría deducir que entre Schmitt y Maquiavelo pudieran existir amplias coincidencias dadas las obras con grandes rasgos de poderes ilimitados y acumulados en una sola persona. No obstante; existe un desacuerdo estructural entre

---

<sup>32</sup> Carlos Miguel Herrera, *"La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardián de la Constitución."*, Revista de Estudios Políticos, n.º 86 (1994)

<sup>33</sup> Carl Schmitt, *Politische Theologie* (München-Leipzig: Dunker & Humboldt, 1922) P.23

<sup>34</sup> Carl Schmitt, *Die Diktature* (München-Leipzig: Dunker & Humboldt, 1921)

<sup>35</sup> Marcela Chahuan Zedan, *La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política* (Acta Bioethica n.º1, 2013)

Maquiavelo y Schmitt entre la excepcionalidad y el poder. Schmitt sostuvo una disputa a lo largo de sus obras con el liberalismo

La concepción de Schmitt acerca de la anomia nunca funda sus análisis en la situación normal, sino, por el contrario, siempre parte del caso límite, extremo. Como lo escribía en la *Teología política*: «Lo normal nada prueba; la excepción todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla.» Lo cual se entiende que uno de los principales desacuerdos podría ser de orden político.

La hipótesis de lectura aquí propuesta arguye que la divergencia principal entre ambos pensadores deriva de la problemática del orden político, teniendo a la cuestión de la dictadura y su excepcionalidad como epicentro. De modo que para Schmitt la forma política republicana defendida por Maquiavelo —mas allá de sus posibles diferencias con el liberalismo— concluye en el mismo abismo que caracteriza a la democracia moderna.

Lallef considera que a partir de los Discursos donde más claro se muestra la imposibilidad de una identificación entre ambos pensadores, pues allí emerge la reflexión del florentino sobre la dictadura en el marco de la excepción y es a través de esta problemática que el jurista alemán brinda una explicación más amplia en torno al pensamiento maquiaveliano<sup>36</sup>. En este sentido, es menester recordar la famosa frase presente en *Teología Política*, libro 6 editado un año después que *La Dictadura*, que explica el tono de las distintas utilidades de Maquiavelo: “La excepción es más importante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla”<sup>37</sup>.

Asimismo, Lallef en un análisis profundo a la obra de Schmitt añade que si se observa con atención, en *La Dictadura* principalmente se retoma de la historia romana la concepción de “dictadura comisarial”. En efecto, la dictadura comisarial surge en defensa de un orden que corre riesgo de disolución, en cambio la dictadura soberana es el principio de la fundación de un nuevo orden. A través de dicha distinción, Schmitt brindó una clave de

---

<sup>36</sup> Ricardo Lallef Ilieff, “Schmitt lee a Maquiavelo: variaciones en torno al análisis de Carlo Galli”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n°22 (2013):129-139

<sup>37</sup> Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*. (Buenos Aires: Editorial Struhart, 2005) P. 33

**Mariana Campos Villalba**

lectura para comprender su divergencia con Maquiavelo: “El dictador es siempre un órgano del Estado republicano, ciertamente extraordinario, pero no obstante constitucional, es *cavitano*, lo mismo que el Consul y otros *Chefs* (*Discorsi* II, Cap: 33). El Príncipe, por el contrario, es soberano”<sup>38</sup>. Maquiavelo no se ocupó expresamente de este segundo tipo de dictadura mencionada por Schmitt porque como se ha indicado supra el florentino defendía el orden cívico republicano. Hasta el propio Schmitt lo aclara: “para Maquiavelo y la época posterior, el príncipe absoluto no es tampoco un dictador.

En la Teología Política Schmitt donde define como soberano a aquel “*que decide sobre el estado de excepción*” y sostiene que un orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma—. En consecuencia, al Maquiavelo defender el orden republicano, llamado por Schmitt democracia liberal, evidentemente desplaza la decisión del soberano planteada por Schmitt, entrando en una evidente fricción estructural.

#### **IV. LA POSTURA INTERDISCIPLINAR DE HERMANN HELLER.**

No obstante, existe una tercera postura, Heller se orienta al Estado como objeto interdisciplinar con una comprensión del pluralismo político y social, alineado más bien con el deber ser y resulta menos predeterminada por el ser<sup>39</sup>, por lo cual su concepción de estado de excepción ofrece un camino más dinámico que reconoce y preserva la legalidad tanto en sustancia como en la forma, entendiendo que el estado de excepción debe tener un contenido político, sin vaciar la ley de una eficacia formal, garantizando los controles legales. El objeto del conocimiento para Heller son las ideas a través del pluralismo.

Uno de los principales méritos de Heller reside en haber insistido en que el eje de la función soberana del Estado estriba en decidir no solo sobre la excepción, sino, ante todo, sobre la normación de la ‘normalidad’, en este sentido, contempló la vinculación entre Estado y Constitución de modo diferente.

---

<sup>38</sup> Carl Schmitt, *La Dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. (Madrid: Alianza 2003) P.38

<sup>39</sup> Oliver Lepsius, *El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la república federal* (Historia Constitucional, 2008), P. 259-295

**Mariana Campos Villalba**

Al igual que Schmit la construcción de su teoría se orienta al Estado pero como objeto interdisciplinar, su concepción del Estado se alinea más bien con el deber ser y resulta menos predeterminada por el ser. Heller y Schmitt comparten la fijación con el Estado como objeto, se diferencian sin embargo en su concepción del Estado determinada por el deber ser o por el ser, lo cual converge con Kelsen. Su concepción metodológica, resulta interdisciplinar y sincrética, mientras que es para Schmitt existencialista y decisionista.

Heller no ha desarrollado de manera amplia una teoría alrededor de los estados de excepción, sin embargo, su objeto y método resultan interesantes al estudio de esta institución puesto que brinda una visión interdisciplinar al tratamiento de la anomia o corrupción como la llamó Maquiavelo, reconoce que ante situaciones excepcionales es imperante el respeto a la legalidad pero no deja de ofrecer remedios políticos que puedan atender de la manera más idónea la situación extraordinaria y además restablecer la normalidad.

## **CONCLUSIONES**

Visto lo anterior, podemos observar que la interrogante con la cual se da inicio a esta investigación pudiera ser resuelta a través de las ideas primarias de Nicolas Maquiavelo, mediante un análisis transversal de sus obras. Resulta evidente que las fórmulas ideadas para recuperar la libertad y neutralizar las tensiones políticas y sociales que pudiera atravesar un Estado no necesariamente deban ser en el marco de la arbitrariedad absoluta sino de manera institucional. Uno de los aportes más importantes de Maquiavelo es que a través del conflicto se puede alcanzar la libertad y a su vez se puede conservar y garantizar por medios prudentes de regulación institucional.

El doble movimiento entre república y principado no resulta necesariamente contradictorio; puesto que, el príncipe nuevo solo es concebido como una fórmula institucional dirigida a recuperar la democracia.

Existe un hilo que, de alguna manera conecta a las tres visiones que justifican el estado de excepción ante situaciones de anomia. En el caso de la teoría normativista de Kelsen, el iuspositivismo, el respeto a la ley y las formalidades es clave para la analogía con

**Mariana Campos Villalba**

la teoría de Maquiavelo, tanto en lo que respecta a la República como al principado. Por otro lado, a pesar de sus fuertes divergencias, Schmitt comparte el objeto de conocimiento con Maquiavelo, el Poder, a pesar de compartirlo con la libertad Maquiavelo es enfático en asegurar la importancia de la utilización de todos los medios para conservar el poder, a pesar de estar en antonomasia con el debate de la dictadura y el decisionismo.

Finalmente; Heller pudiera ser una de las teorías que se encontraría mas relacionada con el pensamiento de Maquiavelo pues a través de la metodología interdisciplinar trata de preservar la legalidad en tiempos de anomia, sin descuidar las acciones y medios políticos que complementen el actuar del Estado.

## **BIBLIOGRAFIA**

Obras de Nicolás Maquiavelo

— 1978. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid: Alianza Editorial.



**Mariana Campos Villalba**

— 1979. *Historia de Florencia*. Madrid: Alfaguara.

— 1993. *El Príncipe*. Bogotá: Editorial Norma.

### **Bibliografía Consultada**

Aron Raymond, *Estudios Políticos* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 1997)

Carl Schmitt, *Die Diktature* (München-Leipzig: Dunker& Humbolt, 1921)

Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*.  
(Buenos Aires: Editorial Struhart, 2005)

Carl Schmitt, *La Dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (Madrid: Alianza 2003)

Carl Schmitt, *Politische Theologie* (München-Leipzig: Dunker& Humbolt, 1922)

Carlos Miguel Herrera, "La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardián de la Constitución.", *Revista de Estudios Políticos*, n. ° 86 (1994): 195.

Claude Lefort, *Maquiavelo. Lecturas de lo político* (Madrid: Editorial Trotta, 2010)

Davis James Colin, *Utopía y la sociedad ideal* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 1985), P. 68

Francesco Guicciardini, *Historia de Florencia*, (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006)

George Sabine, *A History of Political Theory* (Londres: George G. Harrop & Co., 1949)

Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. (Buenos Aires, 2005)

Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México DF: Imprenta Universitaria, 1949)

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (México DF: Porrúa-UNAM, 1991)

John Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition* (Princeton: Princeton University Press, 1975) P. 187

**Mariana Campos Villalba**

Josafat Cortez Salinas, Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente, 7a ed. (Andamios, 2010)

Lorenzo Cordova-Vianello, Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente (México: Fondo de Cultura Económica, 2009),

Louis Althusser, Maquiavelo y nosotros (Madrid: Akal, 2004)

Mairizio Viroli, Redeeming The Prince. The Meaning of Machiavelli's Masterpiece. (Princeton: Princeton University Press. 2014)

Marcela Chahuan Zedan, La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política (Acta Bioethica n°1, 2013)

Marco Tulio Cicerón, Sobre la República (Madrid: Gredos, 2000)

Max Weber, Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva (Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1997)

Michael Oakeshott, La política de la fe y la política del escepticismo (Mexico DF: Fondo de Cultura Económica, 1998)

Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes (Buenos Aires: Hyspamerica, 1984)

Oliver Lepsius, El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la república federal (Historia Constitucional, 2008)

Paolo Comanducci, Taking Kelsen seriously (Berlin: Duncker & Humblot, 1997)

Quentin Skinner, Maquiavelo (Madrid: Alianza Editorial, 1984)

Quentin Skinner, The Foundations of Modern Political Thought, (Cambridge: The Renaissance 1978)

Rafael Silva Vega, Maquiavelo: la libertad ciudadana en tiempos de crisis (Quito : FLACSO Ecuador, 2018)

Ramón Machuca, El análisis de la polémica entre Kelsen y Schmitt. (Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones Científicas y Tecnológicas, 2006)

**Mariana Campos Villalba**

Ricardo Laleff Ilieff, “Schmitt lee a Maquiavelo: variaciones en torno al análisis de Carlo Galli”, Revista Uruguaya de Ciencia Política, n°22 (2013)

Samuel Huntington, El orden en las sociedades políticas en cambio (Barcelona: Ediciones Paidós, 1990), P. 79-91.

Tito Livio, Historia de Roma desde su fundación. Barcelona (Barcelona: Editorial Planeta De Agostini, 1998)

# LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS INSTITUCIONES BANCARIAS FRENTE A LAS OPERACIONES DE INTERVENCIÓN CAMBIARIA IMPUESTAS POR EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA (BCV)

*Andrea Trocel Yabrudy*

Abogada egresada de la UCAB mención “*summa cum laude*” (2014). Estudios especializados en Derecho Administrativo UCAB. Profesora de pregrado UCAB. Abogada miembro de la Consultoría Jurídica de la Corporación Andina de Fomento (CAF) Banco de Desarrollo de América Latina.

## **Resumen:**

El presente trabajo aborda la ausencia de fundamentos jurídicos de las operaciones de “intervención cambiaria” ejecutadas por el BCV unilateralmente, así como las repercusiones que éstas tienen frente al derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad de las instituciones del sector bancario.

**Palabras clave:** Instituciones bancarias, intervención cambiaria, Banco Central de Venezuela, libertad económica, derecho de propiedad, interdicción de la arbitrariedad.

# THE LEGAL POSITION OF BANKING INSTITUTIONS REGARDING EXCHANGE INTERVENTION OPERATIONS IMPOSED BY THE CENTRAL BANK OF VENEZUELA (BCV)

## **Abstract:**

This paper points out the absence of legal grounds for “exchange intervention” operations carried out by the BCV unilaterally and the repercussions on the right to economic freedom and the right to property of the institutions banking sector.

**Keywords:** Banking institutions, exchange intervention, Central Bank of Venezuela, economic freedom, property rights, interdiction of arbitrariness.

## **INTRODUCCIÓN**

En el marco de la Constitución venezolana se establece 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”.<sup>1</sup> 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.

En ese sentido, el legislador impone un marco regulatorio específico que configura una limitación a la libertad económica de las instituciones del sector bancario, regulando así un mecanismo de intervención administrativa mediante la técnica de la autorización, de forma que los operadores del sector bancario deben obtener previamente la autorización de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) para dedicarse a esa actividad, y apegarse a la legislación especial aplicable para todas las operaciones asociadas a su desarrollo.

Lo anterior tiene especial importancia respecto a las actividades de las instituciones bancarias y su relación con ese ente regulador que supervisa su funcionamiento, pues si bien la ley reconoce una regulación administrativa del sector, ello debe hacerse acorde con los principios fundamentales del derecho y las garantías que protegen el derecho a la libertad económica consagrado en el artículo 112 de la Constitución.

En efecto, cualquier regulación deberá implementarse a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración Pública consagrado en el artículo 141 de la Constitución, y en concreto, cualquier medida de política monetaria impuesta por el Banco Central de Venezuela (BCV), debe estar avocada a servir con racionalidad a los intereses generales que justifican la ordenación y limitación de la libertad económica.

---

<sup>1</sup> Cfr. Brewer Carías, A. *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. EJV. 4ta Edición, Caracas, 2004. p. 818.

**Andrea Trocel Yabrudy**

En efecto, las limitaciones al ejercicio de esa libertad serán legítimas siempre que “(...) *no tengan un carácter irrazonable, no sean arbitrarias y sí justificadas por la índole de la actividad y la entrada en juego de otros intereses dignos de protección*”, consecuencias todas que derivan de la *interdicción de la arbitrariedad*.<sup>2</sup>

Justamente, en el presente artículo analizaremos el fundamento jurídico, así como las repercusiones que tienen las operaciones de “intervención cambiaria” que el BCV ha venido ejecutando de manera unilateral, frente al derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad previstos en la Constitución, y el principio de interdicción de la arbitrariedad que informa toda la actuación administrativa, especialmente, aquella dirigida a imponer medidas a este sector económico específico.

## **I. ANTECEDENTES**

El 22 de enero de 2019, el Directorio del BCV dictó la Resolución N° 19-01-04, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.573 de fecha 28 de enero de 2019, conforme a la cual el BCV podrá realizar *de manera automática, operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y por leyes especiales, 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*.

Posteriormente, en fechas 23 de mayo de 2019 y 21 de octubre de 2019 el BCV dictó las Resoluciones N° 19-05-03 y 19-09-03, respectivamente, las cuales regulan las operaciones de intervención cambiaria en los mismos términos y condiciones que la Resolución N° 19-01-04.

En particular la Resolución N° 19-09-03 en su artículo 8 estableció lo siguiente:

---

<sup>2</sup> cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1998, pp. 243-334, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ., TOMÁS-RAMÓN, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 216 y ss.

**“Artículo 8.**

A partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución, se deroga la Resolución N° 19-05-03 del 23 de mayo de 2019, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.640 del 24 de mayo de 2019, no obstante **seguirá rigiendo para las situaciones derivadas de las operaciones realizadas durante la vigencia de dicha Resolución hasta agotar sus efectos sobre aquellas.**” (Énfasis añadido)

Nótese entonces que la Resolución N° 19-09-03 no suprimió completamente las anteriores resoluciones, sino que éstas continuarán vigentes respecto a las operaciones de intervención cambiaria realizadas con anterioridad, y sus efectos sobre el patrimonio de las instituciones del sector bancario objeto de operaciones de intervención cambiaria subsisten bajo el amparo de los tres (3) actos administrativos en cuestión, a través de los cuales se instrumentan este tipo de intervenciones por parte del BCV, (las Resoluciones).

## **II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES**

Las Resoluciones son actos administrativos generales de efectos particulares, ya que sus efectos están dirigidos a un grupo específico de sujetos, en concreto, a los bancos universales y microfinancieros regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (artículo 1 de las Resoluciones).

Si bien las Resoluciones tienen un contenido general, no cabe duda de que son de efectos particulares en tanto los destinatarios son perfectamente identificables. Es importante destacar que dentro de los actos unilaterales de la Administración existe una sensible diferencia entre aquellos que producen efectos jurídicos generales (o sea, para una serie indeterminada de casos) o de efectos individuales. (Esto es, particulares, concretos: Para un sólo caso determinado, o para distintos casos individualmente especificados y determinados.)<sup>3</sup>

Así entonces, es tradicional la distinción entre actos administrativos de efectos particulares y de efectos generales. La diferenciación atañe únicamente a los *destinatarios*

---

<sup>3</sup> Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Libro I Derecho Administrativo de la Economía*. Ediciones Macchup. Buenos Aires, 1967 p.199

**Andrea Trocel Yabrudy**

del acto y no a su *contenido*. De esa manera, cuando un acto administrativo está dirigido a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, se dice que es un acto de efectos generales.

Por el contrario, cuando sus destinatarios son sujetos determinados, o indeterminados *pero determinables*, nos encontramos ante actos de efectos particulares. En palabras de ELOY LARES MARTÍNEZ: “...*los actos generales o de efectos generales, son aquellos destinados a un número indeterminado de personas; en tanto que los actos individuales, o sea, los actos de efectos particulares o individuales son aquellos que pueden referirse a una o varias personas, pero todas ellas determinadas...*”<sup>4</sup>

En igual sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido que

“**los actos administrativos generales pueden ser de efectos particulares** en atención a la formación de su calificación gramatical con fundamento en su rango formal y en su incidencia sobre un número determinado o determinable de sujetos. En otras palabras, no siempre coincide la calificación o rango formal del acto como general, con la particularidad o especificidad de su contenido respecto a un número determinado o determinable de personas que reciben sus efectos”.<sup>5</sup>

Las Resoluciones como acabamos de advertir, están dirigidas directamente a los bancos universales y microfinancieros regulados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. Esos bancos forman un conjunto determinado y específico de empresas, ya que sólo quienes han sido expresamente habilitados para ello por la SUDEBAN, pueden considerarse jurídicamente como *bancos universales y microfinancieros*.

De manera tal que se trata de actos administrativos que someten a esas instituciones al mecanismo de intervención cambiaria por parte del BCV. Por ende, los destinatarios de las Resoluciones son bien identificados, y no tienen además contenido *normativo*. De allí que

---

<sup>4</sup> *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 143.

<sup>5</sup> Sentencia N° 955 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 23 de Noviembre de 2016.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152



**Andrea Trocel Yabrudy**

puede concluirse que las Resoluciones son actos administrativos generales de efectos particulares.

### **III. CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES**

De conformidad con lo previsto en las Resoluciones, 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.

La posición total en moneda extranjera que sea “vendida” a las instituciones bancarias deberá ser aplicada a operaciones de compraventa de monedas extranjeras integradas al Sistema de Mercado Cambiario,<sup>6</sup> 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 las Resoluciones no sólo implican 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 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 (vender) 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.

---

<sup>6</sup> En ese sentido se sugiere ver el artículo del mismo autor \_\_\_\_\_

#### **IV. GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La competencia es una de las bases en las cuales se apoya el principio de legalidad administrativa, que es el sustento de la actuación administrativa y está comprendido en el artículo 137 de la Constitución que establece:

**“Artículo 137:**

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.”

A su vez, la Ley Orgánica de la Administración Pública (“LOAP”) desarrolla el principio de legalidad que rige la actuación de todos los órganos y entes del Estado, y por ende también la actuación del BCV, así el artículo 4 de la LOAP establece:

**“Principio de legalidad**

**Artículo 4**

La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus 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”

Del encabezado de las Resoluciones observamos que esos actos administrativos se dictaron 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 y 122 de la LBCV, que establecen lo siguiente:

**Artículo 7º.**

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones:

2. Participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria.

(...)

**Andrea Trocel Yabrudy**

7. Participar en el mercado de divisas y ejercer la vigilancia y regulación del mismo, en los términos en que convenga con el Ejecutivo Nacional.

(...)

15. Efectuar las demás operaciones y servicios propios de la banca central, de acuerdo con la ley.

**Artículo 21.**

Corresponde al Directorio ejercer la suprema dirección del Banco Central de Venezuela. En particular, tendrá las siguientes atribuciones:

1. Velar por el cumplimiento de los fines y objetivo del Banco Central de Venezuela.

(...)

26. Asegurar el desempeño de los servicios de su competencia y **ejercer las demás atribuciones que le acuerde la ley.** (Resaltado nuestro)

**Artículo 49.**

El Banco Central de Venezuela podrá efectuar las siguientes operaciones con los bancos e instituciones financieras:

(...)

2. Comprar y vender oro y divisas.

**Artículo 58.**

El Banco Central de Venezuela puede efectuar directamente con el público, dentro de los límites que fije el Directorio, las operaciones siguientes:

1. Recibir depósitos de cualquier clase.

2. Ejecutar las operaciones especificadas en los numerales 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 9 del artículo 49.

**Artículo 121.** Las monedas y los billetes de curso legal serán libremente convertibles al portador y a la vista y su pago será efectuado por el Banco Central de Venezuela mediante cheques, giros o transferencias sobre fondos depositados en bancos de primera clase del exterior y denominados en moneda extranjera, de los cuales se puede disponer libremente.

**Artículo 122.** El Banco Central de Venezuela regulará, en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional, la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago.

**Andrea Trocel Yabrudy**

En la regulación que dicte al efecto, el Banco Central de Venezuela podrá establecer requisitos, condiciones y procedimientos en relación con las materias a que se refiere el presente artículo.

El Banco Central de Venezuela deberá estar representado en las comisiones especiales que el Ejecutivo Nacional creare para conocer y decidir aquellos asuntos que determinen los convenios cambiarios, a través de uno de los miembros del Directorio del Banco Central de Venezuela o de un funcionario o funcionaria de alto nivel del Instituto designado por dicho cuerpo. Los asuntos que se consideren en dichas comisiones atinentes a aspectos de naturaleza estratégica en el ámbito operativo cambiario serán sometidos a la consideración del Directorio y al Ministro o Ministra con competencia en materia de finanzas.

Observamos que de la lectura de las mencionadas normas únicamente se desprenden las potestades generales del BCV referidas a su participación en el diseño y ejecución de las políticas cambiarias, el cumplimiento de sus fines, así como la posibilidad de efectuar operaciones de compraventa de divisas.

En concreto, en cuanto a la compra y venta de divisas en el país, el propio artículo 122 de la LBCV dispone dentro de las atribuciones de ese Instituto la de regular en conjunto con el Ejecutivo Nacional “*la negociación y el comercio de divisas en el país*”, pero en ninguna de esas disposiciones se faculta al BCV para imponer compras forzosas y realizar débitos de forma unilateral, ni para ejecutar operaciones cambiarias automáticas bajo la figura de la “intervención cambiaria”, en contravención del derecho a la libertad económica y propiedad de las instituciones bancarias.

La habilitación expresa del BCV para regular esa materia es de carácter obligatorio, pues la medida que se pretende ejecutar tiene una incidencia directa en el derecho a la libertad económica (artículo 112 Constitucional) y en el derecho de propiedad de las instituciones del sector bancario consagrado en el artículo 115 de la Constitución, de manera que esa habilitación debe venir acompañada por un procedimiento y la necesaria intervención del juez para decretarla, si el particular a ello no se aviniere.

Las disposiciones generales de la LBCV a las cuales hacen referencia las Resoluciones establecen la posibilidad que tiene el BCV de efectuar operaciones con el

**Andrea Trocel Yabrudy**

público, tales como, recibir depósitos de cualquier clase y efectuar otras operaciones expresamente autorizadas en la Ley del BCV, pero nunca para realizar operaciones de intervención cambiaria que impliquen la compra venta forzosa y de forma coactiva de divisas a las instituciones bancarias.

Al respecto el propio artículo 49, numeral 10 de la LBCV establece lo siguiente:

**Artículo 49.** El Banco Central de Venezuela podrá efectuar las siguientes operaciones con los bancos e instituciones financieras:

(...)

**10. Realizar otras operaciones expresamente autorizadas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.** (Énfasis añadido)

Así, la garantía de la reserva legal que protege la limitación de los derechos constitucionales y el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 de la Constitución, y el artículo 4 de la LOAP, se ve justamente reconocido en el citado artículo, al exigir que el BCV únicamente podrá realizar las operaciones expresamente autorizadas por la ley, so pena de incurrir en incompetencia.

Obsérvese que ninguna disposición legal, ni mucho menos de la LBCV, prevé la posibilidad de que el BCV realice operaciones de intervención cambiaria con la grave incidencia que ello tiene en el derecho de propiedad y libertad económica de la banca, en tanto se afecta su esfera jurídico patrimonial sin la debida habilitación legal que lo faculte para ello, transgrediéndose así la reserva legal que ampara la limitación de esos derechos según lo prevén los artículos 112, 115 y 137 de la Constitución.

En particular, la Resolución 19-05-03 que entró en vigencia el 24 de mayo de 2019, incorporó en su encabezado el artículo 135 de la LBCV pretendiendo dar fundamento legal a su regulación, con la norma referida a la aplicación de sanciones sobre las instituciones del sector bancario. Al respecto el referido artículo establece lo siguiente:

**Artículo 135.** Las personas sometidas a la normativa emanada del Banco Central de Venezuela, que infrinjan las resoluciones dictadas por el mismo en materia de tasas de interés, comisiones, tarifas y/o recargos, regulación del

**Andrea Trocel Yabrudy**

crédito, y sistemas de pagos serán sancionadas hasta con el uno por ciento (1%) de su capital pagado y reservas. Asimismo serán sancionadas con un medio por ciento (0,5%) de su capital pagado y reservas por no suministrar oportunamente los informes sobre su estado financiero o cualesquiera de sus operaciones que le sean requeridas, pudiendo elevarse hasta en un uno por ciento (1%) adicional, en caso que se demuestre la falsedad de la información suministrada.

La citada norma de forma alguna otorga sustento legal al inconstitucional acto administrativo dictado por el BCV, y mucho menos a la posibilidad de realizar intervenciones cambiarias y aplicar sanciones a los Bancos por el incumplimiento del deber de vender a sus clientes divisas que le fueron coactivamente vendidas por ese instituto emisor. Obsérvese que las sanciones establecidas en el referido artículo se refieren específicamente al incumplimiento de las obligaciones relacionadas con las *tasas de interés, comisiones, tarifas y/o recargos, regulación de crédito, sistemas de pago y suministro de información*, pero de ninguna manera se refieren a la posibilidad de que el BCV sancione a las instituciones bancarias por el incumplimiento de Resoluciones relacionadas con medidas de “intervención cambiaria” que no están contempladas de ninguna manera en la ley.

Incluso, de la lectura de la Resolución 19-05-03 no se desprende ninguno de los comportamientos que pudiera dar lugar a la imposición de las sanciones a las que se refiere el artículo 135 antes citado, por lo que mal podría el BCV pretender fundamentar en esa norma la aplicación de sanciones que no tienen un fundamento legal y que de ninguna manera se refieren a las materias específicas que ese artículo de la ley regula.

Lo que si se evidencia al invocar el artículo 135 de la LBCV en la Resolución, es la aplicación forzada y analógica de la referida norma que faculta al BCV para imponer sanciones concretas a supuestos concretos, y con ello una grave violación al principio de legalidad y seguridad jurídica. Se insiste, dicha norma de ninguna manera se refiere a sanciones por concepto de medidas de intervención cambiaria, por lo que las sanciones a que se refiere la Resolución 19-05-03 carecen de fundamento legal y por lo tanto no tiene asidero la aplicación del artículo 135 de la LBCV.

Adicionalmente, las Resoluciones se fundamentaron en los artículos 3, 4 y 11 del Convenio Cambiario N° 1, que establecen lo siguiente:

**Andrea Trocel Yabrudy**

**Artículo 3.** El Banco Central de Venezuela y el Ministerio del Poder Popular con competencia en finanzas, podrán de manera conjunta desplegar todas las acciones que estimen pertinentes para procurar el debido equilibrio del sistema cambiario, y generar las condiciones propicias para que el funcionamiento del mismo responda a sanas prácticas, a la atención ordenada de la oferta y demanda de moneda extranjera por todos los sectores, brindando transparencia en el proceso de formación de precios y tipo de cambio; y evitar o contrarrestar los potenciales perjuicios que para el sistema financiero y la economía nacional puedan ocasionar el incumplimiento de la normativa cambiaria; ello, sin perjuicio de las competencias del Banco Central de Venezuela en materia de ejecución de la política cambiaria y de lo previsto en el artículo 57 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que rige su funcionamiento.

**Artículo 4.** El Banco Central de Venezuela podrá efectuar operaciones de compra y de venta en el mercado cambiario conforme se determine a tales fines.

El Banco Central de Venezuela sólo venderá divisas o monedas extranjeras de acuerdo con la disponibilidad que determine su Directorio, en consideración a las condiciones monetarias, crediticias y cambiarias relacionadas con la estabilidad de la moneda y el desarrollo armónico de la economía, así como los niveles de las reservas internacionales. Esta disponibilidad será ajustada y/o revisada por el Banco Central de Venezuela conforme a las condiciones y niveles de las reservas internacionales operativas y de flujo de caja en moneda extranjera de dicho Ente Emisor, sobre lo cual informará al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas.

**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.

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.

Por su parte, la Resolución N° 19-05-03 enunció como fundamento los artículos 3 y 12 del Convenio Cambiario N° 1, al disponer lo siguiente:

**Andrea Trocel Yabrudy**

“**Artículo 6.** Las operaciones integradas al mecanismo de intervención cambiaria conforme a las autorizaciones emanadas del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular con competencia en finanzas conjuntamente con el Banco Central de Venezuela en el marco de lo dispuesto en los artículos 3 y 12 del Convenio Cambiario N° 1 de fecha 21 de agosto de 2018, se regirán por la presente Resolución en cuanto resulte aplicable y por las instrucciones que imparta el Banco Central de Venezuela atendiendo a las particularidades de los conceptos respectivos.”

Al igual que las normas de la LBCV, las disposiciones del Convenio Cambiario N° 1 anteriormente expuestas, establecen las atribuciones generales del BCV, así como la potestad que este tiene de efectuar operaciones con el público y con las instituciones que conforman el sector bancario en Venezuela, dentro de las cuales se establece las “*operaciones de compra y de venta en el mercado cambiario*”, pero de ninguna manera otorga competencias para realizar débitos automáticos a la cuenta única de los bancos a los fines de asignar divisas que serían destinadas para su oferta a los clientes de cada institución bancaria.

Así, conforme a las normas legales en las cuales se pretendieron fundamentar las Resoluciones, el BCV únicamente podrá efectuar las operaciones expresamente autorizadas por la ley, dentro de las cuales se plantea la operación de negociación, comercio, compra y venta de divisas, pero de ninguna manera la Ley del BCV ni el Convenio Cambiario N° 1 facultaron a ese Instituto para ***realizar de manera automática*** operaciones que imponen una compra de moneda extranjera no consentida.

## **V. LIBERTAD ECONÓMICA Y DERECHO DE PROPIEDAD VS INTERVENCIÓN CAMBIARIA**

Las Resoluciones contienen una medida que resulta impuesta por el BCV, 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 hacen referencia las Resoluciones, supone que el BCV procederá a realizar la operación de venta de divisas de forma obligatoria y sin que exista el consentimiento de la institución financiera, a la cual se le han debitado los bolívares correspondientes.



**Andrea Trocel Yabrudy**

De modo que no se trata realmente de una operación de compraventa, pues conforme al ordenamiento jurídico venezolano para que exista ese negocio jurídico debe existir el consentimiento de las partes que debe ser libremente manifestado, característica que no está presente cuando el BCV implementa esta medida de intervención cambiaria, cuya aplicación lesiona el derecho a la libertad económica de las instituciones bancarias.

En efecto, la LBCV no contempla en ninguno de sus artículos la posibilidad de que el BCV sin el consentimiento de las instituciones bancarias efectúe débitos “automáticos” de la cuenta única que mantienen en el BCV, justificadas en supuestas operaciones de compraventa de moneda extranjera, puesto que la posibilidad de negociar, comerciar y decidir si se lleva a cabo la compra de moneda extranjera es una decisión que le corresponde tomar a las instituciones bancarias, siendo ello un atributo de su libertad económica. (Artículo 112 Constitución)

Téngase especialmente en cuenta que realizar operaciones de compraventa de divisas sumamente cuantiosas como las que impone el BCV a través de la figura de la “intervención cambiaria” sin el consentimiento de las instituciones bancarias, afecta de manera desproporcionada el derecho a la libertad económica, y no es una limitación que se derive del marco regulatorio legal aplicable a las instituciones bancarias.

Es cierto entonces que la regulación y supervisión en la actividad bancaria se materializa a través del establecimiento de importantes limitaciones al ejercicio al derecho a la libertad económica de los sujetos que participan en ese sector económico, así como el reconocimiento de potestades administrativas al ente regulador que le permitan garantizar el funcionamiento de dicha actividad.

No obstante, tratándose de un ordenamiento jurídico sectorial, la imposición de estas limitaciones debe provenir de la Ley, mediante limitaciones racionales, proporcionales y legítimas, nunca de forma absoluta o ilimitada, sino que deben ajustarse a los principios básicos de la competencia y el procedimiento en el ejercicio de la función propia de la Administración Pública y con el límite preciso del respeto de las garantías que protegen la libertad económica.

**Andrea Trocel Yabrudy**

Siendo ello así, la aplicación e interpretación de cualquier limitación debe hacerse acorde con la garantía de la reserva legal que protege dicho derecho en los términos que prevé el artículo 112 de la Constitución. En efecto, esa disposición constitucional al consagrar el derecho a la libertad económica reconoce el ejercicio de ese derecho **“sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes”**.

Lo anterior implica que cualquier limitación de ese derecho constitucional debe estar expresamente establecida en la Ley, sin que sea posible aplicar, aún en el marco de actividades sectoriales reguladas por importantes regulaciones administrativas, interpretaciones extensivas a supuestos no regulados por el legislador.

Así, cualquier limitación de la libertad económica debe hacerse atendiendo al principio del *favor libertatis* que rige en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual la Administración no puede obligar a los particulares a hacer lo que no mande la ley, o prohibirle lo que ella expresamente no prohíba.<sup>7</sup>

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 del sector bancario, 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 a sus políticas en qué bienes invertir para contribuir con la solidez y la adopción de sus políticas internas dentro del marco regulatorio legalmente establecido para ello.

Ahora bien, en lo que se refiere al derecho de propiedad, vale la pena precisar que 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.

---

<sup>7</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La Intervención Administrativa*, Editorial Abeledo-Perrot, p. 88.

**Andrea Trocel Yabrudy**

Así, cuando la LBCV hace referencia a las operaciones para las cuales está autorizado el BCV y se refiere a la compraventa, esa ley especial no le atribuye alguna característica o regulación diferente a la que establece el ordenamiento jurídico venezolano a esa institución jurídica, por lo que para que se entienda que existe una operación de compraventa es necesario aplicar las normas establecidas en el Código Civil Venezolano.

Al respecto el artículo 1141 del Código Civil establece que *“las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1. El consentimiento de las partes (...)”*, por lo que en general para la existencia de un contrato en el ordenamiento jurídico venezolano es imprescindible el consentimiento de ambas partes.

En concreto, respecto del contrato de compraventa, el consentimiento adquiere especial relevancia al tratarse del contrato consensual por excelencia, puesto que tal como lo dispone el artículo 1161 del Código Civil Venezolano *“en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado (...)”* (énfasis añadido). En ese sentido, se ha establecido de manera pacífica y reiterada que el elemento esencial de existencia de la compraventa es el consentimiento, sin el cual no podría afirmarse que existe un contrato de compraventa.<sup>8</sup>

Así, aun cuando el BCV pretendió calificar el débito de cantidades de dinero como una operación de compraventa en ejecución de la intervención cambiaria, lo cierto es que conforme al ordenamiento jurídico venezolano no es posible calificar a un negocio jurídico como una compraventa, si éste no cuenta con el elemento esencial para su perfeccionamiento, como lo es el consentimiento manifestado por las partes involucradas en el negocio jurídico.

Asimismo, se observa que la tasa de cambio aplicada para el reintegro de las cantidades de dinero no es la misma tasa de cambio aplicable al momento en que se efectuó el débito automático, por lo que desde el momento en que el BCV efectúa la devolución de

---

<sup>8</sup> Aguilar Gorrondona, José. *Contratos y Garantías, Derecho Civil II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012. pp.183 y ss.

**Andrea Trocel Yabrudy**

la cantidad de dinero debitada sin el consentimiento de las instituciones bancarias, genera pérdidas en su patrimonio debido al diferencial producto de la tasa de cambio aplicada.

Ahora bien, los débitos automáticos reiterados sin el consentimiento de las instituciones bancarias, así como las pérdidas causadas por el diferencial cambiario, configuran una grave violación a su derecho de propiedad.

El derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución únicamente está sujeto a las restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general, en virtud de lo cual la ley establece expresamente los medios legítimos con los cuales cuenta la Administración para adquirir los bienes que requiera para el cabal cumplimiento de sus cometidos, los cuales están previstos expresamente en la ley, tales como, la expropiación, la requisición y la nacionalización, y bajo ninguna circunstancia medida arbitrarias instrumentadas a través de actos de rango sublegal.

## **VI. PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LAS SANCIONES**

Resulta evidente la ausencia de una ley previa que establezca las sanciones económicas impuestas, y ello se hizo más indudable todavía desde que la propia Resolución 19-05-03 que entró en vigencia el 24 de mayo de 2019, pretendiendo subsanar esa situación, incorporó como fundamento en su encabezado el artículo 135 de la LBCV anteriormente citado.

De la lectura del artículo 135 se desprende que las sanciones que establece se refieren específicamente al incumplimiento de las obligaciones relacionadas con las *tasas de interés, comisiones, tarifas y/o recargos, regulación de crédito, sistemas de pago y suministro de información*, pero de ninguna manera se refieren a la posibilidad de que el BCV sancione a las instituciones bancarias por el incumplimiento de Resoluciones relacionadas con medidas de “intervención cambiaria” que no están contempladas de ninguna manera en la ley.

Sin embargo, pese a la ausencia de una ley previa que estableciera expresamente las sanciones a aplicar por operaciones de “intervención cambiaria”, los artículos 2, 4 y 5 de las

**Andrea Trocel Yabrudy**

Resoluciones, en concreto en el artículo 6 párrafo único, de la Resolución N° 19-05-03, imponen a las instituciones bancarias un conjunto de cargas económicas que suponen erogaciones de dinero desproporcionadas a una operación cambiaria, por la imposibilidad de vender las divisas a sus clientes, tanto más si ello se debe a una venta no consentida ni autorizada por la banca.

Al respecto el artículo 5 establece lo siguiente:

“En el supuesto que las instituciones bancarias no logren aplicar la totalidad de las divisas vendidas que le fueran liquidadas producto de la intervención cambiaria conforme a lo establecido en el artículo 2 de la presente Resolución, 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 a que se refiere el artículo precedente, resultando aplicable sobre el remanente no vendido desde la fecha de ejecución de la intervención cambiaria conforme a lo estipulado en el artículo 1 de esta Resolución, la tasa cobrada por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones ordinarias de descuento, redescuento y anticipo vigente para cada día en el cual se produjo el déficit de encaje, incrementada en diez (10) puntos porcentuales, lo que será determinado por el Banco Central de Venezuela al cierre de cada semana.”

De las Resoluciones se observa que éstas no sólo implican la operación de débitos automáticos de la cuenta única que mantienen las instituciones del sector bancario en el BCV, sino que adicionalmente, en caso de que 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:

- (iii) Por desacumulación, deberán “vender” las divisas al BCV a la tasa vigente al momento de la operación reducida en un 5% o un 5, 2375%, según el caso, y
- (iv) Cuando los bancos no logren aplicar la totalidad de las divisas, se entenderá que el saldo no aplicado no quedará sujeto a la deducción del fondo de encaje y se le aplicará la tasa cobrada por el BCV en sus operaciones ordinarias de descuento, redescuento y anticipo vigente para cada día en el cual se produzca el déficit de encaje, incrementada en un (10%).

**Andrea Trocel Yabrudy**

*Las Resoluciones imponen sin fundamento legal cargas económicas con efecto sancionatorio por el supuesto incumplimiento de la obligación del banco de vender la totalidad de las divisas a sus clientes, sin tomar en consideración que esa obligación no depende únicamente de la institución bancaria puesto que constituye una obligación administrativa bilateral o compleja.*

Ahora bien, esas obligaciones complejas, conforme su naturaleza jurídica y características propias, comportan una pluralidad de vínculos. Esos vínculos consisten en la intervención de otros sujetos ajenos a la relación jurídica (Banco-BCV), quienes a su vez activan la obligación y determinan la ejecución de la conducta específica a que se refiere la obligación. En ese sentido, el carácter complejo de la obligación viene dado, por tanto, por esa pluralidad de vínculos.

En consecuencia, la ausencia o falta de intervención del sujeto ajeno a la relación jurídica -en este caso los clientes de la banca privada- conduce, simplemente, a que la obligación no se active. Si la persona llamada a intervenir no lo hace, la obligación no se perfecciona y por lo tanto el BCV no podría exigir a las instituciones bancarias que cumplan esa obligación si los clientes no han decidido adquirir las divisas ofrecidas, por lo que mucho menos podrían imponerse sanciones al banco por no haber “aplicado la totalidad de las divisas” (artículo 5 Resoluciones).

Las deducciones impuestas por el BCV de manera arbitraria y sin fundamento legal alguno viola la garantía consagrada en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución conforme al cual:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

(...)

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

El artículo 49 de la Constitución ha extendido a los procedimientos administrativos en general y a los sancionadores en particular, las garantías propias del proceso penal, tal y

**Andrea Trocel Yabrudy**

como ya ha sido aceptado por la jurisprudencia venezolana.<sup>9</sup> Dentro de esas garantías destaca el principio de legalidad de las sanciones en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución, garantía de la cual se desprende el principio de tipicidad de las sanciones según el cual la Administración únicamente podrá imponer las sanciones que estén establecidas previamente mediante una ley.

Resulta indudable que el *ius puniendi* de la Administración se encuentra regido por los principios del Derecho Penal, los cuales no son más que garantías constituidas en pro de los administrados, mediante el cual ya es posible afirmar que todas las garantías contenidas en el artículo 49 constitucional son aplicables respecto de las actuaciones de la administración pública.

En otros términos, el numeral sexto del artículo 49 constitucional exige que toda sanción sea aplicada por la Administración sólo si esta ha sido previamente establecida a través de una ley previa, lo cual en el presente caso no ha sucedido puesto que se han impuesto cargas económicas con efecto sancionatorio sin una ley previa que las establezca.

## **CONCLUSIÓN**

Luego de analizar el contenido de las Resoluciones, así como el alcance que actualmente en la práctica tienen sobre las instituciones del sector bancario en Venezuela, se observa que estamos frente a un supuesto en el que se encuentren en conflicto las libertades individuales y las potestades estatales para intervenir en la esfera económica de los particulares, y en concreto, en el marco de las operaciones de intervención cambiaria no se

---

<sup>9</sup> Vid.: Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 15 de abril de 1997, caso: *Eloy Lares*.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Andrea Trocel Yabrudy**

le da prevalencia a la libertad económica, desde que se efectúan las operaciones sin tomar en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Las Resoluciones comportan actos arbitrarios que obligan a las instituciones bancarias a realizar operaciones de compraventa sin haber dado su consentimiento, y posteriormente a ofrecerlas a la venta a sus clientes aun sin contar con los fondos disponibles para ello, so pena de que se le impongan cargas económicas con efecto sancionatorio que ponen en peligro su patrimonio.

En ese sentido, las operaciones de intervención bancaria contravienen el principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración Pública consagrado en el artículo 141 de la Constitución, pues fueron dictadas sin que se realizara un análisis previo que justificara las medidas en ellas contenidas.

Básicamente, la interdicción de la arbitrariedad veda categóricamente el empleo indiscriminado y discrecional de medidas que afecten gravemente el núcleo esencial del derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad, cuando, existiendo otros medios menos gravosos o perjudiciales para el administrado para alcanzar el mismo objetivo, el Estado decide emplear aquel que es más oneroso.

Las Resoluciones son producto de una arbitrariedad administrativa, toda vez que en ningún caso consta la realización de estudios y análisis económicos ni de riesgo previos que hayan justificado la toma de las medidas tan gravosas que imponen, hasta el punto de limitar el núcleo esencial del derecho a la propiedad y el derecho a la libertad económica de las instituciones bancarias.

De esa manera, es evidente que la conducta del BCV es arbitraria cuando (i) establece obligaciones de forma irracional; (ii) limita derechos constitucionales de la misma manera; y (iii) establece cargas económicas excesivas que tienen un efecto sancionatorio y afectan gravemente el patrimonio de las instituciones bancarias.

Tal como hemos analizado a lo largo de estas líneas, las resoluciones son producto del ejercicio ilegal y arbitrario de las potestades generales que tiene atribuidas el BCV, pero



**Andrea Trocel Yabrudy**

de ninguna manera dan lugar a la aplicación de medidas de “intervención cambiaria” que al margen de la ley comportan una ilegítima restricción al derecho de propiedad y a la libertad económica, dado que no existe ninguna norma legal ni razón que objetivamente justificara que el BCV efectuara débitos automáticos de la cuenta única de las instituciones del sector bancario y adicionalmente se le aplicaran cargas económicas con efecto sancionatorio que afectan su patrimonio.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Aguilar Gorrondona, José. *Contratos y Garantías, Derecho Civil II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

Brewer Carías, A. *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. EJV. 4ta Edición, Caracas, 2004.

**Andrea Trocel Yabrudy**

Cassagne, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Editorial Abeledo-Perrot.

Fernández Rodríguez., Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.

García de Enterría, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1998,

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Libro I Derecho Administrativo de la Economía*. Ediciones Macchip. Buenos Aires, 1967.

Lares Martínez Eloy. *Manual de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.

## LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN CLAVE DE DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE ALGUNOS CRITERIOS DE LA SC-TSJ RELACIONADOS CON LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

*Bernardo Pisani Ruiz*

Abogado UCAB. Especialista en Derecho Administrativo (UCV) y Derecho Procesal (UCV). Profesor de pre y post grado UCAB y UCV. Cursante de Doctorado en Derecho UCV-UCAB. Socio Escritorio Jurídico Rodríguez & Mendoza

### Resumen

La tutela judicial efectiva, como derecho y garantía procesal, tiene su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos; por su misma internacionalización, su interpretación y aplicación en el orden interno debe ajustarse a los estándares del sistema de protección de derechos humanos. Por tanto, los derechos procesales, en la medida que se encuadren en el catálogo de los derechos humanos, deben pasar por un control de convencionalidad en el orden interno, aplicable por todos los jueces de la República, para minimizar los riesgos de indebida limitación o restricción. En el desdoblamiento de la tutela judicial efectiva dentro del orden interno venezolano, los derechos al acceso al órgano jurisdiccional, a la motivación de la sentencia y a la ejecución de la sentencia son incompatibles con los criterios del sistema de protección de derechos humanos.

**Palabras clave:** derechos procesales, tutela judicial efectiva, derecho humano, control de convencionalidad

## THE EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN THE KEY OF HUMAN RIGHTS. THE CONTROL OF CONVENTIONALITY OF SOME CRITERIA OF THE SC-TSJ RELATED TO EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION

### Abstract

Effective protection of the court, as a procedural right and guarantee, is based on international human rights law; due to its internationalization, the interpretation and application in the national legal system must conform to the standards of the human rights protection system. Therefore, procedural rights, to the extent that they are framed in the catalog of human rights, must go through a conventionality control in the national order, applicable by all the judges of the Republic, to minimize the risks of undue limitation or restriction. In the unfolding of effective protection of the court within the Venezuelan internal legal system, the rights of access to the judicial procedure, to the justification of the sentence and the execution of the sentence are incompatible with the criteria of the human rights protection system.

**Keywords:** procedural rights, effective judicial protection, human right, conventionality control.

## **INTRODUCCIÓN**

En el contexto de las instituciones y conceptos del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la necesaria confrontación del derecho interno ante el derecho internacional, me propongo revisar, en el marco del Derecho Constitucional Procesal, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva con base en algunos de los criterios fijados por la SC-TSJ del Tribunal Supremo de Justicia, y su contrastación o posible identificación con los criterios establecidos en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para ello, en primer lugar analizaré el Derecho Procesal Constitucional y el denominado Derecho Procesal de los Derechos Humanos, o convencional, haciendo referencia en este caso también a su contenido y sus límites. Seguidamente, revisaré el contenido de los derechos procesales en el marco de la Constitución Nacional, su consagración teórica y su incidencia en algunos de los criterios de la SC-TSJ. A continuación, como parte propósito de la presente investigación, acometeré la revisión y contraste de algunos criterios de la SC-TSJ sobre los derechos procesales consagrados en la Constitución, y su relación con los derechos procesales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Esta revisión de la interpretación de los derechos procesales en nuestro ordenamiento interno, con la interpretación de los mismos derechos, en clave de Derechos Humanos, nos permitirá, en un estadio posterior, medir el grado de adecuación, si es que existe, entre el ordenamiento interno, y el ordenamiento internacional sobre los derechos humanos.

## I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL Y EL DERECHO CONVENCIONAL PROCESAL.

Uno de los grandes logros del Derecho Procesal ha sido la consagración de sus contenidos esenciales en las Constituciones, Cartas Magnas o Leyes Supremas de diversos países<sup>1</sup>. En este sentido, nos encontramos con la constitucionalización de los derechos procesales, cuyo *origen* se remonta a la década de 1920-1930 con la creación de la Corte Constitucional Austríaca y los estudios de Hans Kelsen sobre “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”<sup>2</sup>; en su *descubrimiento*, en el ámbito del Derecho Procesal, se le denomina “Derecho Constitucional Procesal” entre 1944-1947, por obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; tiene su *desarrollo dogmático procesal* entre 1946 y 1955, con el estudio de las garantías constitucionales del proceso por parte del maestro uruguayo Eduardo Couture, y además por el análisis de la jurisdicción constitucional y mecanismos procesales de control por parte de Mauro Cappelletti y Piero Calamandrei; y finalmente tiene su *definición conceptual y sistemática* entre 1955 y 1956 por Héctor Fix-Zamudio, quien desarrolló los estudios de Hans Kelsen, le dio los contornos de una disciplina científica<sup>3</sup>, la cual, hasta nuestros días ha tenido una masiva ampliación y aplicación para la protección y anclaje de los derechos procesales dentro de los diversos ordenamientos jurídicos.

En Venezuela, el estudio del Derecho Constitucional Procesal es iniciado por el Profesor de Derecho Constitucional José Guillermo Andueza Acuña, con la obra “La jurisdicción constitucional en el Derecho Venezolano” en 1955<sup>4</sup>, y posteriormente el Dr. Orlando Tovar Tamayo publicó en 1983 su obra “La jurisdicción constitucional”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 229 de la Constitución Política de Colombia, que establece el derecho de acción procesal; artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las bases del proceso penal; artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina; entre otros.

<sup>2</sup> El título original de la obra de Hans Kelsen fue en 1928 en francés, denominada “*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*”.

<sup>3</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017), 55-57.

<sup>4</sup> Según Domingo García Belaunde, *El Derecho Constitucional en Perspectiva* (México: Editorial Porrúa, 2008), p. 17, observando además que la obra inicial de José Guillermo Andueza Acuña, fue presentada como Tesis Doctoral, siendo dicha obra posteriormente impresa en 1974, en el contexto de las Publicaciones del Instituto de Derecho Público No. 5 de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

<sup>5</sup> Orlando Tamayo Tovar, *La jurisdicción constitucional*. Serie Estudios No. 10 (Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983).

**Bernardo Pisani Ruiz**

Numerosas obras y artículos han sido publicados en las disciplinas del Derecho Constitucional Procesal y del Derecho Procesal Constitucional por procesalistas y constitucionalistas venezolanos, tales como Humberto J. La Roche, Allan Brewer-Carías<sup>6</sup>, Jesús María Casal H.<sup>7</sup>, José Peña Solís<sup>8</sup>, José Vicente Haro, Carlos Ayala Corao<sup>9</sup>, Gustavo Linares Benzo, Antonio Canova<sup>10</sup>, Román Duque Corredor<sup>11</sup>, entre otros. Recientemente Rafael Badell Madrid<sup>12</sup> publicó su obra “Derecho Procesal Constitucional”, que destaca el estudio de la justicia constitucional, desde la perspectiva sustantiva, orgánica y procesal.

La mayoría de la doctrina sobre la materia considera que el Derecho Constitucional Procesal alude al estudio de las instituciones fundamentales del Derecho Procesal, dentro del contexto de la Constitución Nacional, no obstante que ha habido algunas corrientes que señalan que dicho ámbito corresponde al *Derecho Procesal Constitucional*. Así, por ejemplo, Domingo García Belaunde<sup>13</sup>, en su obra *El Derecho Constitucional en perspectiva*, en el capítulo 3, denominado *El Derecho Procesal Constitucional: Un concepto problemático*, alude al conjunto de instituciones, procedimientos y mecanismos de protección de la Constitución, como el amparo constitucional, el control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes, entre otros. Incluso, bajo esta misma óptica de distinción entre el Derecho Constitucional Procesal y el Derecho Procesal Constitucional, se adscriben los estudios de la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional.

---

<sup>6</sup> Entre otros, Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional* (Caracas: Fundación Estudios de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2017), Edición en PDF, acceso el 08 de septiembre de 2021, <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-XII-9789803652975-txt.pdf>.

<sup>7</sup> Entre otros, Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional* (Caracas: UCAB, 2000).

<sup>8</sup> José Peña Solís, *Lecciones de Derecho Constitucional General, Volumen I, Tomo I* (Caracas: UCV, 2008).

<sup>9</sup> Carlos Ayala Corao, «La Jurisdicción Constitucional en Venezuela», *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Coord. Domingo García Belaunde), (Madrid: Dykinson, 1997).

<sup>10</sup> Entre otros, Antonio Canova, *El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Caracas: Ediciones Paredes, 2012).

<sup>11</sup> Entre otros, Román J. Duque Corredor, *Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y Técnica de Interpretación Constitucional* (Caracas: Ediciones Homero, 2014).

<sup>12</sup> Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020). Edición en PDF, acceso el 09 de septiembre de 2021, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/12/16-dic-Derecho-Procesal-Constitucional.pdf>.

<sup>13</sup> Domingo García Belaunde, *El Derecho Constitucional en Perspectiva* (México: Editorial Porrúa, 2008), 83

**Bernardo Pisani Ruiz**

Sin embargo, consideramos, al igual que la mayoría de la doctrina, que el Derecho Constitucional Procesal hace referencia al conjunto de instituciones del Derecho Procesal que son consagradas en la Constitución Nacional.

La inclusión de esas instituciones fundamentales del Derecho Procesal en la Constitución tiene entre sus objetivos establecer limitaciones y restricciones en cuanto al contenido, interpretación y aplicación de tales instituciones del Derecho Procesal en el ordenamiento jurídico<sup>14</sup>. Pero, además, su inclusión supone que se otorgue un tratamiento constitucional a dichas instituciones, que hacen que se les apliquen las herramientas, métodos y mecanismos de interpretación, aplicación y ejecución de las normas constitucionales. De forma que, bajo la óptica constitucional, el Derecho Procesal tiene un tratamiento diferenciado.

En Venezuela, el máximo y último intérprete de las normas y principios constitucionales es la SC-TSJ del Tribunal Supremo de Justicia<sup>15</sup>, sin que ello obste para que, por vía de los mecanismos de protección de la Constitución Nacional, los demás tribunales de la República también interpreten y apliquen las normas y principios constitucionales<sup>16</sup>.

Demás está decir que esta consagración de derechos procesales en la Constitución no solo incide en la interpretación y aplicación de los derechos procesales para la protección de los derechos sustantivos consagrados en la legislación, sino que además también resulta aplicable para los procesos constitucionales (es decir, tendientes a la protección de la misma Constitución).

Antes de entrar a la revisión de esas instituciones del Derecho Procesal en la Constitución, conviene hacer referencia a la consagración de los derechos procesales como

---

<sup>14</sup> En su fase de desarrollo dogmático procesal (1946-1955), el Derecho Constitucional Procesal, como mecanismo de limitación del ordenamiento jurídico, justificó e impidió, sobre todo en países europeos, la aplicación de una justicia acomodada contra los actores que promovieron y ejecutaron los numerosos actos violatorios de derechos fundamentales en el contexto de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>15</sup> Conforme al artículo 335 de la Constitución Nacional (G.O. núm. 36.860 de 30 de diciembre de 1999).

<sup>16</sup> A través del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el amparo constitucional, el habeas data, el habeas corpus, entre otros, e incluso pueden realizar la interpretación de normas y principios constitucionales en la sustanciación de los procedimientos judiciales y las decisiones que adopten, conforme a los artículos 334, 27, 28 y 44 de la Constitución Nacional.

**Bernardo Pisani Ruiz**

parte de los derechos humanos, que incluso son establecidos de forma expresa dentro de tratados internacionales en materia de derechos humanos, y es a lo que alude la *internacionalización del derecho constitucional (de los derechos humanos)*<sup>17</sup>.

Así tenemos que la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, constituyó el movimiento inicial a nivel mundial tendiente a la protección internacional de los derechos humanos. Luego, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es la segunda recopilación de normas a nivel internacional<sup>18</sup>, que recoge un catálogo de derechos humanos. Esta Declaración Universal de Derechos Humanos es la génesis del Derecho Internacional de los derechos humanos.<sup>19</sup>

Este movimiento internacional fue clave, entre otros motivos, para la creación de sistemas regionales de protección de derechos humanos, siendo estos:

(i) el *Sistema Europeo de Derechos Humanos*, que es el sistema más antiguo, comenzando con la aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos), adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor en el año 1953.

(ii) el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*,<sup>20</sup> que nace con ocasión de la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor en el año 1978. Este instrumento internacional debe complementarse con sus dos protocolos adicionales: Protocolo Relativo a la Abolición

---

<sup>17</sup> Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica ...*, 664

<sup>18</sup> Precedida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, en el año 1948.

<sup>19</sup> Ferrer Mac-Gregor: *Panorámica...*, 665.

<sup>20</sup> Suscrita por Venezuela, según G.O. núm. 31.256 de 14 de junio de 1977, con posterior denuncia en fecha 6 de septiembre de 2012, recibida por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 10 de septiembre de 2012.



**Bernardo Pisani Ruiz**

de la Pena de Muerte, en 1990; y, el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, adoptado en 1998.

(iii) el *Sistema Africano de Derechos Humanos*, creado mediante la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida como Carta de Banjul, en 1981, y vigente a partir de 1986.

Es importante destacar que los diversos sistemas de protección de derechos humanos antes mencionados están conformados cada uno, por un conjunto de mecanismos, instituciones y órganos especializados, tendientes a la protección de los derechos humanos establecidos en sus propios instrumentos internacionales, esta vez en el seno regional en el cual se encuentran.

Esta consagración internacional de los derechos constitucionales y de los derechos humanos en particular merece especial atención para los Estados, toda vez que tienden a conformar, ya no un bloque de la constitucionalidad, como se concibe en el derecho interno de cada uno de los Estados, sino más bien un *bloque de la convencionalidad*, como un mecanismo hegemónico regional y mundial de instrumentos y métodos para la protección de los derechos humanos<sup>21</sup>.

Precisamente, esta elevación de derechos constitucionales al bloque de la convencionalidad impone la necesidad que su lectura, interpretación y aplicación deba estar sujeta, entre otras directivas interpretativas, al principio *pro homine* o *pro persona*, lo que genera a su vez diversas consecuencias:

- Se debe privilegiar, entre las diversas gradas o posibilidades de interpretación de una norma, aquella que sea más protectora para la persona.

- En la elección de la norma, frente a diversas regulaciones, se deberá optar por aquella que sea más favorable para el derecho, independientemente de su jerarquía en el sistema de fuentes.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Criterio adoptado por Martín Risso Ferrand, «Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Anuario de Justicia Constitucional*, n.º. 16, (2012): 318.

<sup>22</sup> Por todos, Risso Ferrand, *Interrelación...*, 313.

**Bernardo Pisani Ruiz**

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup> ha establecido que el principio *pro homine*, en la interpretación de los derechos humanos, presupone:

- la interpretación expansiva de los derechos humanos, es decir, en la forma más favorable a la *maximalización* o maximización del contenido de derecho;
- la interpretación restrictiva de las normas que establezcan excepciones a los derechos humanos; en otras palabras, la restricción de los derechos humanos, porque así lo permite el mismo derecho u otro derecho del mismo rango de derechos humanos, debe hacerse en la forma más mínima posible.

Ahora bien, en el seno de los instrumentos internacionales de derechos humanos, encontramos una diversidad de normas, entre ellas la protección de derechos humanos “sustantivos”, y otros derechos humanos procesales, estos últimos como una normativa transversal o dinámica que tiene como objeto la protección de otros derechos (de naturaleza sustantiva o procesal).

Obsérvese que esta transversalización de los derechos humanos procesales está orientada, no solo a proteger los derechos consagrados en el propio tratado internacional (como si se tratara de una garantía para la protección de otros derechos humanos), sino como un derecho humano en sí mismo, es decir, para proteger la diversidad de derechos sustantivos (sean humanos, constitucionales, legales o reglamentarios).

Para efectos de este estudio, me circunscribiré en el análisis de los derechos humanos procesales en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretamente a los que comportan el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en los artículos 8 y 25 de la referida Convención, y que tienen su regulación local, a nivel constitucional, en el artículo 26 de la Constitución Nacional de Venezuela, sin perjuicio de que estas nociones también puedan ser extensibles o aplicables en el seno del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y

---

<sup>23</sup> CrIDH, OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, en opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante. Edición en PDF, acceso 09 de septiembre de 2021, [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf).

**Bernardo Pisani Ruiz**

la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, así como en cualquier otro instrumento internacional que desarrolle los derechos procesales como categoría de derechos humanos.

Habiendo expuesto las anteriores consideraciones generales en torno al Derecho Constitucional Procesal y el Derecho Convencional Procesal, o de los Derechos Humanos, corresponde ahora mencionar que dentro del Derecho Constitucional Procesal de nuestro ordenamiento jurídico encontramos dos normas constitucionales, a saber, el artículo 26 que establece la tutela judicial efectiva, y el artículo 49, que regula el debido proceso constitucional; también tenemos como referente al artículo 257, que consagra la constitucionalización del *proceso* como instrumento fundamental, y la *justicia* como fin del proceso.

Por su parte, a nivel del derecho convencional procesal, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tenemos que el artículo 8, que se denomina “Garantías Judiciales”, y el artículo 25, denominado “Protección Judicial”.

La importancia de ambos ordenamientos jurídicos, dentro de una jerarquía de fuentes en el materia de Derechos Humanos (considerando en este caso que el artículo 23 de la Constitución Nacional de Venezuela<sup>24</sup> se inscribe en la tesis monista, que, en materia de derechos humanos, propone una hegemonía entre el derecho interno y el derecho internacional), produce la maximización y fuerte vinculación de la norma internacional y de su interpretación por los organismos competentes, frente al derecho interno, de forma tal que, la interpretación del derecho interno, específicamente en materia de derechos humanos, por

---

<sup>24</sup> El artículo 23 de la Constitución Nacional de Venezuela (G.O. núm. 5.453 Extraordinario de 24 de marzo de 2000) establece: “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”, de allí que, contrario a lo establecido por la supuesta aplicación de un control de convencionalidad ejercido en mi criterio de forma incorrecta por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (p.e. a partir de la SSC 1939/2008, del 18 de diciembre de 2008, *caso Apitz Barbera y Otros*; SSC 1547/2011, del 17 de octubre de 2011, *caso Leopoldo López*; SSC 1175/2015, del 10 de septiembre de 2015, *caso Granier y otros [RCTV]*), resulta vinculante en el ámbito local o interno, *ipso facto*, el derecho internacional de los derechos humanos.

**Bernardo Pisani Ruiz**

parte del operador jurídico (léase el legislador, el juez o la doctrina), debe tener como guía, principio e inspiración, así como límite mínimo, el ordenamiento internacional de los derechos humanos.

Pienso que una forma distinta de concebir a los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico, sin que existan vasos comunicantes ni una fuerte sujeción al derecho interno, haría nugatorio e ineficiente la tipificación de un derecho como humano o fundamental, permitiéndose que su interpretación y aplicación quede a la voluntad (y también a la arbitrariedad) del órgano que por mandato interno se le atribuya esa función. No solo eso, sino que además los derechos humanos, que imponen una protección reforzada, podrían quedar insertos en un laberinto jurídico de indefinición en cuanto a su contenido y exigibilidad, produciendo una situación de vulnerabilidad de su destinatario (la persona humana).

En efecto, concebir que el ordenamiento internacional sobre derechos humanos deba adaptarse al derecho interno de cada Estado supondría permitir entonces un margen de discrecionalidad, al límite de la arbitrariedad, de los órganos internos de cada país en la interpretación y aplicación de tales derechos, pues cada Estado podría interpretar los fundamentos y la esencia de los derechos humanos, dando al traste con el fin esencial de esta importante materia, vital para la debida protección de las mínimas condiciones de la convivencia en sociedad, del nivel democrático<sup>25</sup>, en desmedro precisamente de sus destinatarios.

El caso de Venezuela deja en evidencia esa situación, y es precisamente lo que seguido a la revisión de los contenidos de los derechos procesal constitucional y procesal convencional me propongo abordar. En este sentido, confrontaremos la interpretación que, en el contexto del Derecho Constitucional Procesal, ha realizado la SC-TSJ a los artículos 26 y 49 de la Constitución Nacional, y lo revisaremos a la luz de la interpretación y criterios

---

<sup>25</sup> Ampliamente desarrollando en Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Editorial Trotta, 2014).

**Bernardo Pisani Ruiz**

que, sobre los derechos procesales, y concretamente sobre la tutela judicial efectiva, ha realizado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

## **II. LOS DERECHOS PROCESALES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE VENEZUELA**

Son tres las normas constitucionales aplicables directamente al proceso<sup>26</sup>, que para el presente estudio son relevantes, y que contemplan en rasgos generales los siguientes derechos: (i) la tutela judicial efectiva; y (ii) el debido proceso constitucional.

No está de más recordar que la elevación a rango constitucional de un derecho supone ipso facto una limitación al legislador en cuanto a su regulación, y una orden para el intérprete que tal derecho debe ser interpretado y aplicado en su forma más amplia, de manera elástica, siempre que tal elasticidad no suponga una vulneración de otro derecho constitucional, el cual, ante una posible tensión, también tendrá la misma amplitud y elasticidad interpretativa.

Aunado a lo anterior, la elevación a rango constitucional de un determinado derecho pone en funcionamiento las garantías constitucionales para su protección; así, tenemos que la violación directa de un derecho constitucional permitiría su protección por vía de la pretensión de amparo constitucional, lo cual, mediante una estructura constitucional y un procedimiento expedito, se podría lograr el restablecimiento inmediato de la situación infringida.

La calificación “fundamental” de un derecho es de particular importancia, pues, en aplicación de las modernas tendencias garantistas, de la cual el jurista italiano Luigi Ferrajoli es uno de sus máximos exponentes, proyecta prestaciones positivas y negativas para el Estado, dependiendo si se está en presencia de derechos de prestación o derechos de libertad. En cuanto a los derechos fundamentales prestacionales, se genera un deber del Estado de fomentar su protección, mediante actuaciones positivas que tiendan a ampliar su espectro

---

<sup>26</sup> Artículos 27, 49 y 256 de la Constitución Nacional de Venezuela (G.O. núm. 5.453 Extraordinario de 24 de marzo de 2000), observando que la Constitución Nacional establece otras normas de carácter procesal, diseñadas como mecanismo de protección de la propia norma constitucional, según ya referí.

**Bernardo Pisani Ruiz**

tuitivo, estableciendo herramientas para restringir cualquier intento por parte del mismo Estado o de los particulares, de vulnerar su ejercicio.

Con respecto a los derechos fundamentales de libertad se presuponen prestaciones negativas, constituyendo una orden para el Estado de abstenerse a realizar acciones que tiendan a la restricción del derecho.<sup>27</sup>

Cada uno de los anteriores derechos procesales constitucionales tienen un contenido específico, y algunos autores los han calificado como de contenido complejo. En todo caso, no debemos olvidar que la consagración de tales derechos procesales constitucionales viene inspirada por unos valores constitucionales que deben estar presentes al momento de su interpretación. Así, que entre los valores constitucionales tenemos aquellos plasmados en el artículo 2, el cual estatuye:

“**Artículo 2.** Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”<sup>28</sup>

La interpretación de las normas constitucionales deberá estar enmarcada en los valores de la protección a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la preeminencia de los derechos humanos. En el contexto de los derechos constitucionales procesales encontramos, en cuanto a la tutela judicial efectiva:

“**Artículo 26.** Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

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

---

<sup>27</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 2004), 23-24. En la misma obra, Ferrajoli (p. 37) define a los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar ...”

<sup>28</sup> Constitución Nacional de Venezuela (G.O. núm. 5.453 Extraordinario de 24 de marzo de 2000).

**Bernardo Pisani Ruiz**

Desde el un punto de vista literal, el artículo 26 constitucional parece incluir el derecho de acceso al órgano de administración de justicia, el derecho a la ejecución y el derecho a una sentencia. De manera pura y simple, y método de interpretación literal o restrictivo, sólo se encontrarían tres dimensiones de la tutela judicial efectiva.

La SC-TSJ, en cuanto a la tutela judicial efectiva, estableció lo siguiente:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure.”<sup>29</sup>

Sin embargo, las corrientes constitucionalistas y procesalistas más avanzadas nos dan cuenta de que la tutela judicial efectiva tiene la característica de derecho fundamental, y que, además, tiene un contenido complejo que contiene, de manera muy resumida, lo siguiente: (i) el derecho de acceso a los tribunales; (ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho, motivada y congruente; (iii) el derecho al recurso; (iv) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.<sup>30</sup> Algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia han

---

<sup>29</sup> SSC-TSJ 708/2001, del 10 de mayo de 2001, *caso Juan Adolfo Guevara y Otros*. Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/708-100501-00-1683.HTM>. Acceso el 02 de septiembre de 2021.

<sup>30</sup> Para un mayor análisis del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, lo cual excede del ámbito del presente estudio, consúltense Joan Pico I Junoy, *Las garantías Constitucionales del Proceso* (Barcelona, España: J. M. Bosch Editor, 1997); Bello Tabares, Humberto E. T., y Dorgi D. Jiménez Ramos, *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales* (Caracas: Ediciones Paredes, 2009).

**Bernardo Pisani Ruiz**

considerado, de manera solo referencial, que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un cuádruple contenido (o desdoblamiento del derecho), en los siguientes términos:

“Ahora bien, las facultades recursivas que le asisten a la víctima, devienen inequívocamente del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución y el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene como contenido básico el derecho a acceder los tribunales sin discriminación alguna, el derecho a incoar e intervenir en un proceso, el derecho a obtener una sentencia motivada, el derecho a la utilización de los recursos y sobre todo el derecho a que la sentencia se ejecute, de lo que se concluye, bajo estas premisas, que el ejercicio y la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva persigue evitar impunidad y reparar el daño ocasionado a la víctima”<sup>31</sup>

En sintonía con lo referido con la importancia de la consagración constitucional de la tutela judicial efectiva, Ortells Ramos sostiene que tal derecho, aunque de rango constitucional, su configuración legal no puede ser establecida, ni puede ser interpretada en contra de la Constitución.<sup>32</sup>

A continuación, analizaré brevemente las notas características de cada uno de los elementos que integra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (desdoblamiento del derecho), a la luz del contenido amplio de dicho derecho. Así, tenemos:

#### **(i) el derecho de acción, o acceso a los tribunales**

En efecto, en cuanto al derecho de acción, y muy concretamente el derecho de acceso a los tribunales, comporta el derecho a la apertura del proceso, la prohibición legal de obstáculos excesivos o irrazonables de acceso al proceso, la aplicación del *favor actionis* o *pro actionis*, el derecho a la justicia gratuita, el derecho a una citación con las debidas garantías y formalidades que envuelve tal acto esencial, y la exigencia de postulación o necesidad de asistencia jurídica para la actuación de las partes en el proceso. No realizaremos

---

<sup>31</sup> SSCP-TSJ 199/2006, del 09 de mayo de 2006, *caso Godofredo Luque Lara*. Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/C05-0462-199.HTM>. Acceso el 02 de septiembre de 2021.

<sup>32</sup> Manuel Ortells Ramos, *La Acción como Derecho a la Actividad Jurisdiccional, El Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva* (Madrid: Edisofer Libros Jurídicos, 2006).



**Bernardo Pisani Ruiz**

un análisis profundizado sobre este derecho, debido a que ello excede los límites del presente estudio.<sup>33</sup>

Sin embargo, desde el punto de vista doctrinal, debemos enfatizar que una de las características primordiales del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, es, en síntesis, la posibilidad de acceso al órgano jurisdiccional, para plantear una pretensión, sin obstáculos excesivos o irrazonables.

### **(ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho, motivada y congruente**

El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, supone la necesidad de una decisión motivada conforme a las normas de derecho (*secundum legem*), congruente y no errónea.

Bajo esta perspectiva, debemos adminicular la tutela judicial efectiva, bajo este vértice, con el derecho a obtener una decisión justa, establecido en el artículo 257 de la Constitución Nacional, lo que significa que, siguiendo al procesalista Michele Taruffo, “*la justicia de la decisión asume la forma de un algoritmo que comprende y vincula tres órdenes de valores*”<sup>34</sup>, a saber, son: (a) la elección y la interpretación correcta de la regla jurídica aplicable al caso; (b) la comprobación verdadera de los hechos de la causa; (c) la sustanciación de un procedimiento justo<sup>35</sup>.

Incluso, a los fines del tratamiento la motivación y la congruencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que se trata de un verdadera y “debida garantía”, que se inserta en el debido proceso, junto con los derechos de acceso a la justicia y al derecho de conocer la verdad que tienen los familiares de víctimas de violación de derechos humanos<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> En todo caso, puede consultarse, entre otros, Rafael Ortiz Ortiz, *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos* (Caracas: Editorial Frónesis, 2004); Manuel Serra Domínguez, *Jurisdicción, Acción y Proceso* (Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2008).

<sup>34</sup> Michele Taruffo, *Hacia una decisión justa* (Lima: Zela Grupo Editorial / Editorial Ceji, 2020), 509, en el contexto del Capítulo XXVI: Ideas para una teoría de la decisión justa.

<sup>35</sup> Taruffo, *Hacia...*, 510.

<sup>36</sup> CrIDH, de 25 de marzo de 2017. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Párr. 133.

**Bernardo Pisani Ruiz**

Bajo esta consideración, la Corte estableció que la motivación de la sentencia tiende a la protección de los justiciables a ser juzgados por las razones que el Derecho consagra, y además, esta vez como aspecto democrático, otorga credibilidad a las decisiones<sup>37</sup>.

Incluso, el contenido de la motivación de la sentencia puede ser más o menos exigente en función de la categoría de derecho bajo análisis; en efecto, este deber de motivación llega a ser más exigente cuando se trata de decisiones que establecen la privación de libertad de la persona<sup>38</sup>, pero ello no debe constituir un impedimento para que se mantenga la obligación de motivación en decisiones judiciales, bien en el enjuiciamiento de otros derechos, o en el contexto de recursos procesales.

En fin, ese deber de motivación de la sentencia es exigible, en su tratamiento como derecho humano, en mayor o menor grado, en cualquier tipo de decisión judicial.

En cuanto a la congruencia, también denominada como coherencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alude a la necesidad de correspondencia entre la acusación y la sentencia, sin que se modifiquen los elementos fácticos o calificación jurídica de los hechos<sup>39</sup>.

### **(iii) el derecho al recurso**

En el contexto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Supremo de Justicia ha tenido criterios divergentes en cuanto a la consideración del derecho al recurso como un elemento inherente al referido derecho a la tutela judicial efectiva, pues, en algunos casos se ha calificado al recurso procesal como un derecho exclusivo del debido proceso y de defensa, y en otros casos, se ha establecido como un derecho de configuración legal, susceptible de entrar o no en el bloque de la constitucionalidad, en función si la norma de rango legal admite o no el recurso de apelación para el específico proceso.

---

<sup>37</sup> CrIDH, de 5 de agosto de 2008, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, párr. 77. CrIDH, de 1 de septiembre de 2011, Caso López Mendoza vs. Venezuela, párr. 141. CrIDH, de 29 de febrero de 2016, Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. párr. 248.

<sup>38</sup> CrIDH, de 29 de mayo de 2014, Caso Norín Catrimán y Otros (dirigentes, miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile), párr. 340.

<sup>39</sup> CrIDH, de 20 de junio de 2005, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, párr. 74.

**Bernardo Pisani Ruiz**

Aun cuando antes aceptamos que lo importante es considerar que el derecho al recurso tiene rango constitucional, no sobra decir que su inclusión en la tutela judicial efectiva, o bien en el debido proceso<sup>40</sup>, podría llevar a soluciones distintas.

Si incluimos el derecho al recurso dentro del debido proceso, debemos atender necesariamente a lo establecido en el artículo 49.1 de la Constitución Nacional, que al efecto establece:

**“Artículo 49.** El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley (...)”

La norma antes transcrita viene a considerar el “derecho a recurrir” solo en el contexto del proceso penal, pues, de acuerdo a su interpretación literal, una persona declarada culpable, sólo podría concebirse en un proceso que suponga una sanción, cualquiera que ella sea, y nunca haría referencia a una condenatoria en la cual una de las partes queda obligada, por mandato judicial, a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer a favor de otra persona (no penal).

Podemos también considerar que el derecho al recurso (de apelación) se encuentra incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 26 constitucional. A la luz de este criterio, este derecho, de contenido amplísimo, constituye el pilar fundamental del derecho a los recursos judiciales, y dado su espectro de interpretación, dentro del mismo se encuentran los siguientes elementos:

---

<sup>40</sup> Sobre el derecho al debido proceso, puede consultarse, además de las obras antes referidas de los profesores Joan Pico I Junoy y Humberto E. T. Bello Tabares, también la de Iñaki Esparza Leibar, *El Principio del Proceso Debido* (Barcelona, España: J. M. Bosch, 1995), 164.

**Bernardo Pisani Ruiz**

- Supone una interpretación amplia de la norma constitucional y una flexibilidad del legislador en su regulación; esta premisa evidencia la reducida maniobra que tendría el legislador para su limitación, y en todo caso corresponde al intérprete marcar la dirección o camino hacia una consagración amplia de los recursos;
- Tratándose de un derecho de contenido amplio, sus principios<sup>41</sup> básicos son aplicables a todos los recursos, sin que pueda considerarse limitado únicamente al recurso de apelación. Tal premisa supone que el derecho al recurso no implica sólo una garantía de la doble instancia o doble grado de jurisdicción, aunque sea tal recurso de apelación el más frecuente. La vulneración de las normas relativas a cualquier recurso constituye una vulneración de un derecho constitucional, y frente a ello obran las garantías constitucionales procesales.
- Por efecto del principio dispositivo<sup>42</sup>, es aplicable el también principio de prohibición de *reformatio in peius*, como una limitación del juzgador, en la labor de *revisión* del fallo, de empeorar la situación procesal y material del único recurrente, como una manera de no penalizar al recurrente por la interposición del recurso, y evitar así un desestímulo procesal hacia los recursos.

#### **(iv) derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales**

El derecho a la efectiva de las resoluciones judiciales, como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, comporta:

---

<sup>41</sup> Para un análisis exhaustivo de los principios en general, puede consultarse Margarita Beladiez Rojo, *Los Principios Jurídicos* (Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 2010); Jorge W. Peyrano, *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978).

<sup>42</sup> Cuyo fundamento constitucional puede encontrarse en el derecho de propiedad. Si bien es cierto que la doctrina no ha reconocido tal fundamento constitucional, es factible llevar a tal conclusión desde que las partes tienen la posibilidad de disponer del proceso; para el demandante mediante su decisión de interponer o no la demanda para la defensa de su derecho; para el demandado, por su voluntad de resistir el derecho reclamado, o bien allanarse al mismo; e inclusive en el curso de proceso, las partes pueden poner fin al mismo mediante el uso de los medios de autocomposición procesal. Para un análisis del principio dispositivo, puede consultarse José Luis Blanco Gómez, *Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibañez, 1994), 44, en el que afirma que “... durante el curso del proceso las partes pueden desistir de las pretensiones, transigir la litis o el demandado allanarse al libelo del demandante, eventos estos que caen bajo el dominio de la disposición del derecho, con directas repercusiones en el proceso”

**Bernardo Pisani Ruiz**

- la inmodificabilidad del fallo, aplicándose así la eficacia de la cosa juzgada<sup>43</sup>, lo cual no es un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar la efectividad de la tutela judicial, pues la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme.

- la posibilidad de practicar medidas cautelares o preventivas, del más amplio contenido, para garantizar la efectividad y ejecución de la sentencia definitivamente firme, y no quede ilusoria la ejecución del fallo. La posibilidad de practicar medidas cautelares involucra el cumplimiento de los requisitos: (i) *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho; (ii) *periculum in mora*, o peligro en la demora por la sustanciación del procedimiento y su correlativo transcurso del tiempo; (iii) *periculum in damni*, o peligro de daño, que resulta aplicable a las medidas cautelares atípicas.<sup>44</sup>

- la práctica o materialización del fallo, con límites de razonabilidad y proporcionalidad, pero que comporte, en todo caso, la efectiva ejecución voluntaria, y en su defecto, forzosa de la sentencia.

### **III. LOS DERECHOS PROCESALES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos la consagración de derechos procesales, en sus artículos 8, denominado “Garantías Judiciales”, y 25, denominado “Protección Judicial”. Tales derechos siendo dinámicos y transversales, al permitir la ejecución de otros derechos, para su análisis importa tomar en cuenta las siguientes características:

---

<sup>43</sup> Sobre la cosa juzgada, puede consultarse un estudio completo de Jordi Nieva Fenoll, *La Cosa Juzgada* (Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2006); Andrés De la Oliva Santos, *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil* (Navarra: Civitas, 2005).

<sup>44</sup> Para una revisión de las principales características de las medidas cautelares, tenemos, Francisco Ramos Romeu, *Las Medidas Cautelares Civiles, Análisis Jurídico-Económico* (Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2006).

**Bernardo Pisani Ruiz**

- (i) Se trata de derechos transversales<sup>45</sup>, que se dinamizan como instrumentos de materialización de todos los demás derechos, tratándose de derechos humanos, así como derechos constitucionales, legales, reglamentarios o contractuales.
- (ii) Son consagrados, a su vez, como derechos humanos; es decir, al mismo tiempo que tienden a la protección de otros derechos, por sí mismos, deben interpretarse y aplicarse como un derecho humano.
- (iii) Su ámbito de aplicación no está limitado a los procesos penales, sino a toda instancia en que se ventilen procesos jurisdiccionales<sup>46</sup>, de forma tal que tales derechos pueden aplicarse ante otros órganos, distintos a los del Poder Judicial, como por ejemplo los procedimientos administrativos de contenido jurisdiccional, dentro de la Administración Pública<sup>47</sup>.
- (iv) En el seno de los procesos judiciales de contenido jurisdiccional, tales derechos son aplicables a todas las materias, tanto penal, como civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter<sup>48</sup>.

A continuación, analizaremos de forma general los criterios que han sido insertados en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en torno a los derechos procesales en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, comoquiera que la presente investigación se inscribe en el análisis de tres de los cuatro aspectos o

---

<sup>45</sup> Aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos limita la transversalidad al principio de efectividad (*effét utile*) que se predica del recurso judicial regulado en el artículo 25, conforme a OC-8/87, párrs. 33-34, y en decisión *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, 2015, párr. 231, considero que esa transversalidad es extensible para la protección de todos los derechos de contenido sustantivo.

<sup>46</sup> CrIDH, de 10 de julio de 2007, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, párr. 133. CrIDH, de 27 de noviembre de 2013, Caso J. vs. Perú, 2013, párr. 182. CrIDH, de 5 de octubre de 2015, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, párr. 152.

<sup>47</sup> CrIDH, de 2 de febrero de 2001, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 124. CrIDH, de 3 de mayo de 2016, Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala, párr. 71. Por ejemplo, en procedimientos administrativos que resuelven conflictos en el ámbito de la Administración Pública, tales como en materia de protección al consumidor, en materia de arrendamientos inmobiliarios, en materia laboral en casos de reenganches y solicitud de autorización de despido, en materia de libre competencia, en materia de propiedad intelectual, entre otros. Incluso, tales derechos resultan aplicables en el ámbito de procesos de investigación penal, anteriores o concomitantes al proceso judicial penal, como la investigación penal a cargo del Ministerio Público.

<sup>48</sup> CrIDH, de 28 de agosto de 2013, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párrs. 69-70. CrIDH, de 8 de marzo de 1998, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 149. CrIDH, de 31 de mayo de 2001, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. 2001, párrs. 69-71. CrIDH, de 24 de octubre de 2012, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párr. 157

**Bernardo Pisani Ruiz**

derechos de adscripción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución Nacional de Venezuela (excluimos por razones de espacio, el derecho a la sentencia motivada y congruente), en lo atinente a su consagración en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de tales derechos de adscripción.

#### **- Artículo 8, sobre las garantías judiciales<sup>49</sup>**

El artículo 8, sobre las garantías judiciales, en general establece los lineamientos del debido proceso legal y el derecho de acceso a la justicia.

En atención a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso supone: “(i) un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo, y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa”<sup>50</sup>.

Las garantías generales, en el marco de las “garantías judiciales” consagradas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tenemos:

A- El derecho a ser oído en el proceso, que comporta a su vez, un ámbito formal o procesal del derecho (“asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales [tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba]”, y un ámbito material del derecho (“el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”).<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Hemos seguido como referencia los comentarios de Ibáñez Rivas, Juana María, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Berlín, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2019), 256-322.

<sup>50</sup> CrIDH. Opinión Consultiva OC-21/14, 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. párr. 109. CrIDH, de 5 de octubre de 2015, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, párr. 151.

<sup>51</sup> CrIDH, de 13 de octubre de 2011. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, párr. 122. CrIDH, de 8 de octubre de 2015, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, párr. 237.

**Bernardo Pisani Ruiz**

B- El derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, lo que, en el marco del debido proceso, admite su análisis en diversos compartimientos: (a) derecho a un debido proceso *ante un juez o tribunal competente*; (b) derecho a un debido proceso *ante un juez o tribunal independiente*; (c) derecho a un debido proceso *ante un juez o tribunal imparcial*.

C- El derecho a que el juez o tribunal decidan los casos sometidos a su consideración en un plazo razonable, respecto del cual la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sentado su criterio en cuanto que la determinación de la razonabilidad del plazo está sujeta a los siguientes factores: 1) la complejidad del asunto; 2) la actividad procesal del interesado; 3) la conducta de las autoridades judiciales, y 4) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo<sup>52</sup>.

Por su parte, tratándose de un criterio relativo, para determinar la razonabilidad del plazo se deberá tener en cuenta la duración de la sustanciación del procedimiento, “*desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitivamente firme, con lo cual se agota la jurisdicción*”<sup>53</sup>

D- El deber de motivar las resoluciones en un proceso, en cuyo caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha enfocado en la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión<sup>54</sup>. Pienso que, desde el ámbito procesal y político, tal interpretación podría ser insuficiente, pues este deber de motivación tiene un mayor alcance, al punto que dicha justificación de la sentencia debe cumplir con parámetros mínimos, que no solo permitan la justificación de los motivos de la decisión, sino la correcta

---

<sup>52</sup> CrIDH, de 27 de noviembre de 2008, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, párr. 155. CrIDH, de 22 de junio de 2016, Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú, párr. 238.

<sup>53</sup> CrIDH, de 12 de noviembre de 1997, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador., párr. 71. CrIDH, de 23 de noviembre de 2015, Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú, párr. 176, citado en los comentarios al artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, por Ibáñez Rivas, 2019, 281. En esta interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se incluye como parte del proceso jurisdiccional, lo relativo a la fase de ejecución, de forma que la efectividad del fallo no se incorpora dentro de este compartimiento, sino que, como se verá más adelante, tiene su propia autonomía en otro derecho de adscripción.

<sup>54</sup> CrIDH, de 17 de noviembre de 2015, Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador, párr. 151.



**Bernardo Pisani Ruiz**

interpretación y aplicación de la norma jurídica, para un adecuado control y escrutinio de la decisión por parte de la sociedad<sup>55</sup>.

E- El derecho a la defensa, con un contenido amplísimo, que supone, como mínimo, que el “*justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*”<sup>56</sup>

Luego, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un conjunto de garantías mínimas, que presuponen la aplicación de las anteriores garantías generales. En este caso, tales garantías mínimas del proceso son:

a- El derecho a la presunción de inocencia

b- El derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal

c- El derecho del inculpado a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada.

d- El derecho del inculpado a que se le conceda tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

e- El derecho del inculpado a defenderse personalmente, ser asistido por un defensor de su elección, y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

f- El derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

---

<sup>55</sup> En cuanto al deber de motivación, resulta muy ilustrativa la obra de Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* (Madrid: Editorial Trotta, 2011), así como los numerosos artículos publicados por el referido autor, que en definitiva tienden a establecer las herramientas y los mecanismos adecuados para la obtención de una decisión justa, en el ámbito judicial.

<sup>56</sup> CrIDH OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrs. 117 y 119. CrIDH, de 21 de junio de 2002, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, párr. 146

**Bernardo Pisani Ruiz**

g- El derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos

h- El derecho a no ser obligado a declararse contra sí mismo ni a declararse culpable.

i- El derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que *“la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados”*<sup>57</sup>

A su vez, dicho derecho al recurso involucra que el recurso sea: (1) sencillo y ordinario; (2) accesible; (3) eficaz; (4) que permita un examen o revisión integral del fallo; (5) al alcance de toda persona que haya resultado condenada; (5) que respete las garantías procesales mínimas.

Por su parte, en el contexto de las garantías judiciales, además de las garantías generales y mínimas antes analizadas, se incluye además el derecho a no ser coaccionado para obtener una confesión; el derecho del inculcado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (principio de *ne bis in idem* o de cosa juzgada material) y el derecho a un proceso público.

#### **- Artículo 25, sobre la protección judicial<sup>58</sup>**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos supone un ámbito de aplicación tan amplio como el artículo 8, en cuanto a procesos se refiere (administrativos y judiciales de toda índole), no obstante que se inscribe en las garantías judiciales), el artículo 25 comprende

---

<sup>57</sup> CrIDH, de 23 de noviembre de 2012, Caso Mohamed vs. Argentina, párr. 119.

<sup>58</sup> He utilizado como referencia los comentarios de Ibáñez Rivas, 2019, 736-800

**Bernardo Pisani Ruiz**

el derecho de acceso “*obligación estatal de garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia para hacer valer sus derechos*”<sup>59</sup>.

En lo que concierne a nuestro ámbito de investigación, nos interesa el artículo 8 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto que regula el derecho a un recurso efectivo respecto de todo proceso, con el objeto de que, de forma rápida y sencilla, se proteja a la persona contra actos que violen derechos fundamentales.

No obstante que algunos criterios interpretativos del artículo 25 de la Convención, han mencionado que dicha norma solo resulta aplicable ante la violación de derechos humanos, pienso, tal como la propia Corte así también lo ha establecido, que dicha norma se materializa en todos los procesos, penales o civiles, de forma tal que su ámbito se extiende también a todas las fases del proceso, y concretamente me interesa resaltar que dicho artículo comprende el compromiso de garantizar el cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente un recurso o acción, esto es, específicamente, el derecho a la ejecución de la sentencia.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en cuanto que “*el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo*”, en el entendido que “*el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento*”<sup>60</sup>, y al mismo tiempo, la ejecución del fallo debe ser “*completa, perfecta, integral y sin demora*”<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> CrIDH, de 27 de noviembre de 1997, Caso Loayza Tamayo vs. Perú., párr. 169. CrIDH, de 27 de noviembre de 1998, Caso Castillo Páez vs. Perú, párr. 106. CrIDH, de 22 de enero de 1999, Caso Blake vs. Guatemala, párr. 61.

<sup>60</sup> CrIDH, de 19 de septiembre de 2006, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. párr. 137. CrIDH, de 06 de agosto de 2008, Caso Castañeda Gutman vs. México, párr. 78.

<sup>61</sup> CrIDH, de 7 de febrero de 2006, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, párr. 225.

#### **IV. EL EXAMEN DE LOS CRITERIOS DE LA SC-TSJ SOBRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU CONFRONTACIÓN CON LOS DERECHOS PROCESALES CONVENCIONALES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

Como ya anuncié, la presente investigación tiene sus contornos, que por demás son amplios, en el examen de la interpretación de la SC-TSJ de algunos de los contenidos del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, bajo la noción de un Derecho Constitucional Procesal, y su confrontación con los criterios establecidos en el ordenamiento internacional de los derechos humanos en el ámbito interamericano (concretamente los derechos procesales convencionales incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En razón de lo anterior, analizaré algunas decisiones de la SC-TSJ del Tribunal Supremo de Justicia que se refieren a la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva, y las contrastaremos, a modo de control de la convencionalidad, con la interpretación que ha sido establecida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

##### **(i) El derecho de acceso y sus restricciones**

En la primera manifestación de la tutela judicial efectiva, es decir, en materia de *acceso a los órganos de administración de justicia*, nos encontramos con la SSC 1063/2014, del 5 de agosto de 2014, caso Alcaldía del Municipio Autónomo Acevedo del Estado Miranda<sup>62</sup>, en la cual la SC-TSJ estableció, con carácter vinculante, que “*el numeral 9, del artículo 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece una condición para el trámite de los recursos contenciosos administrativos de nulidad y no para su admisión, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, el principio pro actione, consagrados en el artículo 26 y 257 de la Constitución*”, lo cual, dando al traste con la inconstitucionalidad del principio de *solve et repete*, como figura que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>63</sup>, simplemente, en esta decisión se estableció que el cumplimiento o

---

<sup>62</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/167800-1063-5814-2014-13-0669.HTML>. Acceso el 28 de agosto de 2021.

<sup>63</sup> Por cierto, tal inconstitucionalidad del principio *solve et repete* fue declarada por la Sala Constitucional (SSC 987/2007, de 28 de mayo de 2007, caso Cantv, puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/987-280507-07-0283.HTM>) y acogida por la Sala de Casación

**Bernardo Pisani Ruiz**

ejecución de la orden de reenganche por el patrono, no es un requisito para la interposición y admisión de la demanda de nulidad interpuesta contra la Providencia Administrativa de la Inspectoría del Trabajo que haya ordenado el reenganche, más sí para la sustanciación del procedimiento judicial se requiere que el patrono haya cumplido con dicha prestación de reenganche.

Es decir, la referida decisión permite que el patrono pueda demandar la nulidad, pero se paraliza el procedimiento judicial hasta tanto no se haya cumplido la prestación.

Los puntos esgrimidos por la SC-TSJ para “flexibilizar” la norma legal que impone el cumplimiento previo de la decisión administrativa, antes de la interposición del recurso o demanda de nulidad, se fundamenta en *“el resguardo de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala, en aras de garantizar la supremacía y efectividad de normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación, y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 335 Constitucional”*.

Desafortunadamente, la reinterpretación de la norma legal que hace la SC-TSJ<sup>64</sup> no incluye una argumentación coherente con el propio derecho de acceso, sino que simplemente enuncia (sin mayor explicación) otros derechos constitucionales, tales como el debido proceso, la defensa, la igualdad, la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, para concluir que el justiciable ahora sí tendría el derecho de presentar la demanda, a los solos efectos de evitar la caducidad, pero se le impide la sustanciación del proceso, desatendiendo la interpretación que sobre las garantías judiciales, y concretamente, en el contexto del debido proceso, hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la interpretación y aplicación de los artículos 8 y 25 de la Convención.

---

Social (SSCS 108/2015, de 12 de marzo de 2015, caso Textilana, S.A., puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/175358-0108-12315-2015-14-1326.HTML>). Acceso el 10 de septiembre de 2021.

<sup>64</sup> Por demás, actuando inconstitucionalmente como legislador positivo.

**Bernardo Pisani Ruiz**

En este sentido, el artículo 25 de la Convención establece el derecho de acceso a la justicia y, por ende, la correspondiente obligación estatal de garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia para hacer valer sus derechos<sup>65</sup>. Bajo esta misma premisa, no basta con que los recursos, demandas o acciones estén previstos por la Constitución o la ley o con que sean “formalmente” admisibles, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del artículo 25 de la Convención<sup>66</sup>.

Lo anterior supone la inexistencia de un recurso efectivo, y por tanto una “*norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, [lo que] constituye una transgresión de la Convención*”<sup>67</sup>.

No obstante ello, cabe destacar lo señalado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, en cuanto a que “*los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos*”, sea de carácter judicial o de cualquier otra índole, “[*p*]or razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y [*para*] la efectiva protección de los derechos de las personas”.

De esta manera, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha considerado que si bien [lo]s recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado<sup>68</sup>.

Po ello, los presupuestos requisitos de admisibilidad de los recursos o acciones ante los órganos jurisdiccionales no pueden tender a evitar la sustanciación del proceso respectivo,

---

<sup>65</sup> Ibáñez Rivas, 2019, 744.

<sup>66</sup> Ibáñez Rivas, 2019, 748.

<sup>67</sup> CrIDH, de 28 de noviembre de 2002, Caso Cantos vs. Argentina, párr. 52. CrIDH, de 25 de noviembre de 2015, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, párr. 237, también citado por Ibáñez Rivas, 2019, 748.

<sup>68</sup> Ibáñez Rivas, 2019, 749.

**Bernardo Pisani Ruiz**

pues de plano el establecimiento por vía legal de la necesidad de cumplimiento del acto administrativo o condena establecida, de por sí es inconstitucional; sin embargo, esa condición de cumplimiento de la decisión administrativa o de la condena como presupuesto para la sustanciación del proceso de que se trate, deriva en la misma conclusión de obstaculización al acceso al proceso, e impide que pueda decidirse el asunto controvertido.

En razón de lo anterior, la limitación establecida por la SC-TSJ, y cuyas premisas se extienden a otras situaciones<sup>69</sup>, con relación a la sustanciación del proceso judicial condicionada al cumplimiento de una prestación, o bien al cumplimiento de un específico trámite, determina, a simple vista, una vulneración de las garantías judiciales, y concretamente el acceso a los órganos de administración de justicia, y el derecho a obtener una sentencia que se pronuncie sobre el fondo controvertido, establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **(ii) El derecho a una sentencia fundada en derecho, motivada y congruente**

En el marco del derecho a una sentencia motivada y congruente, la SC-TSJ ha mantenido el criterio, al menos teóricamente, de la necesidad de la motivación y la congruencia de la sentencia. En efecto, en SSC-TSJ, No. 1219, de 16 de enero de 2013, con

---

<sup>69</sup> Por ejemplo, en materia de arrendamientos inmobiliarios de viviendas, concretamente en el artículo 94 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda (G.O. núm. 6.503 extraordinario, de 12 de noviembre de 2012), se establece la necesidad de agotar un procedimiento administrativo previo de carácter conciliatorio ante la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, cuando el arrendador pretenda la tramitación de “... una demanda de desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, reintegro de sobrealquileres, preferencia ofertiva, retracto legal arrendaticio y demás acciones derivadas de relaciones arrendaticias sobre inmuebles destinados a vivienda, así como a todo proceso en el cual pudiera resultar una decisión judicial cuya práctica comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda, habitación o pensión ...”. En la práctica resulta inoperante este requisito, pues la posibilidad de cumplir el procedimiento administrativo previo, de carácter conciliatorio, está sujeto a un conjunto de exigencias formales por parte del órgano administrativo, más allá de que ese mismo trámite conciliatorio (*rectius*: de mediación) se cumple en sede judicial, al inicio del proceso judicial, conforme lo establece el artículo 103 de dicha Ley. Aunado a ello, la norma constitucional no establece una excepción expresa que admita la posibilidad de establecer obstáculos para el acceso al proceso judicial. Igual consideración debe ser realizada respecto de cualquier otra previsión legal que establezca la necesidad de agotar trámites, previo a la presentación de demandas judiciales, sin que para ello valgan argumentos a favor del orden público, o de las prerrogativas de la Administración Pública, más aun cuando en la práctica se evidencia su falta de efectividad, e incluso constituye un atasco que desestimula las reclamaciones de tal naturaleza.

**Bernardo Pisani Ruiz**

relación a la motivación y la congruencia, aunque sin hacer alusión a su eficacia dentro de la tutela judicial efectiva, estableció lo siguiente:

“Es criterio reiterado de esta Sala Constitucional (Vid. sentencias N° 1222/06.07.2001; N° 324/09.03.2004; N° 891/13.05.2004; N° 2629/18.11.2004, entre otras), que los requisitos intrínsecos de la sentencia, que indica el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, tales como la motivación y la congruencia, son de estricto orden público, lo cual es aplicable a cualquier área del derecho y para todos los Tribunales de la República...”

Ciertamente la tutela judicial efectiva, establece sin distinción alguna, la necesidad de la motivación y congruencia de la sentencia, no solo por tratarse de un requisito de orden público, sino que además nos encontramos ante la aplicación de un derecho humano. Ahora bien, de segundas a lo referido en la SSC-TSJ, antes mencionada, se estableció:

“... salvo el caso de las sentencias de revisión constitucional dictadas por esta Sala y aquellas que declaran inadmisibles el control de legalidad que expide la Sala de Casación Social, en las que, por su particular naturaleza, tales requisitos no se exigen de manera irrestricta u obligatoria.”

Pues bien, la tutela judicial efectiva no establece ningún tipo de excepción en cuanto a la tipología de proceso ni de decisiones; simplemente se establece la necesidad de una decisión congruente y motivada, a lo cual, con independencia de lo establecido por el legislador, debe cumplirse.

A estos efectos, debe tomarse en cuenta que la Sala Constitucional ha concebido el recurso o solicitud de revisión constitucional como una mera facultad discrecional que puede ejercer la sala a solicitud de parte o de oficio, para “*preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, que permite -en forma restringida y extraordinaria- quebrantar, fundada y discrecionalmente la garantía de la cosa juzgada*”<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> SSC-TSJ N° 348/2018, de 11 de mayo de 2018. Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211104-0348-11518-2018-15-1208.HTML>. Acceso el 10 de septiembre de 2021.



**Bernardo Pisani Ruiz**

Con base en tal fin, y sobre la base de una supuesta consagración constitucional<sup>71</sup>, entonces, mediante diversas decisiones primero<sup>72</sup>, y luego por vía de ley<sup>73</sup>, fue regulada la revisión constitucional como una potestad de la SC-TSJ para revisar, anular o modificar decisiones judiciales de cualquier otro Tribunal de la República, incluyendo otras Salas del TSJ, que hayan quedado firmes, pero que en su contenido haya sido vulnerada una norma constitucional. Incluso, a estos fines, la propia SC-TSJ amplió dicha potestad, estableciendo supuestos para declarar la procedencia de solicitudes de revisión constitucional, en casos de desconocimiento absoluto de algún precedente dictado por la SC-TSJ, o se verifique la indebida aplicación de una norma constitucional o un error grotesco en su interpretación.<sup>74</sup>

Luego, tenemos el artículo 178 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo<sup>75</sup> que, en su parte pertinente, establece:

*“... La declaración de inadmisibilidad del recurso se hará constar en forma escrita por auto del Tribunal, sin necesidad de motivar su decisión...”*

En este caso, se excluye de forma expresa la necesidad de la motivación de una sentencia, con lo cual, se vulnera no solo la tutela judicial efectiva, en su consagración constitucional, sino que además se desatiende la obligación internacional en materia de derechos humanos con relación a la necesidad de que las decisiones judiciales deban ser motivadas.

Una vez más, debo resaltar que la mayor o menor extensión en la motivación va a depender de la naturaleza de acto jurisdiccional, que permite una justificación del criterio que se impone producto dicho acto, así como para explicitar las razones que conllevaron al

---

<sup>71</sup> Digo supuesta “consagración constitucional”, por cuanto a la letra del numeral 10 del artículo 336 de la Constitución Nacional, tal revisión solo es admisible en el contexto de decisiones firmes en materia de amparo constitucional o del ejercicio de control

<sup>72</sup> SSC-TSJ 44/2000, de 2 de marzo de 2000, caso: Francia Josefina Rondón Astor. Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/044,%2000-0097,%20020300.HTM>. Acceso el 10 de septiembre de 2021. SSC-TSJ 2957/2004, de 14 de diciembre de 2004, caso Margarita de Jesús Ramírez. Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/2957-141204-03-2165.HTM>. Acceso el 10 de septiembre de 2021

<sup>73</sup> Actualmente, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, G.O. núm. 39.522, de 1 de octubre de 2010.

<sup>74</sup> SSC-TSJ 348/2018, de 11 de mayo de 2018

<sup>75</sup> G.O. núm. 37.504, de 13 de agosto de 2002.

**Bernardo Pisani Ruiz**

juzgador a adoptar una específica decisión<sup>76</sup>. No obstante ello, siempre debe haber motivación (aunque sea escasa, lo cual podría generar, eventualmente, algún vicio en la sentencia por la exigüidad de la motivación).

Pues bien, la convalidación de la SC-STJ con relación a la exclusión de motivación de ciertos actos judiciales es contraria, no solo a la tutela judicial efectiva, sino también en el orden internacional.

### **(iii) El derecho al recurso**

La SC-TSJ, en sentencia No. 328, del 9 de marzo de 2001, *caso Giovanni Selvaggio Spadafino*, consideró el derecho a la doble instancia como un derecho de rango constitucional, a la luz de su consagración como derecho humano fundamental, en los siguientes términos:

“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declaró que los tratados, pactos y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, razón por la cual los mismos, “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (artículo 23).

De tal modo, que nuestro Texto Constitucional, además de referir los principios fundamentales y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, consolida el respeto a los derechos esenciales del hombre, inspirado en el valor de la solidaridad humana, esto es, los derechos humanos, ampliando su régimen de protección al consagrarlos como derechos constitucionales.

En este contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (G.O. No. 31.256 de fecha 14-06-77), en su artículo 8, numerales 1 y 2, establece lo siguiente:

“1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter... (omissis).

---

<sup>76</sup> Tal situación la podemos observar, por ejemplo, en materia civil, en autos de admisión de la demanda, de proveimiento (admisión) de pruebas, decisiones con relación a medidas cautelares, entre otros.

Asimismo, establece dicho artículo en su literal h), el derecho que, en plena igualdad y durante el proceso, tiene toda persona “a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”.

(...)

En este contexto, la Sala precisa, que conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, todo juicio debe ser llevado ante un tribunal de instancia, cuyo fallo pueda contar con una instancia revisora superior (principio de la doble instancia)”<sup>77</sup>

La consagración del derecho a la doble instancia aparece sin limitación alguna, y se dispone que toda norma, bien sea preconstitucional o postconstitucional debe contener la posibilidad de revisión del fallo por un Tribunal de superior jerarquía.

Luego del transcurso de 7 meses, mediante sentencia No. 1897, del 9 de octubre de 2001, *caso José Manuel De Sousa*<sup>78</sup>, la SC-TSJ flexibilizó su criterio en cuanto a la doble instancia, y al efecto estableció una interpretación, que contrasta con el régimen legal ordinario de admisibilidad del recurso de apelación (previsto en los artículos 288, 289, 290 y 291 del Código de Procedimiento Civil). En efecto, estableció lo siguiente:

“(...) tanto la solicitud constitucional como la sentencia dictada en primera instancia constitucional, parten de la idea de que de conformidad con el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil, en aquellos procedimientos breves en los cuales la cuantía sea menor de cinco mil Bolívares, no existe el recurso de apelación. Este argumento es expuesto explícitamente en la pretensión de amparo y tácitamente en la sentencia apelada, cuando, para declarar sin lugar la acción constitucional, examina la cuantía del proceso donde fue dictada la sentencia, como justificación de la revisión realizada en segunda instancia. Pero, en ambos casos, se parte de un error de interpretación, con el cual se desconoce el principio de la doble instancia, por las siguientes razones:

El artículo 891 del Código de Procedimiento Civil indica lo siguiente:

“... De la sentencia se oirá apelación en ambos efectos si ésta se propone dentro de los tres días siguientes y la cuantía del asunto fuere mayor de cinco mil bolívares...”.

---

<sup>77</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/328-090301-00-2530.HTM>. Acceso el 10 de septiembre de 2021.

<sup>78</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1897-091001-00-2940.HTM>. Acceso el 10 de septiembre de 2021.

**Bernardo Pisani Ruiz**

No se puede inferir del texto del artículo precedentemente transcrito, que se niegue la posibilidad de apelar de las sentencias definitivas dictadas en los juicios cuya cuantía no excede de cinco mil bolívares. Sólo se infiere que para que la apelación pueda escucharse en dos efectos, es necesario que ocurran dos elementos en forma concurrente: que se realice en tiempo hábil y que el asunto tenga una cuantía mayor de cinco mil bolívares. En los procedimientos cuya cuantía sea menor, existe apelación, pero se tramita en un solo efecto, cuando ha sido propuesta dentro del término. Cualquier otra interpretación negaría el principio de la doble instancia, que es, como se indicó precedentemente, un principio constitucionalmente tutelado (...)

Tan sólo un año y medio después de la interpretación garantista que dio la SC-TSJ al derecho a la doble instancia, esta misma Sala, de manera sorpresiva, restringió en extremo dicho recurso, permitiendo que, a la luz de una norma preconstitucional, el legislador pudiera restringir el derecho al doble grado de jurisdicción. En efecto, en sentencia No. 2667, del 25 de octubre de 2002, *caso Eluzai Eduvigis Andarcia Robayok*<sup>79</sup>, la SC-TSJ estableció:

“Esta Sala juzga que el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela, debe ser entendido como el derecho a obtener una resolución a través de los procedimientos legalmente establecidos y conforme a las pretensiones formuladas por las partes. Pero el derecho a los recursos y al sistema legal impugnatorio, salvo en el proceso penal, no tiene vinculación constitucional. Por tanto, el legislador es libre de determinar su configuración, los supuestos en que procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización.

No obstante lo anterior, la Sala da cuenta de que en su decisión n° 328/2001 del 9 de marzo, a propósito de un recurso de revisión, se desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil al considerarse vulnerado el principio de la doble instancia, mas tal criterio sólo es válido en forma absoluta en materia penal, pues su fundamento es una norma de rango constitucional (artículo 8, numeral 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) conforme lo dispone el artículo 23 de la Constitución, pero en el caso de autos la regulación legal que impone restricciones a dicho principio hace posible la tutela judicial efectiva en los términos prescritos por ella.” (Subrayado nuestro)

---

<sup>79</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2667-251002-01-1777.HTM>. Acceso el 28 de agosto de 2021.

**Bernardo Pisani Ruiz**

El anterior criterio fue utilizado como fundamento en sentencias posteriores (por ejemplo, No. 694, del 9 de julio de 2010, *caso Eulalia Pérez González*<sup>80</sup>, y No. 299, del 17 de marzo de 2011, *caso Nancy Hermildes Colmenares Pernía contra Servicios Gerenciales de Occidente*<sup>81</sup>, ambas de la SC-TSJ), en las que se estableció una limitación al doble grado de jurisdicción o doble instancia en razón de que no existe una consagración constitucional expresa en el artículo 49.1, obviando cualquier otra interpretación garantista que podría devenir del derecho a la tutela judicial efectiva.

Aún más, en sentencia No. 1196, del 25 de julio de 2011, *caso Héctor Selma Contreras contra Belkis Horeyma Orejarena Becerra*<sup>82</sup>, la SC-TSJ, con el ánimo de despejar cualquier duda con relación a la negación del derecho a la doble instancia, realizó un recorrido histórico de los diversos criterios sobre tal derecho, y en los que reconoció la necesidad de “atemperar” la interpretación del derecho a la doble instancia, a fin de permitir al legislador un amplio margen de regulación del mismo. En efecto, en la sentencia antes mencionada, se concluyó:

“(…) Todo lo anterior supone, que si bien esta Sala, en anteriores oportunidades, consideró que el principio de la doble instancia comportaba una garantía constitucionalmente tutelada, tal criterio fue atemperado, en el sentido de que el derecho a recurrir del fallo constituía una garantía constitucional propia del proceso penal, pues así lo dispone el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa “toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley”; así como también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, según la cual, todo juicio debía ser llevado ante un tribunal de instancia, cuyo fallo pudiera contar con una instancia revisora superior (principio de la doble instancia).

De esta forma, quedó dictaminado que no devienen en inconstitucional, aquellas normas de procedimiento (distintos al ámbito penal) que dispongan que contra la sentencia definitiva, no cabe el recurso de apelación, pues la doble

---

<sup>80</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/694-9710-2010-10-0246.HTML>. Acceso el 21 de agosto de 2021.

<sup>81</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/299-17311-2011-10-0966.HTML>. Acceso el 05 de septiembre de 2021.

<sup>82</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1196-25711-2011-11-0481.HTML>. Acceso el 03 de septiembre de 2021.

instancia, no constituye una garantía constitucional, como si lo son la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

El derecho a la tutela judicial efectiva (como garantía constitucional) supone la facultad de acceder a la justicia, impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles); por su parte, el derecho al debido proceso que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, entre otros, no incluye dentro de sus componentes la doble instancia, pues ésta sólo tiene cabida, si la ley así lo contempla.

La circunstancia que determinados juicios se sustancien en una sola instancia, responde en algunos casos, como al que aquí se analiza, a la voluntad del legislador de descongestionar, dentro de lo posible, los tribunales de la República, para lo cual creó determinados procedimientos que, dependiendo de su cuantía, se sustancian en única instancia. (...)” (Subrayado nuestro)

Este criterio sobre la limitación de la doble instancia en los procesos judiciales no penales<sup>83</sup>, afortunadamente fue modificado en favor de la garantía de la doble instancia mediante sentencia No. 713 del 17 de junio de 2015, *caso Elías Tarbay Assad*<sup>84</sup>, en la que afirmó, con carácter vinculante, “*el criterio en relación a la integración de la norma contenida en el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil con los artículos 288 y 290 eiusdem, a los fines de establecer el recurso de apelación en ambos efectos de las causas tramitadas bajo el juicio breve cuya cuantía sea inferior a 500 unidades tributarias*”; debe destacarse que esta sentencia es dictada, como ya vimos, luego de una serie de decisiones de la SC-TSJ a partir del año 2000, según las cuales en un momento inicial amplió el derecho a la doble instancia a todos los procesos judiciales, luego de lo cual circunscribió dicho derecho exclusivamente al proceso judicial penal, para luego volver a extender el derecho a la doble instancia a todo proceso judicial, incluyendo el civil independientemente de su cuantía.

---

<sup>83</sup> Ha sido indiscutible el criterio de los tribunales en cuanto al derecho a la doble instancia en los procesos judiciales penales.

<sup>84</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178601-713-17615-2015-11-0559.HTML>. Acceso el 10 de septiembre de 2021.

**Bernardo Pisani Ruiz**

La justificación que ofrece la SC-TSJ en este sentido se apoya fundamentalmente, como debe ser lo propio, en el contexto de los derechos humanos, todo ello, como era previsible, sin hacer referencia a las bases del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

En efecto, la referida decisión estableció lo siguiente:

“La impugnabilidad de las decisiones judiciales constituye una circunstancia que sabiamente reconoce la falibilidad del ser humano, y que, por de ende, da lugar a la posibilidad de corrección de la misma, por parte de otro juzgador.

Tal posibilidad no es absoluta, pues también es necesaria la debida ponderación entre mayores grados de precisión en el acto de juzgar, por una parte, y, por otro, la celeridad procesal, es decir, una justicia oportuna que permita, además, atender los demás asuntos y conflictos sociales sometidos al conocimiento de la jurisdicción.

Por supuesto, los parámetros de distinción entre los supuestos entre los que se permita o no la posibilidad de recurrir de los fallos judiciales, deben estar fundados en los principios de realidad, utilidad, idoneidad, proporcionalidad, suficiencia y necesidad, entre otros, es decir, deben estar cimentados en circunstancias razonables y justificables para poder estar revestidas de la legitimidad necesaria que le permita su válida existencia en el mundo jurídico.

En razón de ello la recurribilidad ha sido estimada desde diversas ópticas jurídicas, entre otras: cómo una institución, un principio, un derecho, una garantía y un valor.

Así, desde cierta perspectiva, esa recurribilidad ha sido apreciada como un derecho humano que integra el debido proceso y, a su vez, una garantía constitucional que conforma esa expresión de la justicia y de la tutela judicial efectiva, como postulado cardinal de la jurisdicción.

Siendo así, debe indicarse que los derechos humanos son de interpretación extensiva y progresiva, esto significa que su apreciación debe ser amplia en aplicación del principio pro homine.

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho en materia de derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer y profundizar los derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones al

**Bernardo Pisani Ruiz**

ejercicio de los derechos o su suspensión, esto es la interpretación de la norma debe hacerse siempre a favor del hombre.”

Pues bien, si confrontamos esta decisión con los criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, así como en el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nos vamos a encontrar con un resultado similar al alcanzado por la SC-TSJ.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha desarrollado la tesis de que el derecho de recurrir el fallo es “*una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica*”, que “*procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho*”<sup>85</sup>

Pensamos que aun cuando la SC-TSJ no se apoyó en criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello no obsta para reconocer que perfectamente nos encontramos, en cuanto al derecho al recurso se refiere, en presencia de un derecho humano, y con ello, aplicar los criterios interpretativos previstos para las normas sobre derechos humanos.

Lo importante, además de la admisibilidad del recurso, es que él mismo sea sustanciado cumpliendo con los estándares propios de los derechos humanos, a saber, que se trate de un recurso sencillo y ordinario, accesible, eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo y que respete las garantías procesales mínimas, lo cual se puede evaluar en la práctica judicial. Esta evaluación merece una investigación, la cual escapa al alcance de estas líneas.

En definitiva, en el respectivo control de convencionalidad, consideramos que la SC-TSJ, habiendo retomado el criterio que inicialmente había sostenido en el año 2001, volvió al cauce correcto en lo que respecta a la tutela judicial efectiva, y muy concretamente el

---

<sup>85</sup> Ibáñez Rivas, *Convención...*, 305, quien a su vez cita las sentencias CrIDH, de 2 de julio de 2004, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrs. 158 y 161. CrIDH, de 23 de noviembre de 2012, Caso Mohamed vs. Argentina, párr. 97.



**Bernardo Pisani Ruiz**

derecho al recurso como un derecho humano, previsto para todos los procesos judiciales, en el orden penal, civil, laboral, tributario, etcétera.

#### **(iv) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales**

Por último, en orden a esta investigación, en su manifestación a la ejecución, como derecho de adscripción de la tutela judicial efectiva, tenemos la sentencia reciente de la SC-TSJ, No. 156, del 29 de octubre de 2020, *caso Yenelín Sofía Marín Ochoa*<sup>86</sup>, en la que se estableció con carácter vinculante “*la suspensión de las ejecuciones de desalojos de inmuebles destinados a vivienda así como de aquellos destinados a uso comercial, mientras persistan las circunstancias que dieron origen al Estado de Alarma establecido mediante Decreto Presidencial No. 4.160, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.519 Extraordinario del 13 de marzo de 2020, y sus sucesivas prórrogas, así como las que dieron lugar al Decreto N° 4.279, publicado en Gaceta Oficial 41.956 del 2 de septiembre 2020, y sus posibles prórrogas, cuando no se hubiere cumplido el procedimiento administrativo previo establecido para cada caso, de acuerdo a las previsiones establecidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda y el procedimiento administrativo establecido en el artículo 41 literal L y la Disposición Transitoria Tercera del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el uso Comercial*”; en otras palabras, se restringe el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de ejecución de sentencia, al supeditar o condicionar la ejecución de la sentencia al cumplimiento de un procedimiento previo, que no está legalmente para ello, y que en la práctica es de imposible cumplimiento.

La SC-TSJ no ofrece ni justifica razón alguna, en el marco de la limitación de derechos constitucionales, para restringir el derecho a la ejecución de una decisión judicial en el contexto de los arrendamientos inmobiliarios en materia de vivienda y de comercio, más que señalar y convalidar que mediante un Decreto Presidencial dictado en el contexto

---

<sup>86</sup> Puede consultarse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/310235-0156-291020-2020-20-0375.HTML>. Acceso el 10 de septiembre de 2021.

**Bernardo Pisani Ruiz**

de un estado de excepción de alarma, para atender la emergencia sanitaria del coronavirus, se suspendió el pago del canon de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de vivienda, luego de lo cual, sin ninguna coherencia argumentativa ni lógica, impone la necesidad de agotar un procedimiento administrativo para la ejecución de las decisiones en materia de arrendamientos inmobiliarios.

Ciertamente, en los casos de desalojos en materia de arrendamientos de viviendas ya se venía restringiendo el derecho a la ejecución de sentencias, e incluso prácticamente era y es imposible ejecutar una decisión que ordene la desocupación de una vivienda. En efecto, mediante sentencia No. 1213, del 3 de octubre de 2010, *caso Roberto Emilio Guarisma Uzcátegui*, se “armonizó” la previsión legal de agotamiento del procedimiento administrativo previo para la ejecución de sentencias en materia de arrendamientos de vivienda, sobre la base de que la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda debe pronunciarse expresamente sobre el desalojo, y en ausencia de dicho pronunciamiento administrativo en un lapso de cuatro meses, más una prórroga de dos meses<sup>87</sup>, queda “habilitada” la posibilidad del tribunal de ejecución para la práctica de todas las medidas judiciales necesarias para la materialización de la condena, que conllevaría al desalojo del inmueble.<sup>88</sup>

Pues bien, con independencia de las premisas que fuere argüidas para justificar el retraso en la ejecución de la sentencia, ya, de por sí, tal limitación para la ejecución de una sentencia resultaba contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues insistimos que no

---

<sup>87</sup> En aplicación del artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (G.O. núm. 2.818 Extraordinario, de 1 de julio de 1981)

<sup>88</sup> Excede el objeto de estas líneas, sin embargo, no puedo dejar de mencionar la indebida restricción que establece el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra el Desalojo y Desocupación Arbitraria de Viviendas (G.O. núm. 39.668, de fecha 6 de mayo de 2011), en cuanto a considerar “arbitrario” un desalojo de una vivienda, cuando es el mismo órgano judicial, que mediante un proceso legal plenario, y luego de agotada la fase recursiva, ha ordenado el desalojo de un inmueble destinado a vivienda. No se explica, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, cómo se puede considerar una actuación judicial que comporte la ejecución de una sentencia de “arbitraria”, si tanto la Constitución Nacional como la ley procesal, como correctamente corresponde, han habilitado al juez a ejecutar sus propias decisiones. Posiblemente consideraciones de otro orden sean esgrimidas para justificar el retraso en la ejecución, como por ejemplo “*conseguir un lugar de vivienda para el afectado antes de proceder a la ejecución forzosa*” (SCC-TSJ No. RC502, de 11 de noviembre de 2011), pero ello no obsta para calificar de arbitraria la actuación judicial, si no cumple con la previsión tendiente a retrasar el proceso, en el marco de la ejecución forzosa de una sentencia.

**Bernardo Pisani Ruiz**

deben existir limitaciones, de ninguna especie, ni mucho menos presupuestas en agotamientos de trámites administrativos, para que un Tribunal pueda ejecutar su decisión<sup>89</sup>.

Sin embargo, poco tiempo después, la SC-TSJ, en sentencia No. 1171, del 17 de agosto de 2015, *caso Asociación Civil “Movimiento de Inquilinos”*, suspendió con carácter general la ejecución forzosa de sentencias de desalojo “*hasta tanto el SUNAVI no haya proveído refugio o solución habitacional o se determine que el arrendatario tiene un lugar donde habitar*”, dejando en manos de un órgano administrativo, la posibilidad de ejecución de una sentencia judicial. En la práctica, devino en inoperante esta medida, de forma tal que hoy día, se encuentra jurisprudencialmente proscrita la posibilidad de ejecución forzosa de desalojos en materia de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda.

Pues bien, esta restricción de la ejecución forzosa de sentencias de desalojo en materia de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda, también se impone a inmuebles destinados a comercio, sobre la base de un estado de excepción de alarma.

Este procedimiento administrativo, en los términos planteados en las leyes especiales que regulan los arrendamientos en materia de vivienda y en materia de comercio, producen un obstáculo desproporcionado a cargo del ejecutante, que en la mayoría de los casos es de imposible cumplimiento, lo cual genera una restricción absoluta para la ejecución de la sentencia que ordena el desalojo.

Incluso, insisto, dejar en manos de un órgano administrativo la posibilidad o no de dar curso a la ejecución forzosa de una sentencia por parte del órgano judicial, sigue siendo una condición desproporcionada, pues, en la práctica en justiciable se queda sin medios adecuados que le permita la ejecución rápida, integral, completa y perfecta que la decisión judicial.

Además, si estuviéramos en presencia de derechos constitucionales o humanos en tensión, le correspondía a la SC-TSJ emplear los métodos de interpretación, aplicando el

---

<sup>89</sup> Insisto en que dicha limitación no debe ser impuesta en ningún proceso judicial, con independencia de la materia de que se trate, pues atenta contra el principio de igualdad, aunado a que los particulares no están obligados a soportar cargas, sin ninguna reparación ni indemnización, bajo el argumento de que se debe privilegiar el orden público o el interés social.

**Bernardo Pisani Ruiz**

principio conocido como “cláusula del individuo más favorecido” o *pro homine*, en clave constitucional y en clave de derechos internacional de los derechos humanos, que permitiera justificar una decisión bien limitando o restringiendo la ejecución de sentencias en la materia antes anotada, o bien ratificando la apertura del derecho a la ejecución de sentencias judiciales, lo cual, más bien, sin argumentación alguna en cuanto a ponderación de derechos, se ha inclinado en contra de la ejecución forzosa de sentencias.

En este contexto, diversas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido los criterios mínimos para la delimitación del derecho a la ejecución de las sentencias, como parte del artículo 25 de la Convención Americana, y concretamente como protección judicial.

Aplicando entonces el control de convencionalidad respecto del criterio establecido por la SC-TSJ en materia de ejecución de sentencias, podemos concluir con meridiana claridad, que dicha limitación constituye un atentado contra la tutela judicial efectiva, en el contexto de la protección judicial contenida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Un dato curioso, cuya investigación excede el ámbito de este estudio, es que las anteriores decisiones de la SC-TSJ que tienden a restringir los derechos de adscripción en el marco de la tutela judicial efectiva, fueron dictadas, en lo que concierne a la restricción del derecho de acceso y de ejecución en el contexto de la protección de derechos sociales o positivos (laborales y de arrendamiento), siendo esto susceptible de convertirse en un factor diferenciador frente a la tutela de los derechos de libertad o negativos.

## **CONCLUSIONES**

Tras haber analizado algunas nociones relacionadas con los derechos procesales en la Constitución Nacional en el marco del derecho interno o local, frente al derecho internacional

**Bernardo Pisani Ruiz**

de los derechos humanos, o supranacional, anoto algunas premisas que deben tenerse en cuenta sobre la materia en análisis:

- El derecho interno, en la medida que estemos en presencia de derechos humanos, tiene límites y una fuerte vinculación a un sistema supranacional, que tiende a establecer una hegemonía en cuanto a la interpretación y aplicación de los derechos humanos;

- Los derechos humanos pueden referirse no solo a derechos de carácter sustantivo o material, sino que además tenemos derechos humanos de orden dinámico, de carácter procesal o formal, como mecanismos de protección transversal de todos los derechos (incluyendo los derechos humanos).

- Los derechos procesales angulares son, por sí mismo, derechos humanos, y a ellos se les aplican las diversas instituciones, mecanismos y métodos de interpretación de los demás derechos humanos.

- Los derechos procesales angulares, por su misma consideración de derechos humanos, tiene un reforzamiento, que supone en todo momento el control de convencionalidad que detentan todos los Tribunales de la República.

- El control de convencionalidad supone un análisis y confrontación del contenido del derecho humano sujeto a análisis, de afuera hacia adentro; es decir, se debe optar por la adecuación de la interpretación y aplicación de los derechos humanos en el orden local o interno, conforme a los parámetros establecidos por el Sistema de Derechos Humanos.

- El ordenamiento jurídico venezolano, en lo que concierne a tres de los aspectos o derechos de adscripción de la Tutela Judicial Efectiva (el derecho de acceso, el derecho a una decisión motivada y congruente y el derecho a la ejecución), concebida esta como un derecho procesal dentro de la Constitución Nacional, no se adecua en todos sus ámbitos a los estándares mínimos del derecho convencional procesal; de allí, la necesidad de implementar mecanismos correctivos por parte de los órganos jurisdiccionales en Venezuela, empezando por la misma SC-TSJ, como máximo y último intérprete de las normas y principios constitucionales, que permitan adaptar el ordenamiento interno, con el Sistema de Protección de Derechos Humanos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Fuentes documentales**

Ayala Corao, Carlos. «La Jurisdicción Constitucional en Venezuela», *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Coord. Domingo García Belaunde), (Madrid: Dykinson, 1997).

Badell Madrid, Rafael. *Derecho Procesal Constitucional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020). Edición en PDF, acceso el 09 de septiembre de 2021, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/12/16-dic-Derecho-Procesal-Constitucional.pdf>.

Bello Tabares, Humberto E. T., y Dorgi D. Jiménez Ramos, *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales* (Caracas: Ediciones Paredes, 2009).

Blanco Gómez, José Luis. *Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibañez, 1994).

Brewer-Carías, Allan. *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional* (Caracas: Fundación Estudios de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2017), Edición en PDF, acceso el 08 de septiembre de 2021, <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-XII-9789803652975-txt.pdf>.

Canova, Antonio. *El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Caracas: Ediciones Paredes, 2012).

Casal, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional* (Caracas: UCAB, 2000).

Duque Corredor, Román. *Sistema de Fuentes de Derecho Constitucional y Técnica de Interpretación Constitucional* (Caracas: Ediciones Homero, 2014).

**Bernardo Pisani Ruiz**

Esparza Leibar, Iñaki. *El Principio del Proceso Debido* (Barcelona, España: J. M. Bosch, 1995).

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías, La ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 2004).

Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Editorial Trotta, 2014).

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017), 55-57.

García Belaunde, Domingo. *El Derecho Constitucional en Perspectiva* (México: Editorial Porrúa, 2008), p. 17,

García Belaunde, Domingo. *El Derecho Constitucional en Perspectiva* (México: Editorial Porrúa, 2008).

Margarita Beladiez Rojo, *Los Principios Jurídicos* (Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 2010).

Nieva Fenoll, Jordi. *La Cosa Juzgada* (Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2006).

Ortells Ramos, Manuel. *La Acción como Derecho a la Actividad Jurisdiccional, El Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva* (Madrid: Edisofer Libros Jurídicos, 2006).

Ortíz Ortíz, Rafael. *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos* (Caracas: Editorial Frónesis, 2004); Manuel Serra Domínguez, *Jurisdicción, Acción y Proceso* (Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2008).

Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional General, Volumen I, Tomo I* (Caracas: UCV, 2008).

Peyrano, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978).

**Bernardo Pisani Ruiz**

Pico I Junoy, Joan. *Las garantías Constitucionales del Proceso* (Barcelona, España: J. M. Bosch Editor, 1997).

Ramos Romeu, Francisco. *Las Medidas Cautelares Civiles, Análisis Jurídico-Económico* (Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos, 2006).

Risso Ferrand, Martín. «Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Anuario de Justicia Constitucional*, n°. 16, (2012).

Tamayo Tovar, Orlando. *La jurisdicción constitucional*. Serie Estudios No. 10 (Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983).

Taruffo, Michele. *Hacia una decisión justa* (Lima: Zela Grupo Editorial / Editorial Ceji, 2020).

Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil* (Madrid: Editorial Trotta, 2011).

### **Fuentes digitales**

<https://www.tsj.gob.ve>

<https://oas.org>

<https://corteidh.or.cr/>



## LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LOS PROGRAMAS DE MEMORIALIZACIÓN: BASES PARA EL CASO VENEZOLANO

*Daniela Suárez Orellana*

Abogada egresada de la UCAB, con Diplomado en Justicia Transicional, mención excelente, por la misma casa de estudios. Ex participante de competencias internacionales sobre Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos y Justicia Transicional, desarrolladas en Holanda, México, Estados Unidos y Colombia, en las cuales obtuvo una destacada participación incluyendo un campeonato, tres subcampeonatos y un reconocimiento a mejor oradora. Actual consultora del Comité de Víctimas de Crímenes de Lesa Humanidad, socia de la firma *Ávila Consulting. Asesores legales* y entrenadora de la delegación DIPJT-UCAB.

### Resumen:

El artículo desarrolla la importancia de la preservación de la memoria histórica y la forma en la que ésta se relaciona con la justicia transicional. Asimismo, plantea algunas consideraciones sobre el diseño inicial de los programas de memorialización y sienta las bases para la necesaria implementación de proyectos de esa naturaleza en Venezuela. Con relación a esto último, esboza cinco propuestas de memorialización con la finalidad de honrar a las víctimas de las diversas violaciones de derechos humanos suscitadas en dicho país desde el año 1989.

**Palabras clave:** Memorialización, Justicia Transicional, Venezuela.

## TRANSITIONAL JUSTICE AND MEMORIALISATION PROGRAMMES: BASES FOR THE VENEZUELAN CASE

### Abstract:

The article develops the importance of preserving historical memory and how it relates to transitional justice. It also raises some considerations about the initial design of memorialization programs and lays the groundwork for the necessary implementation of such projects in Venezuela. About the latter, it outlines five memorialization proposals aimed at honoring the victims of the various human rights violations that have taken place in Venezuela since 1989.

**Keywords:** Memorialization, Transitional Justice, Venezuela.

## INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la historia venezolana se ha visto empañada por una serie de sucesos atroces que han puesto en tela de juicio los cimientos del estado democrático y de derecho, implementado con gran esfuerzo -y bastantes tropiezos- a lo largo de los años.

La instauración de un gobierno con crecientes características autoritarias<sup>1</sup> ha sumido al país en una de las peores crisis política, institucional, económica y social de su historia. Tras 22 años ininterrumpidos en el poder, las consecuencias de las decisiones tomadas por quienes, al principio, parecían representar una alternativa democrática, no se han hecho esperar.

La ausencia de poderes públicos independientes, la celebración de elecciones sin garantías, la aplicación de sanciones penales contra los críticos de las políticas implementadas por el gobierno, la corrupción desmedida, el desabastecimiento, la disminución de medios de prensa libres, la pobreza extrema, los ultrajes a la propiedad privada, la crisis humanitaria compleja y la violación generalizada y sistemática de derechos humanos que, en ciertos casos, han alcanzado el nivel de crímenes internacionales, son algunos de los titulares que figuran en los medios internacionales<sup>2</sup> cuando se habla del país que, hasta los años 80, era ejemplo de estabilidad económica y política.

En un escenario como el descrito, la necesidad de un cambio que permita fortalecer la democracia es inminente. Sin embargo, entre el miedo y la ansiedad surge la pregunta:

---

<sup>1</sup> Allan R. Brewer-Carías, «El autoritarismo en Venezuela construido en fraude a la constitución». Ponencia para las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo y el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 25-27 de julio de 2007. Disponible en: <https://bit.ly/3wYq5Vc>; Nelly Arenas, «Poder reconcentrado: el populismo autoritario de Hugo Chávez», en *Revista Politeia*, 39(30). Instituto de Estudios Políticos, UCV, 2007:23-63.

<sup>2</sup> Véase entre otros: BBC Mundo, *Cómo el Tribunal Supremo de Venezuela le quita poder a la Asamblea Nacional controlada por la oposición*, 3 de marzo de 2016. Disponible en: <https://bbc.in/3qTJFRx>; Agencia EFE, *La UE denuncia irregularidades en las elecciones en Venezuela y estudia sanciones*, 22 de mayo de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3HyatNc>; Aleteia, *Venezuela: Citan a obispo y sacerdotes "por incitar al odio"*, 19 de febrero de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3nV9A>; El Nuevo Herald, *¡Venezuela les gana a todos en corrupción!*, 25 de mayo de 2017. Disponible en: <http://hrld.us/3x2keys>; INFOBAE, *Un estudio global reveló un "deterioro preocupante" de la libertad de expresión en América Latina*, 21 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/32eIDGK>; DW, *Nicolás Maduro admite que el desempleo y la pobreza crecieron*, 13 de enero de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3x3Ljkz>; Voz de América, *Investigación de la CPI en Venezuela es "un paso tremendo", pero no "inmediato"*, noviembre 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3nw3uMR>

**Daniela Suárez Orellana**

¿Cómo transformar la experiencia vivida en una advertencia que impida repetir los errores que conllevaron al debilitamiento de los valores democráticos, el quebrantamiento del estado de derecho y la violación masiva de derechos humanos? En opinión de quien escribe, la respuesta parece encontrarse en la conservación de la memoria. De allí la necesidad de fomentar discusiones dirigidas a idear cuál sería la mejor opción para desarrollar proyectos de memorialización en Venezuela, especialmente a la luz de un eventual proceso de justicia transicional.

Partiendo de las consideraciones previamente señaladas, el presente artículo tiene por norte examinar la -imprescindible- implementación de un proceso de conmemoración nacional en Venezuela que: (i) visibilice las violaciones de derechos humanos cometidas en el país desde el año 1989 hasta que se produzca la transición; (ii) permita reparar simbólicamente a las víctimas; (iii) sensibilice a la población respecto a los sufrimientos vividos; (iv) promueva la conciencia ciudadana con relación a la necesidad de evitar que tales actos vuelvan a ocurrir; y (v) genere oportunidades de discusión y reflexión sobre la importancia de respetar, garantizar y promover valores democráticos y derechos humanos.

Para tal fin, la información aquí plasmada ha sido distribuida en 3 grandes capítulos:

- El primero de ellos, titulado “Justicia transicional y memorialización”, proporciona un análisis teórico entorno a la relación entre cada uno de esos términos, evaluando particularmente la inclusión de la memorialización como el quinto pilar de la justicia transicional desde una perspectiva tradicional y moderna;
- El segundo capítulo aborda el diseño inicial de los programas de memorialización, para lo cual se pone de manifiesto: la necesidad de realizar procesos de consulta que involucre a todos los sectores de la población; la importancia de incluir una perspectiva de género en la implementación de los mismos; los cimientos para la conformación del equipo multidisciplinario encargado de su creación, difusión y ejecución; las fuentes de financiamiento a ser utilizadas en sustento del proyecto y la puesta en marcha de mecanismos de seguridad institucional que garanticen su permanencia con independencia de las eventuales fluctuaciones políticas que puedan presentarse en el futuro.

- El tercer capítulo allana el camino para la necesaria discusión y ejecución de programas de memorialización en Venezuela. Para tal fin, presenta 5 propuestas de memorialización y sugiere el período y las violaciones abarcadas por las mismas.

El artículo finaliza con una serie de conclusiones que resaltan, una vez más, la importancia de auspiciar proyectos de memorialización -particularmente en Venezuela- en pro de la reconstrucción plena del tejido social.

## **I. JUSTICIA TRANSICIONAL Y MEMORIALIZACIÓN**

Cada vez con mayor frecuencia, la expresión “justicia transicional” resuena como una opción viable para hacer frente a las atrocidades cometidas durante regímenes autoritarios o conflictos armados. Pese a su avasallante popularidad en la última década, tradicionalmente se ha reconocido que el origen del término se remonta al año 1992, cuando fue divulgado por Ruti Teitel en su libro homónimo<sup>3</sup>.

Desde entonces se han realizado múltiples definiciones con el objetivo de precisar su campo de actuación, entre las cuales resulta menester destacar la elaborada por el Centro Internacional de Justicia Transicional (en adelante, “ICTJ”) dada la asertividad y concreción con la que ha sido plasmada:

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas.<sup>4</sup>

Un punto a subrayar de la definición presentada, y en general de la justicia transicional, es su capacidad de adaptarse a la situación concreta. Característica que la dota

---

<sup>3</sup> Ruti Teitel, *Transitional Justice* (Nueva York: Oxford University Press, 2000).

<sup>4</sup> ICTJ, «¿Qué es la Justicia Transicional?» Disponible en: <https://bit.ly/3eEoigl> (Consultado el 20.07.2021).

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Daniela Suárez Orellana**

de la suficiente flexibilidad para atender las exigencias particulares de la sociedad donde pretenda implementarse, mediante: (i) el diagnóstico del origen de las violaciones; (ii) la búsqueda y determinación de la verdad de los hechos ocurridos; (iii) la precisión del período, contexto y violaciones que serán objeto del proceso de justicia transicional; (iv) el cese de la impunidad a través de la investigación y sanción de los responsables, especialmente de los de mayor jerarquía; (v) la reparación integral a las víctimas; (vi) la recomposición del tejido social fracturado; (vii) la implementación de garantías de no repetición; y (viii) la concientización colectiva sobre la importancia de respetar, garantizar y promover derechos humanos.

### **Inclusión de la memorialización como el quinto pilar de la justicia transicional**

Tradicionalmente la doctrina especializada ha considerado que la justicia transicional se encuentra integrada por cuatro grandes componentes, a saber: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.<sup>5</sup>

Con relación al primero de ellos, el artículo 2 del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*,<sup>6</sup> establece que cada pueblo “tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes”.

---

<sup>5</sup> Paul Van Zyl «Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto» en *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, ed. Por Félix Reátegui (Brasilia. Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia. Nueva York. Centro Internacional para la Justicia Transicional: 2011), 49; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, 5; Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988; Asamblea General de Naciones Unidas, *Derechos humanos y justicia de transición*, A/HRC/RES/21/15, 11 de octubre de 2012.

<sup>6</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Resolución sobre el derecho a la verdad No. 2005/66”, en Comisión Colombiana de Juristas, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Compilación de documentos de la Organización de Naciones Unidas, (Bogotá: 2007) 189, párr. 4.

**Daniela Suárez Orellana**

Al respecto, se ha reconocido que la verdad es un derecho que encuentra su origen en una necesidad humana básica: el deseo de saber;<sup>7</sup> y que las exigencias en torno a su efectivo respeto y cumplimiento se encuentran al alcance de las víctimas individuales y/o colectivas.<sup>8</sup>

De modo enunciativo, el derecho a la verdad entraña la posibilidad de solicitar y obtener información respecto a: (i) las causas y condiciones relativas a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario; (ii) los progresos y resultados de la investigación; (iii) las circunstancias y los motivos por los que se perpetraron los hechos delictivos; (iv) los contextos en que se produjeron las violaciones; (v) la identidad de los responsables; y (vi) en caso de fallecimiento o desaparición forzada, la suerte y el paradero de las víctimas<sup>9</sup>.

En lo concerniente al componente de la justicia, entendido exclusivamente como justicia penal, comprende la obligación primaria del Estado de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones cometidas a fin de combatir la impunidad.<sup>10</sup> No obstante, dependiendo del mecanismo de justicia transicional adoptado para la situación específica, los responsables podrían ser sometidos a la jurisdicción de: (i) las cortes de justicia ordinarias del Estado donde se cometió la violación;<sup>11</sup> (ii) tribunales especiales nacionales o mixtos creados concretamente para juzgar a los responsables de las violaciones ocurridas durante

---

<sup>7</sup> Vid. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004, 8, párrs. 14-23; Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas Nro. 3220 (XXIX), Nro. 33/173, Nro. 45/165 y Nro. 47/132.

<sup>8</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, párr. 8; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe anual 1985-1986*, 205.

<sup>9</sup> Corte IDH, *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 117; Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 118; Resolución sobre el derecho a la verdad No. 2005/66...203, párr. 38.

<sup>10</sup> Jo-Marie Burt, «Desafiando la impunidad en tribunales nacionales: juicios por derechos humanos en América Latina» en *Justicia Transicional: Manual para América Latina...*; CIDH, *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales*, OEA/Ser.L/V/II, 12 de abril de 2021; Edward Pérez y Simón Gómez, *Estudio Introductorio: ¿Qué es la Justicia Transicional?*, s/f.

<sup>11</sup> Pamela Pereira, «Las sendas de la judicialización: una mirada al caso chileno» en *Justicia Transicional: Manual para América Latina...*; Jo-Marie Burt, *Desafiando la impunidad en tribunales nacionales...*; Naomi Rot-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transitional Justice in the Age of Human Rights* (University of Pennsylvania Press: 2006).

Daniela Suárez Orellana

determinado período;<sup>12</sup> y eventualmente, y condicionado a si el proceso de justicia implementado a nivel interno no satisface los elementos del artículo 17 del Estatuto de Roma<sup>13</sup> o si el Estado acuerda con la Fiscalía una división en la investigación y enjuiciamiento de los casos en virtud de la complementariedad cooperativa,<sup>14</sup> (iii) la Corte Penal Internacional en aquellos casos en que las violaciones cometidas alcancen la magnitud de crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra o agresión) y se acredite el resto de las formas de competencia temporal, territorial y personal exigidas por el Estatuto de Roma<sup>15</sup>.

El tercer componente de la justicia transicional está conformado por las reparaciones integrales contempladas a beneficio de las víctimas directas e indirectas de las violaciones cometidas. Su adecuada implementación exige la adopción combinada de diversos mecanismos destinados a: (i) devolver a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la materialización de las violaciones (*medidas de restitución*);<sup>16</sup> (ii) proporcionar los tratamientos médicos, psicológicos, sociales y legales adecuados y necesarios a cada una de

---

<sup>12</sup> Comisión Internacional de Juristas, *Colombia: Jurisdicción Especial para la Paz, análisis a un año y medio de su entrada en funcionamiento*, junio 2019; Jane Stromseth, *Accountability for Atrocities: National and International Responses* (Brill – Nijhoff: 2003), 23-49.

<sup>13</sup> Es decir, que el proceso de justicia transicional esté siendo conducido con el objetivo de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes que podrían ser competencia de la Corte Penal Internacional; que haya habido una demora injustificada en la investigación o enjuiciamiento que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; o que la investigación o enjuiciamiento no haya sido sustanciado de manera independiente e imparcial.

<sup>14</sup> Opción particularmente viable cuando se evidencian problemas serios de falta de capacidad. En este escenario, el Estado podría optar por acordar que algunos casos (generalmente aquellos que involucren a perpetradores notorios o a máximos responsables) sean investigados y enjuiciados por la Corte y el resto por la jurisdicción doméstica. Cfr. Héctor Olásolo, «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, Vol. 24, 16; Antonio Cassese, «The Rome Statute: A Tentative Assessment» en Cassese et al. (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (Oxford University Press, Oxford, 2002), 1901-1906.

<sup>15</sup> Héctor Olásolo y Enrique Carnero, «Extensión y Límites de la Jurisdicción Personal, Territorial y Temporal de la Corte Penal Internacional» en Héctor Olásolo, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional* (Medellín: Editorial Dyke, 2012), 79.106; Kai Ambos., *El marco jurídico de la justicia de transición* (Bogotá: Temis, 2008); William SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2011.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr.298; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226; Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 130.

**Daniela Suárez Orellana**

las víctimas (*medidas de rehabilitación*);<sup>17</sup> (iii) implementar políticas de naturaleza no pecuniaria destinadas a resarcir el daño ocasionado, incluyendo, pero no limitando, los actos de honra a las víctimas, de reconocimiento de responsabilidad y de disculpas públicas (*medidas de satisfacción*);<sup>18</sup> y (iv) resarcir económicamente a las víctimas por los daños materiales y morales derivados de las violaciones a derechos humanos perpetradas en su contra (*medidas de indemnización*)<sup>19</sup>.

El cuarto y último lugar de los componentes tradicionales de la justicia transicional lo ocupan las denominadas “garantías de no repetición”. Entendiéndose por éstas las medidas dirigidas a corregir falencias estructurales a raíz de las cuales se originan o permiten las violaciones a los derechos humanos. Se distinguen por tener un alcance público, lo que beneficia tanto a las víctimas como a la sociedad en su conjunto.<sup>20</sup>

Dependiendo de la naturaleza y finalidad perseguida, en el marco de las garantías de no repetición se podría, entre otras cosas: crear, modificar, derogar o reformar normas constitucionales, legales o reglamentarias, así como adecuar la interpretación de las mismas a estándares internacionales;<sup>21</sup> capacitar a funcionarios públicos en materia de derechos

---

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 226; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 251; Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 278;

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 312-312; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 345; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 228.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párrs. 227-228; Corte IDH. *Caso Pacheco León y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre 2017. Serie C No. 342, párr. 217; Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C No. 223, párr. 128.

<sup>20</sup> Pablo Saavedra, «Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Armin von Bogdandy. *et al.*, *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Puebla: UNAM, 2016), p. 464-468.

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párr. 173; Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párr. 139.



**Daniela Suárez Orellana**

humanos;<sup>22</sup> implementar campañas de respeto y concientización de los valores democráticos, el estado de derecho y los derechos humanos;<sup>23</sup> y cesar los efectos de leyes de amnistías que sean contrarias al derecho internacional<sup>24</sup>.

Ahora bien, al margen de los componentes tradicionales explicados, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli, ha plasmado la posibilidad de incluir los procesos de memorialización como el quinto pilar de la justicia transicional. Así, en palabras del Relator:

El abordaje de los crímenes cometidos se basa en los pilares de la justicia transicional: sin memoria del pasado, no puede haber derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación, ni garantías de no repetición. Por ello, los procesos de memoria respecto de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario constituyen el quinto pilar de la justicia transicional. Se trata de un pilar autónomo y a la vez transversal, ya que contribuye a la implementación de los cuatro restantes, y representa una herramienta vital para permitir a las sociedades salir de la lógica del odio y el conflicto, e iniciar procesos sólidos hacia una cultura de paz.<sup>25</sup>

Quien suscribe considera que la plena reconstrucción del tejido social que ha sido fracturado como consecuencia de las violaciones a derechos humanos perpetradas solo será posible si la población es consciente de las causas que las originaron, la gravedad de las conductas ejecutadas, su impacto negativo en la vida de las víctimas y la necesidad de proteger los valores y principios democráticos. De allí la necesidad de implementar mecanismos integrales de memorialización que, mediante hechos reconocidos (verdad

---

<sup>22</sup> Corte IDH. *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 122; Corte IDH. *Caso Hernández Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 163.

<sup>23</sup> Corte IDH. *Caso Kwas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 213.

<sup>24</sup> Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 369; Pablo González y Edward Pérez., «Desafíos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Leyes de amnistía en Contextos de Justicia Transicional», *Revista Persona y Derecho* 80 (2019):81, DOI 10.15581/011.80.81-106.

<sup>25</sup> Asamblea General de la ONU, *Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional*, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, resolución No. A/HRC/45/45, 9 de julio de 2020, p. 5, párr. 21.

dialógica),<sup>26</sup> instruyan y confronten a la ciudadanía sobre el origen, causas y consecuencias de las violaciones. Solo una sociedad plenamente informada y consciente de sus errores pasados será capaz de evitar repetirlos.

Por tal sentido, se estima que la conservación de la memoria plantea importantes aportes desde, al menos, cuatro dimensiones:

- Dimensión conmemorativa: en cuanto permite recordar y honrar a las víctimas que sufrieron daños producto de las violaciones de derechos humanos;
- Dimensión social: alcanzada mediante la sensibilización ciudadana con relación a los sufrimientos vividos y la necesidad de evitar su repetición;
- Dimensión pedagógica: toda vez que enseña a la población (especialmente a los más jóvenes) a tener conciencia del pasado inmergiéndose en su propia historia y genera oportunidades de discusión y reflexión sobre la importancia de respetar, garantizar y promover valores democráticos y derechos humanos;
- Dimensión documental: obtenida gracias a la conservación de videos, imágenes y testimonios de víctimas, testigos y expertos que den fe de la gravedad de los hechos ocurridos.

Con base en los planteamientos expuestos, se observa que la memorialización se vincula con la justicia transicional desde dos puntos de vista: (i) como un eje transversal de los componentes de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, en la medida que permite alcanzar con mayor efectividad cada uno de ellos; o (ii) como un componente autónomo, tal y como apunta la doctrina moderna.

No obstante, más allá de la postura tradicional o moderna que se escoja, lo cierto es que sanar las heridas de una sociedad que ha atravesado períodos de graves violaciones a derechos humanos puede tomar muchos años, en el transcurso de los cuales se corre el riesgo de olvidar los orígenes, causas y consecuencias que condujeron a las mismas. Ante la sola

---

<sup>26</sup> Albie Sachs., *The Soft Vengeance of a Freedom Fighter* (Berkeley: University of California Press, 2000).

existencia de esa posibilidad, es indispensable contar con programas de memorialización que le permitan a la población recordar los hechos ocurridos a fin de evitar repetirlos.

## **II. DISEÑO DE LOS PROGRAMAS DE MEMORIALIZACIÓN**

En las próximas líneas se realizarán algunas consideraciones sobre los primeros pasos que deben llevarse a cabo para desarrollar adecuadamente los proyectos de memorialización. Los aspectos señalados a continuación son meramente enunciativos, y, por tanto, están abiertos a la inclusión de nuevos aportes.

### **Proceso de consulta**

Indiscutiblemente, las voces de las víctimas deben ocupar un espacio protagónico en los procesos de memorialización<sup>27</sup> por ser quienes sufrieron directamente el daño derivado de las violaciones a derechos humanos. De allí que sea necesario realizar consultas públicas que aseguren la participación efectiva y voluntaria de cada una de ellas en aquellas situaciones que puedan afectarles, tal y como ha demandado en diversas ocasiones la Corte IDH<sup>28</sup>. Un proceso de memorialización que excluya a las víctimas, difícilmente gozará de legitimidad.

Conforme a lo señalado por la oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), las consultas nacionales son:

“(…) una forma de diálogo vigoroso y respetuoso, mediante el cual se brinda a las partes consultadas la oportunidad de expresarse libremente, en un entorno seguro, con el fin de configurar o mejorar la formulación de los programas de justicia de transición”.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Asamblea General de la ONU, *Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, resolución No. A/HRC/42/45, 11 de julio de 2019, p. 7, párr. 40

<sup>28</sup> Clara Sandoval, «Two steps forward, one step back: reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes» *International Journal of Human Rights* 22, N°. 9 (2017): 1192-1208, DOI 10.1080/13642987.2016.1268439.

<sup>29</sup> ACNUDH, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Consultas nacionales sobre la justicia de transición*, (Nueva York y Ginebra: 2009), p. 3.

Partiendo de lo anterior, se considera que un proceso de consulta adecuado a la luz de los programas de memorialización debe:

- Ser público y de índole nacional, a fin de asegurar la mayor participación posible;
- Tener una duración significativa<sup>30</sup>, de modo que no sea percibido por la sociedad como un mero acto simbólico, irreflexivo o superficial;
- Fomentar la participación de un alto número de víctimas de diversos sectores, especialmente aquellos más vulnerables (vgr. Comunidades indígenas, mujeres, personas con discapacidad, migrantes, víctimas de violencia sexual, entre otros), así como de las organizaciones de la sociedad civil que las representen;
- Involucrar a otros individuos o grupos de la sociedad civil interesados en brindar su opinión;
- Ir acompañado de programas de sensibilización que impidan la revictimización de las personas consultadas;
- Poner a disposición del público la información completa y detallada de los programas de memorialización que se pretenden implementar. Ello con la finalidad de asegurar que las opiniones recabadas en la consulta estén fundamentadas y de reducir la probabilidad de que se creen falsas expectativas entorno al proceso.

### **Delimitación del período y las violaciones objeto de los programas de memorialización**

Para una sociedad que ha atravesado largos períodos de violaciones a derechos humanos determinar el marco temporal y las trasgresiones a ser incluidas en los programas de memorialización puede ser una de las tareas más complejas. No obstante, también es una de las más necesarias, al ser la que precisa el alcance del proyecto.

Aunque tradicionalmente los programas de memorialización se han enfocado en las violaciones *graves* a derechos humanos cometidas por un gobierno particular,<sup>31</sup> dependiendo

---

<sup>30</sup> La duración definitiva de la consulta no puede determinarse anticipadamente, dado que dependerá de las condiciones existentes al momento de producirse la transición.

<sup>31</sup> Por ejemplo, en Chile el foco de los proyectos de memorialización fueron las ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, torturas y detenciones arbitrarias cometidas durante el gobierno militar de Augusto

**Daniela Suárez Orellana**

de la situación concreta objeto de estudio ese escenario podría ampliarse a fin de incluir violaciones ejecutadas en otros períodos, independientemente de si las mismas fueron o no “graves” en el sentido del Derecho Internacional. Ello permitiría que, por ejemplo, los hechos masivos de corrupción que evaluados en su conjunto hayan coadyuvado a la materialización de violaciones al derecho a la salud, alimentación, educación o propiedad privada, puedan ser incluidos como parte de los programas de memorialización que se pretenden implementar.

En todo caso, lo importante es recordar que no existe una fórmula única para delimitar tales cuestiones y que las experiencias exitosas de otros países no necesariamente producirán el mismo efecto si se aplican de forma idéntica en contextos diferentes. Por ello, la determinación final del período y las violaciones a incluir en los proyectos de memorialización dependerá de los objetivos que se persigan y siempre deberá adecuarse a la realidad de cada sociedad.

### **Perspectiva de género**

A menudo, las violaciones de derechos humanos se materializan de formas distintas en hombres y mujeres.<sup>32</sup> Generalmente, el segundo grupo suele estar más expuesto a prácticas que atenten directamente contra su libertad y dignidad sexual, a comentarios sexistas, acoso, explotación, entre otros.

Debido a lo anterior, es imprescindible que el proceso de memorialización sea dirigido bajo una perspectiva de género que, entre otros aspectos:

- Permita comprender el contexto diferenciado de violencia contra las mujeres, incluidas pero no limitadas a: niñas, indígenas, embarazadas, migrantes y mujeres con discapacidad;

---

Pinochet; en Argentina se enfocó en las desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas cometidas por la junta militar; y en Brasil en las violaciones de la misma naturaleza cometidas por la dictadura militar. Vid. Francisca Garretón et al., *Políticas Públicas de Verdad y Memoria en 7 países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay)*, Centro de Derechos Humanos de la universidad de Chile (Santiago, 2011).

<sup>32</sup> Joan Scott., «El género: una categoría útil para el análisis histórico», en, Marta Lamas., *et al, El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, (PUEG-UNAM: México, 1996); ACNUDH, *Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, (Guatemala, 2015) p. 8.

**Daniela Suárez Orellana**

- Identifique las violaciones más comunes cometidas en contra de las mujeres debido a su género;
- Sensibilice a la población sobre la necesidad de respetar, velar, garantizar y defender los derechos de las mujeres;
- Se encuentre desprovisto de lenguaje sexista, estereotipos o prejuicios de género.

### **Conformación de un equipo multidisciplinario**

Debido a la importancia que revisten los procesos de memorialización, debe asegurarse que el equipo encargado de su creación, difusión y ejecución esté conformado por personalidades independientes, de reconocido prestigio y trayectoria.

Así, además de estar integrado equitativamente por hombres y mujeres, es necesario que el equipo cuente con profesionales de distintas áreas, a saber: abogados, sociólogos, arquitectos, diseñadores, educadores, museólogos, psicólogos, asistentes audiovisuales, entre otras ramas afines al objetivo del proyecto. De igual manera, se considera adecuado incluir a, al menos, un representante de las víctimas y de las organizaciones de la sociedad civil.

Es importante puntualizar que los miembros del equipo no deben obligatoriamente ser nacionales del país donde se pretende implementar el programa de memorialización. De hecho, como buena práctica resulta aconsejable contar con el apoyo de personalidades del ámbito internacional con experiencia en procesos de esa naturaleza que puedan proporcionar una ayuda técnica idónea.

### **Fuentes de financiamiento**

**Daniela Suárez Orellana**

La obligación primaria de llevar a cabo procesos de memorialización corresponde al Estado donde se ejecutaron las violaciones,<sup>33</sup> por lo que es natural considerar que la principal fuente de financiamiento debería provenir del patrimonio público de la nación<sup>34</sup>.

Sin embargo, lo anterior puede resultar especialmente complicado para aquellos Estados que han visto mermado sus recursos tras haber atravesado períodos de conflictividad, bien como resultado de un régimen dictatorial con alto grado de corrupción o bien por los gastos intrínsecos de un conflicto armado. En tales casos, la partida destinada para los procesos de memorialización podría ser insuficiente, razón que, sin pretender disgregar la responsabilidad del Estado, impone la necesidad de explorar otras fuentes de financiamiento.

En ese sentido, con el objetivo de asegurar un funcionamiento autónomo y de alto nivel, los recursos económicos del proyecto de memorialización deben provenir de diversos fondos. Así las cosas, además de las asignaciones presupuestarias realizadas por el Estado, podrían incluirse: las donaciones nacionales e internacionales realizadas por particulares, organizaciones, fundaciones o terceros Estados; y el dinero derivado de la confiscación y posterior remate de los bienes de los perpetradores.

De igual forma, y previa evaluación de su conveniencia para el caso concreto, podrían adoptarse medidas de financiamiento iguales o similares a las aplicadas en aquellos Estados que hayan experimentado procesos de justicia transicional. Por ejemplo, en Colombia se ampliaron las fuentes de recolección de fondos a fin de incluir, entre otros, el producto de las multas impuestas a los individuos o a los grupos armados al margen de la ley en el marco de procesos judiciales y administrativos; y las sumas recaudadas por almacenes de cadenas y grandes supermercados por concepto de donación voluntaria de la suma requerida para el redondeo de las cuentas.<sup>35</sup>

Por último, podría evaluarse la posibilidad de solicitar la cooperación de organismos internacionales. A título de ejemplo vale resaltar el fondo de las Naciones Unidas para la

---

<sup>33</sup> Vid. Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones... principio 3: el deber de recordar.

<sup>34</sup> *Ibid.*, *supra nota* 27, p. 14, párr. 84.

<sup>35</sup> Ley de Víctimas y restitución de tierras de Colombia, No. 1448/2011, art. 177.

consolidación de la paz, creado en el año 2005 por la Asamblea General con la finalidad de sostener la paz en países afectados por conflictos violentos o en situaciones de riesgo.<sup>36</sup>

### **Seguridad institucional**

En un plano ideal, el establecimiento de procesos de memorialización debería responder al compromiso del Estado por proteger la memoria histórica, honrar a las víctimas, sensibilizar a la ciudadanía, desincentivar la repetición de hechos similares y evitar tesis negacionistas. Sin embargo, en manos inadecuadas puede representar la excusa perfecta para oportunismos políticos.<sup>37</sup>

En aras de proteger los programas de memorialización de eventuales fluctuaciones políticas, es propicio crear mecanismos institucionales que aseguren su permanencia en el tiempo, con independencia del gobernante de turno.

En ese orden de ideas, la experiencia comparada de Estados que han atravesado procesos de justicia transicional (vgr. Perú,<sup>38</sup> Argentina<sup>39</sup> y Colombia<sup>40</sup>) ha evidenciado una pronunciada inclinación por dictar leyes destinadas a regular los programas nacionales de reparación, asegurando con ello su sostenibilidad a futuro. Se estima que un mecanismo similar podría adoptarse a la luz de los programas de memorialización. Así, ya sea en el estatuto que rija la transición o en leyes especiales creadas al efecto, resultaría propicio reflejar el compromiso del Estado en apoyar ese tipo de proyectos.

## **III. PROPUESTAS DE MEMORIALIZACIÓN PARA VENEZUELA**

---

<sup>36</sup> ONU, *Fondo para la consolidación de la paz*. Disponible en: <https://bit.ly/3Dy2y0r> (Consultado el 1.3.2021); UN, *Peacebuilding Fund [1] Role of the Fund*, video explicativo disponible en inglés: <https://bit.ly/2V17k59>

<sup>37</sup> *Ibid.*, *supra nota* 27, p. 13, párr. 74.

<sup>38</sup> Cfr. Plan Integral de reparaciones de Perú, ley No. 28592, 29 de julio de 2005.

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, Ley No. 24043/91 sobre la reparación de las víctimas detenidas antes del 10/12/1983 y puestas a disposición del Poder Ejecutivo; y la Ley No. 24411/94 por la que se concede indemnización a las víctimas de desaparición forzada o causahabientes de personas que fueron asesinadas por las fuerzas militares o de seguridad.

<sup>40</sup> *Ibid.*, *supra nota* 35.



**Daniela Suárez Orellana**

Una vez precisada la relación de los programas de memorialización con la justicia transicional y el diseño inicial que debería guiar su actuación, corresponde ahora presentar una serie de propuestas para la conservación de la memoria enfocadas en las violaciones a derechos humanos desarrolladas en Venezuela. En tal sentido, en las próximas líneas se hará referencia a: (i) el período y (ii) los tipos de violaciones abarcadas por las propuestas, (iii) la ubicación de los programas de memorialización que se sugiere implementar y (iv) la temática.

### **Período abarcado por la propuesta**

#### **a. Inicios del debilitamiento de la institucionalidad democrática: período 1989-1998**

La precaria situación de derechos humanos que hoy atraviesa Venezuela es el resultado del progresivo debilitamiento de la institucionalidad democrática y el estado de derecho, gestado a raíz del descontento popular que sacudió al país en el año 1989, con el denominado “Caracazo”.<sup>41</sup>

Como es ampliamente conocido, durante el gobierno del entonces presidente, Carlos Andrés Pérez, se adoptaron una serie de medidas económicas que desencadenaron una oleada de disturbios los días 27 y 28 de febrero del mencionado año. Los mismos comenzaron en la ciudad de Guarenas, estado Miranda, pero rápidamente se extendieron a las zonas populares de la ciudad capital, dejando a su paso numerosos saqueos y protestas.<sup>42</sup>

En respuesta, el Ejecutivo Nacional ordenó la ejecución del “Plan Ávila”, diseñado para “responder ante emergencias de orden público” haciendo uso del conjunto de las Fuerzas Armadas. El 28 de febrero, mismo día de su puesta en marcha, el presidente Pérez decretó un Estado de excepción y suspendió algunas garantías constitucionales, entre ellas el derecho al libre tránsito. En las siguientes 36 horas, las Fuerzas Armadas tomaron la ciudad de Caracas y se enfrentaron directamente con los civiles que se encontraban protestando. Como

---

<sup>41</sup> Allan Brewer-Carias, «La crisis de la democracia venezolana, la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002», *Los libros de El Nacional* (2002).

<sup>42</sup> Punto de Corte, *El Caracazo: Pasado, presente y futuro de los Derechos Humanos*, 27 de febrero de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3gMILAP>

**Daniela Suárez Orellana**

resultado, centenares de personas perdieron la vida y otros tantos resultaron heridos.<sup>43</sup> Tras muchas vacilaciones, el gobierno nacional reconoció la muerte de 327 individuos; sin embargo, las estimaciones de periodistas nacionales y corresponsales extranjeros apuntaban a más de 1.500 víctimas fatales.<sup>44</sup>

Sin saberlo, el Caracazo marcó el inicio de un descontento popular en ascenso, extensivo a civiles y militares, que detonó en dos intentonas de golpes de Estado el 4 de febrero y el 27 de noviembre del año 1992.<sup>45</sup>

Además de dejar un lamentable saldo de víctimas heridas y asesinadas, tales intentos de golpes de Estado debilitaron en demasía la institucionalidad democrática venezolana. Hecho último que se vio agravado por el manejo irresponsable del descontento popular por parte de algunos líderes políticos, quienes, a fin de satisfacer sus propias aspiraciones partidistas, manipularon a la población intentando justificar la violencia y el uso de la fuerza contra las instituciones democráticas.<sup>46</sup> Como era de esperarse, tal escenario influyó profundamente en posicionar la opinión pública a favor de los golpes de Estado y de su estrategia.<sup>47</sup>

Como afirma HERNÁNDEZ, si bien los militares golpistas del año 1992 no tuvieron suerte en su objetivo primario, lograron algo mucho peor: deslegitimar el sistema democrático;<sup>48</sup> sentando con ello las bases del debilitamiento institucional que persiste hasta nuestros días.

## **b. Gobierno de Hugo Chávez: período 1999-2013**

Tras ser indultado por el mandatario de turno, Rafael Caldera, por su participación en uno de los intentos de golpe de Estado de 1992, Hugo Rafael Chávez Frías presentó su

---

<sup>43</sup> José Honorio Martínez, «Causas e interpretaciones del Caracazo», *Revista de Historia Actual Online* 16 (2008): ISSN 1696-2060, 89.

<sup>44</sup> Sonntag, Heinz, *Venezuela, 4F-1992: Un análisis sociopolítico* (Caracas: Nueva Sociedad, 1992), 65.

<sup>45</sup> Miguel Ángel Martínez, «Golpes de Estado en Venezuela durante el período 1989-2004: Evolución del conflicto y contexto sociopolítico», *Revista Análisis Político* 64 (2008): ISSN 0121-4705, 6.

<sup>46</sup> Entre los políticos en cuestión se encontró el expresidente de Venezuela, Rafael Caldera. Al respecto, véase: Rafael Caldera, *Dos discursos (1989-1992)*, (Caracas: Arte, 1992), 13.

<sup>47</sup> Lolymer Hernández, *El proceso constituyente venezolano de 1999*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008), 136.

<sup>48</sup> Hernández, *El proceso...*, 138.

**Daniela Suárez Orellana**

candidatura a las elecciones presidenciales del año 1998.<sup>49</sup> De las cuales salió vencedor con el 56,20% de los votos.<sup>50</sup>

Como parte de su campaña, Chávez prometió liberar a Venezuela de sus arraigados patrones de exclusión política y constituir un gobierno capaz de aglutinar a los sectores insatisfechos con el sistema partidista imperante.<sup>51</sup> Sin embargo, lejos de eliminar los vicios existentes hasta entonces, toleró y alentó otras formas de discriminación.<sup>52</sup>

En ese orden de ideas, parte de los vestigios totalitarios desarrollados durante su gobierno se materializaron en cierres de medios de comunicación,<sup>53</sup> detenciones arbitrarias y torturas selectivas,<sup>54</sup> violaciones del derecho a la propiedad privada mediante la práctica reiterada de expropiaciones y despidos masivos a través de su programa televisivo “aló presidente”<sup>55</sup>.

Otra característica definitoria de la presidencia de Chávez fue la ausente independencia de los poderes públicos.<sup>56</sup> Situación especialmente palpable con relación al poder judicial que, en la práctica, solo funcionaba para dotar de legitimidad las decisiones inicuas adoptadas por el mandatario.<sup>57</sup> Como muestra de lo anterior, cabe recordar el apoyo

---

<sup>49</sup> BBC NEWS, *Triunfo de Hugo Chávez en 1998: cómo era la Venezuela en la que triunfó Chávez hace 20 años (y en qué se parece a la actual)*, 6 de diciembre de 2008. Disponible en: <https://bbc.in/3gPwWc3>

<sup>50</sup> Luis Eduardo León, «Las elecciones presidenciales de 1998 en Venezuela. Una aplicación de la teoría direccional del voto», *Revista de Ciencias Políticas, Politeia* 28 (2002): ISSN 0303-9757, 183.

<sup>51</sup> Juan Eduardo Romero, «El discurso político de Hugo Chávez (1996-1999)», *Espacio Abierto* 10 (2001): ISSN 1315-0006, 229-245.

<sup>52</sup> HRW, *Una Década de Chávez Intolerancia política y oportunidades perdidas para el progreso de los derechos humanos en Venezuela*, 18 de septiembre de 2008. Disponible en: <https://bit.ly/35D8rJT>

<sup>53</sup> Indudablemente, uno de los momentos más álgidos para la libertad informativa tuvo lugar en diciembre de 2007 con el emblemático cierre de Radio Caracas Televisión (RCTV). Vid., Punto de Corte, *A 12 años del peor ataque a la libertad de expresión de la “revolución bolivariana”: El cierre de RCTV*, 27 de mayo de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3zGQMyT>

<sup>54</sup> La mayoría de ellas ejecutadas contra víctimas de alto perfil (vgr. Militares de alto rango, jueces y líderes políticos). Vid., Comisionado Presidencial para Derechos Humanos y Atención a las Víctimas, *Relatos de tortura: la realidad silenciosa de los militares privados de libertad* (Caracas: 2020), 22. Disponible en: <https://bit.ly/3cWfPUJ>

<sup>55</sup> CIDH, *Informe anual 2012*, Capítulo IV: Desarrollo de los Derechos Humanos en la región: Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 5 de marzo de 2013. Disponible en: <https://bit.ly/35D8rJT>

<sup>56</sup> CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela: Iii. La separación e independencia de los poderes públicos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 diciembre 2009; Antonio Canova et al., *El TSJ al servicio de la revolución* (Caracas: Editorial Galipán, 2014).

<sup>57</sup>HRW, *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, 16 de junio de 2004. Disponible en: <https://bit.ly/3jub1K3>

**Daniela Suárez Orellana**

incondicional brindado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SCTSJ) a la decisión de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 2012. En opinión de dicha Sala, la referida denuncia era necesaria en vista de la “evidente usurpación de funciones” desplegada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en sus fallos contra Venezuela.<sup>58</sup>

Al término de su mandato en el año 2013 por causas de fuerza mayor, el balance de derechos humanos e institucionalidad democrática en Venezuela era paupérrimo.<sup>59</sup>

### **c. Gobierno de Nicolás Maduro Moros: período 2014 - actualidad**

Contrario a lo sucedido con Hugo Chávez, la llegada al poder de Nicolás Maduro no contó con gran respaldo popular. De hecho, según cifras del Consejo Nacional Electoral, la diferencia con el candidato opositor, Henrique Capriles, fue de apenas 233.975 votos.<sup>60</sup>

A menos de un año de ostentar la presidencia de la República, las tensiones en torno a su mandato no se hicieron esperar. En febrero del año 2014, Venezuela se sumió en uno de los períodos de protestas más álgidos de su historia. Lamentablemente, durante los 3 meses de confrontaciones entre la sociedad civil y los agentes estatales, al menos 42 personas perdieron la vida.<sup>61</sup>

Lo anterior se repitió nuevamente entre los meses de abril y julio del año 2017, con ocasión de las sentencias número 155 y 156 dictadas por la SCTSJ que despojaron definitivamente al Parlamento Nacional -entonces de mayoría opositora- de sus funciones.<sup>62</sup> Frecuentemente, las protestas fueron dispersadas de forma violenta por las fuerzas de

---

<sup>58</sup> SCTSJ, *Caso abogados Gustavo Álvarez y otros*, sentencia No. 1939/2008, 04 de diciembre de 2008.

<sup>59</sup> CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013: Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 31 de diciembre de 2013, p. 325 y ss. Disponible en: <https://bit.ly/3gbcbb>; PROVEA, *Informe anual enero-diciembre 2013*, ISSN: 0798-2897, (Caracas, 2014). Disponible en: <https://bit.ly/3APXMsV>

<sup>60</sup> BBC News, *Venezuela: Capriles, ¿perdió o ganó?*, 15 de abril de 2013. Disponible en: <https://bbc.in/3gdpGXT>

<sup>61</sup> Foro Penal venezolano, *Informe protestas y Derechos Humanos en Venezuela febrero a mayo 2014*, 30 de mayo de 2014. p. 155. Disponible en: <https://bit.ly/3kPGF52>

<sup>62</sup> SCTSJ, Ponencia conjunta, Sentencia No. 155, Expediente No. 17-0323, 27 de marzo de 2017; SCTSJ, Ponencia conjunta, Sentencia No. 156, Expediente No. 17-0325, 29 de marzo de 2017.

**Daniela Suárez Orellana**

seguridad del Estado, muchas veces en actuación conjunta con grupos armados progubernamentales (“colectivos”),<sup>63</sup> configurando un escenario de extrema represión.<sup>64</sup>

En el contexto señalado, al menos 157 individuos perdieron la vida.<sup>65</sup> Asimismo, la organización nacional Foro Penal Venezolano confirmó la detención arbitraria de 5.051 personas, de las cuales aproximadamente el 10% fueron torturadas<sup>66</sup>. Al respecto es importante puntualizar que, contrario a lo sucedido durante el mandato de Chávez, el gobierno de Nicolás Maduro se ha inclinado por aplicar torturas de forma habitual e indiscriminada, circunstancia que ha dejado como resultado una gran cantidad de víctimas pertenecientes a diversos sectores de la población<sup>67</sup>.

Lamentablemente, la precaria situación de derechos humanos en Venezuela se ha extendido a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), generando, entre otras cosas, graves deterioros en el ámbito de los servicios públicos (especialmente, agua, electricidad, gas y combustible); carencias en el sistema de salud, concretamente en lo que respecta a la falta de medicinas, insumos, material sanitario y personal calificado; irrupciones en la autonomía de recintos universitarios; contaminación al medio ambiente debido a derrames petroleros no atendidos con prontitud; y numerosas violaciones en el Arco Minero del Orinoco.<sup>68</sup> Desde el año 2018, la crítica situación de los servicios esenciales se ha visto agravada como consecuencia de la imposición de sanciones internacionales de carácter general.<sup>69</sup>

---

<sup>63</sup> Provea, *Protestas 2017 | Colectivos: de ejecutores de un patrón a parte de un sistema represivo*, 9 de mayo de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3FCTgAx>

<sup>64</sup> Foro Penal Venezolano, *Foro Penal: 2017 año récord de represión en Venezuela*, 11 de enero de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3sriOpM>

<sup>65</sup> Observatorio venezolano de conflictividad social, *Venezuela: 4.182 Protestas y 157 fallecidos desde el 1 de abril 2017*, 30 de julio de 2017. Disponible en: <https://bit.ly/32ipFhk>

<sup>66</sup> Foro Penal Venezolano, *Reporte sobre la represión del Estado en Venezuela*, 2017, Julio 2017. 4. Disponible en: <https://bit.ly/3yYjASJ>

<sup>67</sup> Comisionado Presidencial para Derechos Humanos y Atención a las Víctimas, *Relatos de tortura...*

<sup>68</sup> Comisión Presidencial para Derechos Humanos y Atención a las Víctimas, *Venezuela entre la oscuridad y la esperanza: Informe de derechos humanos 2019* (Caracas: 2019). Disponible en: <https://bit.ly/2W4aQw1>

<sup>69</sup> Noticias ONU, *Bachelet pide que se reevalúen las sanciones a Cuba y Venezuela en medio de la pandemia del coronavirus*, 24 de marzo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3gMqgw6>; Transparencia Venezuela, *Sanciones internacionales ¿origen o fin de la crisis?*, 2020, p.19. Disponible en: <https://bit.ly/3gKYFLU>

**Daniela Suárez Orellana**

A todo ello cabe agregarle que, como consecuencia de la emergencia humanitaria compleja que aqueja al país, más de 5 millones de venezolanos se han visto en la necesidad de emigrar en busca de mejores oportunidades de vida. En muchos casos, la escasez de recursos los ha obligado a transitar por vías terrestres y marítimas irregulares, exponerse a bajas temperaturas, pernoctar en vías públicas u otros lugares similares y pasar días sin comer ni asearse, para poder llegar a su destino final. Indudablemente, dicha situación representa un riesgo para la integridad personal de los migrantes que, en no pocas ocasiones, se ha concretado en el contagio de enfermedades, sufrimiento de daños físicos y psicológicos, e incluso la muerte.<sup>70</sup>

Por todo lo antes expuesto, se considera imperativo que los procesos de memorialización aplicados en Venezuela abarquen las violaciones cometidas desde el año 1989 hasta que se produzca la transición.

### **Tipos de violaciones abarcadas por la propuesta**

A la luz de las variadas violaciones a derechos humanos perpetradas a través de los años y su incidencia en el notable deterioro económico, político y social del país, se considera que el proyecto de memorialización a implementarse en Venezuela no debe enfocarse exclusivamente en violaciones graves, sino abarcar también aquellos hechos que de alguna forma u otra contribuyeron sustancialmente a la continuidad de la violación o a la producción de formas nuevas de transgresión a otros derechos.

En ese orden de ideas, se sugiere que los programas de memorialización abarquen:

1. Violaciones a los derechos civiles: especialmente en lo concerniente a la privación arbitraria del derecho a la vida, materializada a través de ejecuciones sumarias; las detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes perpetrados por motivos políticos; los actos de censura dirigidos contra trabajadores de la prensa y cualquier otra persona difusora de

---

<sup>70</sup> Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Situación en Venezuela*, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3ASY2r3>

**Daniela Suárez Orellana**

información como medio para cercenar la libertad de pensamiento y expresión; y la violación del derecho a la propiedad mediante la práctica reiterada de expropiaciones al margen de la ley. Todo ello evaluado desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional.

2. Violaciones a la institucionalidad democrática y al estado de derecho: incluidos, pero no limitados a los intentos de golpes de estado, la ausencia de independencia de los poderes públicos; y el uso del Tribunal Supremo de Justicia como órgano legitimador de las actuaciones carentes de legalidad.
3. Violaciones a los DESCAs: evaluación realizada partiendo de la incidencia de la corrupción en el deterioro de los centros de salud, el acceso a alimentos balanceados y de calidad, los programas de ayuda social, la prevención y actuación frente a catástrofes medioambientales; la situación en el Arco Minero del Orinoco; la influencia de las sanciones internacionales en el agravamiento de la crisis preexistente; entre otros.
4. Situación particular de los migrantes y refugiados venezolanos: visibilizando las principales causas de la migración forzada; las formas y medios empleados para salir de Venezuela y sus riesgos; la existencia o ausencia de políticas públicas de recibimiento e integración social de migrantes y refugiados venezolanos desarrolladas por los Estados receptores; y la ruptura familiar producida por la migración, analizada particularmente desde la óptica del abandono de niños, niñas y adolescentes.
5. Marco generalizado de impunidad: refiriendo la ausencia de investigaciones independientes, imparciales y expeditas contra funcionarios de mandos medios y altos, presuntamente responsables de materializar, ordenar o permitir las detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas y otras violaciones análogas. Así como la participación o aquiescencia de jueces, fiscales, defensores públicos, médicos forenses y determinados particulares en la promoción, ejecución o permanencia de tales violaciones.

Partiendo del período de tiempo y las violaciones señaladas, se realizan las siguientes propuestas de memorialización:

### **Propuesta Nro. 1: Museo Nacional de Memoria**

Se propone crear un museo nacional de memoria que ofrezca un recuento del debilitamiento de la institucionalidad democrática, las violaciones de derechos humanos y los crímenes internacionales desarrollados en Venezuela. Es importante que el mismo se encuentre ubicado en un sitio emblemático que permita conectar con las violaciones ocurridas. En ese sentido, se sugiere como primera opción la sede de reclusión del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN) ubicada en Plaza Venezuela, mejor conocida como “La tumba”. Célebre por albergar y torturar presos políticos.

El referido recinto fue diseñado originalmente para fungir como sede administrativa del metro de Caracas. A nivel de infraestructura, cuenta con 10m de profundidad distribuidos en cinco pisos subterráneos y siete celdas de 2x3m alineadas de forma continua. La tristemente emblemática sede del SEBIN hace honor a su nombre, pues su ubicación subterránea, sin ventanas, luz natural, ventilación, ni otros sonidos distintos a los del paso del metro, permiten equipararla a un sepulcro.<sup>71</sup>

A fin de aprovechar al máximo el espacio, cada piso podría ser utilizado para desarrollar aspectos concretos ocurridos en el país desde 1989. A continuación, se plantea una posible distribución:

- **Piso 1:** Contexto de disconformidad política desarrollado en Venezuela entre 1989 y 1999: caracazo, intentos de golpes de Estado, apoyo de las élites venezolanas y los medios de comunicación al quebrantamiento del orden democrático comandado por Hugo Chávez.
- **Piso 2:** Ascenso de Chávez al poder y violaciones cometidas bajo su mandato: inicio de las expropiaciones, despidos masivos, retórica estigmatizante, denuncia de instrumentos internacionales de derechos humanos, torturas selectivas, cierre de medios de comunicación, entre otros.

---

<sup>71</sup> ABC, «La tumba», *siete celdas de tortura en el corazón de Caracas*, 10 de febrero de 2015. Disponible en <https://bit.ly/2XEPZ2P>; La información, Así es ‘La tumba’, *las celdas de tortura venezolanas que denuncia Lilian Tintori*, 15 de marzo de 2016. Disponible en <https://bit.ly/3z1fnNQ>



**Daniela Suárez Orellana**

- **Piso 3:** Ascenso de Nicolás Maduro al poder y violaciones cometidas bajo su mandato: perpetración de actos ilegales, indiscriminados y masivos y su categorización como crímenes de lesa humanidad. Así como la incidencia de la corrupción en la violación de los DESCAs.
- **Piso 4:** Fenómeno de la migración y refugio: medios empleados para salir de Venezuela, estigmatización por parte del gobierno contra los venezolanos que huyen del país, principales Estados receptores de migrantes y refugiados, políticas públicas de recibimiento e integración de migrantes y refugiados venezolanos, lucha contra la xenofobia, ruptura familiar producida por la migración, entre otros.
- **Piso 5:** Contexto generalizado de impunidad y participación o aquiescencia de jueces, fiscales, defensores públicos, médicos forenses, agentes estatales y determinados particulares en prácticas violatorias de derechos humanos.

## **Propuesta Nro. 2: Museo en conmemoración de las víctimas de detenciones arbitrarias, tortura y desaparición forzada**

Siguiendo los mismos lineamientos de la propuesta anterior, se sugiere crear un museo temático dedicado a reflejar exclusivamente la práctica de detenciones arbitrarias, tortura y desaparición forzada cometida durante los gobiernos de Hugo Chávez y Nicolás Maduro; ello debido al alto número de víctimas resultantes de tales violaciones.

Se propone que dicho museo tenga lugar en la sede de la Dirección General de Contrainteligencia Militar (DGCIM), ubicada en Boleíta, estado Miranda, sitio emblemático por ser uno de los centros de reclusión que ha albergado la mayor cantidad de presos políticos hasta la fecha. Concretamente, se situaría en el área popularmente denominada “La casa de los sueños”, construida en enero del año 2020 en el ala oeste del sótano 2 de la sede de la DGCIM con la finalidad de albergar a más detenidos.

A fin de poder recrear de la manera más exacta posible las condiciones de reclusión que enfrentan los presos políticos, se sugiere conservar la infraestructura original de La Casa de los sueños. Al respecto, es propicio recordar que la misma se encuentra dividida en dos pisos: el de la planta alta aloja 14 celdas y un cuarto de baño integrado por 6 duchas; mientras

**Daniela Suárez Orellana**

que el de la planta baja está integrado por 2 celdas, un salón de visitas y una oficina.<sup>72</sup> Las celdas en cuestión miden aproximadamente 2,50 x 1,90 m; están dotadas con una litera de cemento, una poceta y un pequeñísimo lavamanos.

Aunque originalmente tales celdas fueron construidas para albergar a un máximo de 2 reclusos, comúnmente duplican su capacidad. Hacinamiento que deberá también ser incluido en la temática abordada por el museo.<sup>73</sup>

De igual forma, se propone dotar a dicha instalación del material audiovisual necesario para transmitir las aberrantes torturas sufridas por los detenidos y los actos de represalia a los que fueron sometidos tras compartir su testimonio con personal del ACNUDH y de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los hechos para Venezuela.

### **Propuesta Nro. 3: Selección de lugares icónicos a nivel nacional**

Con el objetivo de evitar que el proceso de memorialización se centre exclusivamente en la ciudad de Caracas, se propone ubicar lugares icónicos a nivel nacional donde se hayan materializado violaciones de derechos humanos e identificarlos con placas, estatuas u otros monumentos similares que honren a las víctimas.

Sin perjuicio de otros lugares que puedan seleccionarse, se sugieren:

- Sector los Nuevos Teques, municipio Guaicaipuro, estado Miranda: lugar del homicidio de Adriana Urquiola, joven embarazada de 28 años y traductora de señas;<sup>74</sup>
- Autopista San Cristóbal, la Fría, estado Táchira: sitio en el que fue agredido el joven de 16 años, Rufo Chacón, por agentes de la Policía del Táchira

---

<sup>72</sup> El Nacional, *La Casa de los Sueños: las nuevas celdas de castigo de la DGCIM*, 27 de enero de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3z65gHP>

<sup>73</sup> Infobae, *El perverso nombre de las nuevas celdas de castigo de la Dirección de Contrainteligencia de Venezuela: “La Casa de los Sueños”*, 26 de enero de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3D2VecT>

<sup>74</sup> El País, *La muerte en una barricada de una joven embarazada estremece a Venezuela*, 24 de marzo de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/2XV3iMR>

**Daniela Suárez Orellana**

cuando se encontraba participando en una protesta pacífica. Los funcionarios le dispararon 52 perdigones en el rostro dejándolo ciego;<sup>75</sup>

- Urbanización Sucre, Barquisimeto, estado Lara: epicentro de numerosos allanamientos y detenciones arbitrarias practicadas contra los vecinos del sector como señal de represalia por haber exigido mejoras en la prestación de los servicios públicos;<sup>76</sup>

- Isla de Toas, municipio Almirante Padilla, estado Zulia: lugar donde perdió la vida el joven de 18 años, José Luis Albornoz, a manos de funcionarios de la Guardia Costera cuando se encontraba participando en una protesta;<sup>77</sup>

- Adyacencias del centro de acopio de Mercal, municipio Tucupita, estado Delta Amacuro: sitio donde fueron asesinados los indígenas de la etnia warao, José Gregorio Moraleda y Jomás Alcántara, por agentes de la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) y de la policía de Delta Amacuro debido a su participación en una manifestación realizada para reclamar alimentos;<sup>78</sup>

- Santa Elena de Uairén, estado Bolívar: zona en la que fueron masacrados 8 indígenas tras exigir el ingreso de la ayuda humanitaria a Venezuela. La masacre fue perpetrada en el marco de una operación conjunta llevada a cabo por la GNB y grupos paramilitares.<sup>79</sup>

#### **Propuesta Nro. 4: Exposiciones itinerantes**

En aras de permitir que toda la población tenga acceso a los documentos, obras y demás información de interés, se propone realizar exposiciones itinerantes a lo largo del territorio nacional.

---

<sup>75</sup> El Nacional, *Rufo Chacón: “Es muy fuerte ver oscuridad todos los días, a veces no puedo dormir”*, 28 de junio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3mswmFI>

<sup>76</sup> El impulso, *#AvanceIMP Así amaneció la urbanización Sucre tras allanamiento de las FAES #21May*, 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3B8KaJA>

<sup>77</sup> Información publicada por el Observatorio venezolano de conflictividad social, 17 de julio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/2WnzOqa>

<sup>78</sup> PROVEA, *Masacre de Santa Elena de Uairén: ocho indígenas han sido asesinados por policías y militares en protestas realizadas entre 2017 y 2019*, 25 de enero de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3mqLd3e>

<sup>79</sup> *Ibidem*.

**Daniela Suárez Orellana**

Las mismas podrían abordar distintas temáticas, ya sea conmemorando fechas representativas instituidas a nivel nacional (vgr. 27/28 de febrero) e internacional (vgr. Día internacional contra la tortura); recordando a víctimas individuales o colectivas que sufrieron daños como resultado de las violaciones perpetradas, u homenajeando a personalidades emblemáticas por su lucha a favor de la defensa de los derechos humanos, los principios democráticos y el estado de derecho.

En el marco de lo anterior, resultaría propicio contar con diversos paneles de expertos que dicten charlas, talleres y foros en los que instruyan a la población respecto a los derechos existentes a su favor, los mecanismos que pueden activar a nivel doméstico e internacional en caso de violación, las ventajas de fomentar valores democráticos y contar con instituciones públicas independientes, y, en general, sobre cualquier tema de interés que promueva una cultura de paz y reconciliación.

En cuanto a su desarrollo, se plantea la posibilidad de seleccionar distintas locaciones (universidades, escuelas, teatros, cines, casas de cultura, lugares icónicos, organismos públicos, entre otros) desde las cuales se exhiba el material audiovisual, bibliográfico, artístico o conmemorativo al que haya lugar durante el tiempo determinado que se haya fijado para la exposición. Así como también de adecuar camiones (*trucks*) que puedan movilizarse a diversas localidades del mismo estado escogido para la exposición itinerante y exhibir otra parte del material según la temática seleccionada para la exposición.

### **Propuesta Nro. 5: Creación de una página web oficial dedicada a los programas de memorialización**

La página deberá ofrecer un recuento de los distintos programas de memorialización desarrollados en Venezuela, su ubicación, temática y calendario de futuros eventos. Lo anterior incluye el material audiovisual, bibliográfico y artístico expuesto en los diferentes proyectos.

Al igual que el resto de las exposiciones, la página deberá realizar la debida inclusión y diferenciación de todos los grupos de víctimas afectados, las violaciones cometidas en su

**Daniela Suárez Orellana**

contra y los daños derivados de tales violaciones. Respetando en todo momento la perspectiva de género.

En el mismo sentido, deberá ofrecer recorridos virtuales de los museos que le brinden a aquellos venezolanos que se encuentren fuera del país la oportunidad de observar las diferentes salas y exhibiciones disponibles.

En suma, el propósito de la página debe orientarse a transmitir la información de los programas de memorialización de la manera más completa, accesible y detallada posible.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

El desarrollo doctrinal y la experiencia comparada de Estados que han atravesado procesos de justicia transicional han puesto de manifiesto la indiscutible importancia que tienen los programas de memorialización para la efectiva reconstrucción del tejido social.

No obstante, asegurar el éxito de los mismos, su permanencia en el tiempo y sobre todo la aceptación de la sociedad, exige, cuando menos: (i) realizar consultas públicas que aseguren la participación de las víctimas, ONG's y demás interesados; (ii) delimitar el período y las violaciones objeto de los programas de memorialización a fin de evitar generar falsas expectativas; (iii) dirigir los programas con perspectiva de género para visibilizar de manera apropiada las violaciones perpetradas contra las mujeres; (iv) conformar un equipo multidisciplinario, independiente e imparcial que se encargue de crear, difundir y ejecutar los distintos programas de memorialización; (v) contar con diversas fuentes de financiamiento que aseguren su autonomía; y (vi) establecer mecanismos que garanticen la seguridad institucional del proyecto, protegiéndolo de eventuales fluctuaciones políticas.

Tomando en cuenta lo anterior, el presente trabajo ha realizado 5 propuestas concretas de memorialización enfocadas en las violaciones a derechos humanos desarrolladas en Venezuela desde el año 1989, con la esperanza de que la implementación adecuada de cada una de ellas –y otras que se vayan recogiendo en el camino- sirvan como llamado a la

**Daniela Suárez Orellana**

consciencia y visibilicen las prácticas que dieron lugar a la perpetración de tan lamentables hechos, a fin de evitar repetirlos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Normativa**

Ley de Víctimas y restitución de tierras de Colombia, No. 1448/2011.

Ley No. 24043/91 sobre la reparación de las víctimas detenidas antes del 10/12/1983 y puestas a disposición del Poder Ejecutivo.

**Daniela Suárez Orellana**

Ley No. 24411/94 por la que se concede indemnización a las víctimas de desaparición forzada o causahabientes de personas que fueron asesinadas por las fuerzas militares o de seguridad.

Plan Integral de reparaciones de Perú, ley No. 28592, 29 de julio de 2005.

### **Doctrina**

AMBOS, KAI., *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá: Temis, 2008.

ARENAS, NELLY. «Poder reconcentrado: el populismo autoritario de Hugo Chávez», en *Revista Politeia*, 39(30). Instituto de Estudios Políticos, UCV, 2007:23-63.

BREWER-CARÍAS, ALLAN, «El autoritarismo en Venezuela construido en fraude a la constitución». Ponencia para para las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo y el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 25-27 de julio de 2007.

BURT, JO-MARIE, «Desafiando la impunidad en tribunales nacionales: juicios por derechos humanos en América Latina» en *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, ed. Por Félix Reátegui. Brasilia. Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia. Nueva York. Centro Internacional para la Justicia Transicional: 2011.

CALDERA, RAFAEL, *Dos discursos (1989-1992)*, Caracas: Arte, 1992.

CASSESE, ANTONIO. «The Rome Statute: A Tentative Assessment» en Cassese et al. (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

CIDH, *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales*, OEA/Ser.L/V/II, 12 de abril de 2021.

CIDH, *Informe anual 2012*, Capítulo IV: Desarrollo de los Derechos Humanos en la región: Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 5 de marzo de 2013.

**Daniela Suárez Orellana**

Comisión Internacional de Juristas, *Colombia: Jurisdicción Especial para la Paz, análisis a un año y medio de su entrada en funcionamiento*, junio 2019.

Comisionado Presidencial para Derechos Humanos y Atención a las Víctimas, *Relatos de tortura: la realidad silenciosa de los militares privados de libertad*. Caracas: 2020.

GARRETÓN, FRANCISCA ET AL., *Políticas Públicas de Verdad y Memoria en 7 países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay)*, Centro de Derechos Humanos de la universidad de Chile. Santiago, 2011.

GONZÁLEZ, PABLO Y PÉREZ, EDWARD., «Desafíos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Leyes de amnistía en Contextos de Justicia Transicional», *Revista Persona y Derecho* 80 (2019):81, DOI 10.15581/011.80.81-106.

HEINZ, SONNTAG, *Venezuela, 4F-1992: Un análisis sociopolítico*. Caracas: Nueva Sociedad, 1992.

HERNÁNDEZ, LOLYMAR, *El proceso constituyente venezolano de 1999*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

LEÓN, LUIS EDUARDO, «Las elecciones presidenciales de 1998 en Venezuela. Una aplicación de la teoría direccional del voto», *Revista de Ciencias Políticas, Politeia* 28 (2002): ISSN 0303-9757.

MARTÍNEZ, JOSÉ HONORIO, «Causas e interpretaciones del Caracazo», *Revista de Historia Actual Online* 16 (2008): ISSN 1696-2060, 89.

MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL, «Golpes de Estado en Venezuela durante el período 1989-2004: Evolución del conflicto y contexto sociopolítico», *Revista Análisis Político* 64 (2008): ISSN 0121-4705.

OLÁSULO, HÉCTOR Y CARNERO, ENRIQUE, «Extensión y Límites de la Jurisdicción Personal, Territorial y Temporal de la Corte Penal Internacional» en Héctor Olásulo, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*. Medellín: Editorial Dyke, 2012.



**Daniela Suárez Orellana**

OLÁSULO, HÉCTOR, «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, Vol. 24.

PEREIRA, PAMELA, «Las sendas de la judicialización: una mirada al caso chileno» en *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, ed. Por Félix Reátegui. Brasilia. Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia. Nueva York. Centro Internacional para la Justicia Transicional: 2011.

PÉREZ, EDWARD Y GÓMEZ, SIMÓN, *Estudio Introductorio: ¿Qué es la Justicia Transicional?*, s/f.

ROMERO, JUAN EDUARDO, «El discurso político de Hugo Chávez (1996-1999)», *Espacio Abierto* 10 (2001): ISSN 1315-0006, 229-245.

ROT-ARRIAZA, NAOMI, *The Pinochet Effect: Transitional Justice in the Age of Human Rights*. University of Pennsylvania Press: 2006.

SAAVEDRA, PABLO, «Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Armin von Bogdandy. *et al.*, *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Puebla: UNAM, 2016.

SACHS, ALBIE. *The Soft Vengeance of a Freedom Fighter*. Berkeley: University of California Press, 2000.

SANDOVAL, CLARA, «Two steps forward, one step back: reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes» *International Journal of Human Rights* 22, N°. 9 (2017): 1192-1208, DOI 10.1080/13642987.2016.1268439.

SCHABAS, WILLIAM, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2011.

**Daniela Suárez Orellana**

SCOTT, JOAN., «El género: una categoría útil para el análisis histórico», en, Marta Lamas., *et al, El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, PUEG-UNAM: México, 1996.

STROMSETH, JANE, *Accountability for Atrocities: National and International Responses*. BrillNijhoff: 2003.

TEITEL, RUTI, *Transitional Justice*. Nueva York: Oxford University Press, 2000.

VAN ZYL, PAUL «Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto» en *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, ed. Por Félix Reátegui. Brasilia. Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia. Nueva York. Centro Internacional para la Justicia Transicional: 2011.

### **Resoluciones e informes de Naciones Unidas**

ACNUDH, *Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006.

ACNUDH, *Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer*, Guatemala, 2015.

ACNUDH, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Consultas nacionales sobre la justicia de transición*, Nueva York y Ginebra: 2009.

Asamblea General de la ONU, *Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional*, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, resolución No. A/HRC/45/45, 9 de julio de 2020.

Asamblea General de la ONU, *Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, resolución No. A/HRC/42/45, 11 de julio de 2019.

**Daniela Suárez Orellana**

Asamblea General de Naciones Unidas, *Derechos humanos y justicia de transición*, A/HRC/RES/21/15, 11 de octubre de 2012.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Resolución sobre el derecho a la verdad No. 2005/66”, en Comisión Colombiana de Juristas, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Compilación de documentos de la Organización de Naciones Unidas, Bogotá: 2007.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, *Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad*, E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004.

Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas Nro. 3220 (XXIX), Nro. 33/173, Nro. 45/165 y Nro. 47/132.

### **Jurisprudencia**

Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH, *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C No. 223.

**Daniela Suárez Orellana**

Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352.

Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419.

Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Corte IDH. *Caso Hernández Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

**Daniela Suárez Orellana**

Corte IDH. *Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415.

Corte IDH. *Caso Pacheco León y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre 2017. Serie C No. 342.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

Corte IDH. *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403.

SCTSJ, *Caso abogados Gustavo Álvarez y otros*, sentencia No. 1939/2008, 04 de diciembre de 2008.

SCTSJ, Ponencia conjunta, Sentencia No. 155, Expediente No. 17-0323, 27 de marzo de 2017.

SCTSJ, Ponencia conjunta, Sentencia No. 156, Expediente No. 17-0325, 29 de marzo de 2017.

## DISCORDANCIA ENTRE LA TEORÍA Y LA PRAXIS JURÍDICA EN VENEZUELA A PROPÓSITO DEL DOLO EN EL DERECHO PENAL

*Rodrigo Silva Medina*

Doctor en Derecho, profesor de Seminario: Área de Derecho Penal (UCAB)

### Resumen

La jurisprudencia y la doctrina defienden que el dolo está compuesto por el conocimiento y la voluntad de la realización del hecho típico, pero para probar el dolo en el proceso penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se conforma solo con la prueba del conocimiento. Ello debería impulsar a la jurisprudencia a cambiar el criterio y sostener que el dolo es solo conocimiento de la realización típica, pero ello no ocurre porque el Código penal establece que son punibles las conductas realizadas con intención, con lo cual obliga a considerar en el dolo la voluntad, aunque esta no se pueda probar. Es necesario que la legislación no adopte una postura dogmática concreta como la actual, para que la teoría pueda ser concordante con la praxis.

**Palabras clave:** Derecho penal, dolo, conocimiento, voluntad, intención, prueba, procedimiento penal.

## DISAGREEMENT BETWEEN LEGAL THEORY AND PRACTICE IN VENEZUELA ABOUT PURPOSE IN CRIMINAL LAW

### Abstract

Jurisprudence and legal doctrine maintain that purpose is composed of both knowledge and the will to carry out a crime, whereas the Supreme Court only demands proof of knowledge in order to establish purpose in criminal proceedings. This should encourage jurisprudence to change the criteria and defend that purpose is only knowledge of the action's performance. This does not happen because the Criminal Code establishes that only actions perpetrated with intent are punishable, which means that purpose is integrated with the will although it cannot be proved. It is important that the legislation does not adopt a particular dogmatic position like the current one to ensure the theory remains consistent with the practice.

**Keywords:** Criminal Law, purpose, intent, knowledge, will, intention, evidence, criminal procedure.

## **INTRODUCCIÓN**

El artículo 300.2 del Código Orgánico Procesal Penal<sup>1</sup> (en adelante, COPP) prevé que el Ministerio Público, en el curso de la fase preparatoria del proceso penal, puede solicitar al juez de control el sobreseimiento de la causa, alegando, entre otras causales, que el hecho imputado no es típico o que, siendo típico concurre una causa de inculpabilidad. Uno de los elementos del tipo o de la culpabilidad, dependiendo de la adscripción metodológica del intérprete, es el dolo en los hechos punibles que así lo exigen, que constituyen la mayoría de los tipos penales. Por lo tanto, el Ministerio Público debe, en todo caso, recoger elementos de convicción y promover medios de prueba que sean necesarios y pertinentes para crear en el juzgador la convicción plena de la existencia del dolo, para fundamentar la acusación hasta la sentencia definitivamente firme. Además, los jueces penales, tanto en fase intermedia como en fase de juicio, deben estar atentos para identificar los elementos de convicción o medios de prueba que acrediten el dolo de la conducta del sujeto, pues sin ellos acaecería el sobreseimiento o la absolución. De esta manera, si no es posible recopilar elementos de convicción para fundamentar que el sujeto realizó una determinada conducta con dolo, y la misma conducta no es castigada si se realiza imprudentemente (culposamente), el Ministerio Público debe solicitar el sobreseimiento de la causa, como lo prescribe la disposición mencionada.

La necesidad de la prueba del dolo en el proceso penal obliga plantearse su concepto y cuáles son los elementos que lo integran, para así poder fijar tanto el objeto como los medios probatorios, que, en fase preparatoria, se denominan elementos de convicción por exigencias del principio acusatorio. En el presente trabajo se abordarán las posturas dogmáticas sobre el dolo que se han sostenido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y se contrastarán esas posturas con lo exigido por el Tribunal Supremo de Justicia para que se declare probado el dolo en el proceso penal.

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial n. ° 6078, extraordinario, de 15 de junio de 2012.

## I. LOS ELEMENTOS DEL DOLO

La jurisprudencia y la doctrina dominante venezolana sostienen que el dolo consiste en la intención de realizar un hecho antijurídico y que el mismo es la consciencia y voluntad del hecho descrito en la ley como punible<sup>2</sup>. Con ello, se adscriben a las teorías de la voluntad que se han elaborado sobre el dolo. Pero esta no es la única teoría que explica la naturaleza jurídica del dolo. Es necesario recordar que todo hecho relevante para el Derecho penal (ya sea doloso, imprudente -culposo- u omisivo) presupone un comportamiento humano que requiere *voluntariedad*.

La voluntariedad del comportamiento a la que se hace referencia es aquella que la doctrina dominante señala como las conductas que son humanas, externas, que no sean causadas por alguna fuerza física irresistible, algún movimiento reflejo o realizadas en el marco de un estado de inconciencia<sup>3</sup>. En esta línea, ROXIN entiende que el comportamiento idóneo como objeto de imputación típica es el que se puede atribuir a un sujeto como centro de actos psicológicos-individuales con trascendencia exterior; con lo cual los actos con voluntariedad son los que son dominados o dominables por la voluntad y la conciencia, es decir, que son manifestaciones de la personalidad<sup>4</sup>. En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, para quien la conducta que es susceptible de imputación jurídico-penal es aquella que expresa procesos humanos interpretables por el derecho, capaces de sentido<sup>5</sup>. Con ello, las conductas que tienen voluntariedad son la que manifiestan un cierto autocontrol, en el sentido de que constituyen actos *humanos* (que el sujeto puede controlarlos) y no simples actos *de hombres* (en los que el sujeto se halla como un animal, sin controlabilidad).

Esta voluntariedad no es suficiente para el dolo, porque también el hecho imprudente o culposo presupone un comportamiento humano voluntario. Entonces ha de preguntarse si para el dolo basta o no agregar, a dicha voluntariedad general, el conocimiento de la

---

<sup>2</sup> Alberto Arteaga Sánchez, *Derecho penal venezolano* (Caracas: Álvaro Nora, 2012), 333.

<sup>3</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general* (Barcelona: Reppertor, 2011), 218-225; Juan Luis Modolell González, *Derecho penal. Teoría del delito* (Caracas: UCAB, 2015), 49-54.

<sup>4</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), 252.

<sup>5</sup> Jesús María Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 35.



**Rodrigo Silva Medina**

peligrosidad de la conducta para la norma protegida. La señalada teoría de la voluntad responde negativamente, pues exige, además, que el sujeto desee (dolo directo de primer grado) o al menos acepte (dolo directo de segundo grado y dolo eventual) el resultado del hecho; mientras que las teorías del conocimiento o de la representación responden positivamente, porque estiman que no es necesario añadir ninguna voluntad interna adicional del sujeto<sup>6</sup>. De esta manera, según las teorías de la voluntad el dolo se configura como conocimiento y voluntad del hecho ilícito por parte del autor; mientras que según las teorías del conocimiento el dolo solo estaría integrado por el conocimiento de la peligrosidad de la conducta.

La circunstancia de que la jurisprudencia haya optado tradicionalmente por las teorías de la voluntad implica que el Ministerio Público debe probar no solamente que el imputado realizó la conducta de riesgo típicamente relevante en el sentido de un tipo concreto (en los delitos de mera actividad) y que este es el mismo riesgo que se manifestó en el resultado (en los delitos de resultado), sino que, además, debe probar que el sujeto se representó el riesgo concreto que encerraba su conducta para el bien jurídico y que quiso (deseó o aceptó) el hecho. Sin embargo, como se verá más adelante, en la práctica se elude la exigencia de la prueba del elemento volitivo del dolo, y en las sentencias solo se motiva, cuando ello ocurre, la prueba de indicios para la verificar el conocimiento del hecho por parte del sujeto que lo realiza. Así, en la realidad forense se aplica la teoría del conocimiento o de la representación, aun cuando retóricamente se continúa sosteniendo que el dolo es conocimiento y voluntad del hecho perpetrado. Con lo cual, si la voluntad es un elemento del dolo independiente del conocimiento del hecho, se podría sostener que se ha estado condenando por hechos dolosos sin la plena prueba del dolo.

Para evidenciar esta contradicción en el tratamiento del dolo en la jurisprudencia, en el siguiente apartado se hará un breve repaso de las concepciones sobre el dolo y, posteriormente, se analizarán tres sentencias representativas del Tribunal Supremo de Justicia, a saber, los fallos 1.703 de 21 de diciembre de 2000 (ponente Angulo Fontiveros) y

---

<sup>6</sup> Mir Puig, *Derecho...*, 268.

**Rodrigo Silva Medina**

554 de 29 de octubre de 2009 (ponente Coronado Flores) de la Sala de Casación Penal y la sentencia 490 de 12 de abril de 2011 (ponente Carrasquero López) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Estos fallos pusieron de manifiesto que existe disconformidad entre el concepto de dolo y su determinación probatoria en el espectro límite entre el dolo y la imprudencia o culpa. En efecto, el problema del contenido del dolo aparece a lo largo de todas sus clases, pero es en el dolo eventual donde se ha debatido con más fuerza si ha de mantenerse o no el querer como elemento distintivo del dolo<sup>7</sup>.

## **II. POSTURA DE LA DOCTRINA Y LA JUSRIPRUDENCIA VENEZOLANA**

Como se adelantó, la doctrina tradicional se inclina a entender que el dolo consiste en la conciencia y voluntad del hecho descrito en la ley como punible (teorías de la voluntad)<sup>8</sup>. Así, el dolo se entiende como conocer y querer los elementos descritos en el tipo penal (el sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo). Es decir, el dolo constaría de dos elementos: elemento cognoscitivo o intelectual (conocer) y elemento volitivo (querer), que se agregan a la voluntariedad del comportamiento humano correspondiente a la primera categoría del concepto de delito (acción o conducta o comportamiento). Así, en el caso del tipo de homicidio, no es suficiente que el sujeto sea consciente de que está dando muerte a otra persona, sino que es necesario también que quiera matarla. Esto tiene consecuencias al delimitar el dolo de la imprudencia (dolo eventual de la imprudencia o culpa consciente), porque conduce a exigir para el dolo una actitud interna de aprobación, consentimiento, o al menos, de aceptación del hecho<sup>9</sup>.

Los comentaristas del artículo 61 del Código Penal<sup>10</sup> (en adelante, CP) han sostenido que el dolo es conocimiento y voluntad del hecho punible. CHIOSSONE defendió que la intención a la que se refiere el encabezado de dicha disposición se refiere a la voluntad libre y consciente de infringir disposiciones legales prohibitivas, con lo cual abraza la tesis de que

---

<sup>7</sup> Precisamente, el dolo eventual es la clase de dolo en la que el elemento volitivo es prácticamente inexistente.

<sup>8</sup> Arteaga Sánchez, *Derecho...*, 333.

<sup>9</sup> Mir Puig, *Derecho...*, 268.

<sup>10</sup> Gaceta Oficial n.º 5768, extraordinario, de 13 de abril de 2005.

**Rodrigo Silva Medina**

el dolo requiere voluntad y consciencia del hecho punible<sup>11</sup>. Asimismo, MENDOZA TROCONIS indicó que el Derecho penal venezolano exige que el autor tenga conocimiento y quiera la acción, además de que aprecie el valor jurídico del hecho<sup>12</sup>. Actualmente, ARTEAGA SÁNCHEZ ha sostenido que el dolo, entendiendo que su esencia es la intención, tiene como elementos fundamentales la conciencia o previsión del hecho y la voluntariedad de este, por lo que el dolo puede ser definido como la conciencia y voluntad del hecho punible<sup>13</sup>. Por su parte, MODOLELL GONZÁLEZ señala que la definición de dolo como intención en el artículo 61 CP determina que su contenido sea la voluntad y el conocimiento del hecho, con lo cual el derecho positivo venezolano no permite que pueda restringirse el concepto de dolo solo al conocimiento de los elementos típicos<sup>14</sup>.

En relación con el rendimiento del concepto de dolo como conocimiento y voluntad del hecho punible, ARTEAGA SÁNCHEZ señala que las conductas de dolo eventual pueden ser calificadas como dolosas, porque el concepto de intención previsto en el artículo 61 CP puede ser entendido en sentido amplio. De tal manera que, si el resultado no querido directamente está unido por una posibilidad que implica una aceptación de tal resultado, el hecho debe ser calificado como doloso. En estos casos, defiende el señalado autor, el sujeto actúa sin asumir una completa posición negativa con relación al resultado dañoso posible. Esta postura extensiva del concepto de intención, para poder abarcar casos en los que el sujeto alcanza a representarse que su conducta tiene la aptitud para producir el resultado, pero no solo no quiere el acaecimiento del resultado, sino que este le es inconveniente para sus fines<sup>15</sup>, lleva a ARTEAGA SÁNCHEZ a defender que “partiendo del dolo como intención se pueden también

---

<sup>11</sup> Tulio Chiossone, *Anotaciones al Código penal venezolano*, t. I, pp. 152-156, extraído de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código penal de Venezuela*, vol. I (Caracas: UCV, 1982), 522.

<sup>12</sup> José Rafael Mendoza Troconis, *Curso de Derecho penal venezolano. Parte general*, t. II, pp. 199-204, extraído de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código penal de Venezuela*, vol. I (Caracas: UCV, 1982), 531.

<sup>13</sup> Alberto Arteaga Sánchez, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible* (Caracas: UCV, 1975), 114 y 115; Arteaga Sánchez, *Derecho...*, 333.

<sup>14</sup> Modolell González, *Derecho...*, 96.

<sup>15</sup> Por ejemplo, los miembros de un grupo terrorista torturan a un policía para conseguir determinada información, y luego de varios días de tormentos se percatan de que el prisionero se encuentra extremadamente débil, pero, exigidos por ser la última oportunidad para obtener la información siguen torturando, advirtiendo la posibilidad de su muerte, y esta finalmente ocurre sin obtener la información requerida. El caso es de Ramon Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: J. M. Bosch, 1999), 47.

atribuir a este título [...] hipótesis de resultados no intencionales, sin disminuir la noción del dolo como intención”<sup>16</sup>.

Por su parte, MODOLELL GONZÁLEZ, quien había apuntado que el contenido del dolo previsto en el artículo 61 CP está integrado por la voluntad y el conocimiento del hecho, sostiene que en el dolo eventual es fundamental la probabilidad de la lesión o peligro del bien jurídico, y, luego de que se constate objetivamente tal probabilidad de daño, cabe verificar si el agente se representó dicho hecho típico, el cual, por carecer de seguridad en su acaecimiento, se deja al azar o a la eventualidad<sup>17</sup>. De tal manera, que este autor no se refiere al elemento volitivo en el dolo eventual, sino que prefiere considerar, con preeminencia, a la probabilidad de que la conducta produzca el hecho típico, para luego analizar si acaso el sujeto activo se representó el resultado, para lo cual no se exige, obviamente, seguridad de su realización<sup>18</sup>.

En lo que se refiere a la jurisprudencia, cabe resaltar, como antes se indicó, tres decisiones. La primera es la dictada por la Sala de Casación Penal 1703/2000 de 21 de diciembre (ponente Angulo Fontiveros). Los hechos examinados en este fallo fueron los siguientes:

En efecto, se encuentra comprobado que en fecha 24-2-98, frente al Barrio las Nieves en las Adjuntas, vía pública, a las 7:30 de la noche aproximadamente, el ciudadano ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ, conducía un vehículo de carga, pick-up, Dodge, placas 506-ACN, 1976, vino tinto, el cual era prestado; al hacer un giro indebido "vuelta en U", impacta y engancha a la mencionada víctima que se encontraba saliendo de un módulo de teléfonos públicos y al sentir el golpe, no detuvo la marcha del vehículo sino que aceleró, arrastrando consigo el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ (OCCISO), el cual, como se mencionó, había quedado enganchado en el parachoques del vehículo con una pierna. También está demostrado en autos que las personas que presenciaron el hecho, clamorosamente le gritaban al conductor que llevaba a un ciudadano a rastras, y éste hizo caso omiso al

---

<sup>16</sup> Arteaga Sánchez, *Derecho...*, 352 y 353. En este aspecto, este autor sigue a MUSOTTO, G., «El problema del dolo específico», en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, 1965, p. 366

<sup>17</sup> Modolell González, *Derecho...*, 102.

<sup>18</sup> La única clase de dolo que requiere que el agente esté seguro de que su conducta va a realizar el hecho típico es el dolo directo de segundo grado, y es esa seguridad o casi seguridad en el conocimiento es la que permite atribuir el hecho al sujeto a título doloso, aunque aquí tampoco la voluntad juegue un papel determinante.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

llamado de la gente, imprimiéndole mayor velocidad a la camioneta en cuestión, y fue luego de avanzar 2 kilómetros y 320 metros, que detuvo la marcha y huyó del lugar, dejando abandonado el vehículo que conducía con el cadáver del ciudadano que había sido arrollado.

En la parte motiva de la decisión, la Sala de Casación Penal hizo una serie de señalamientos polémicos. El Máximo Tribunal indicó, en primer lugar, que la conducta desplegada por el sujeto activo era idónea para matar, con lo cual parece admitir que la conducta de conducir con una persona viva y atrapada al parachoques del vehículo aumentando la velocidad despliega tanto el riesgo de homicidio como el de lesiones. El riesgo de homicidio tiene una sanción más grave y absorbe el riesgo de lesiones. Con todo, se trata de una conducta apta para producir el señalado resultado, con lo cual, por ahora, no hace ningún juicio de valor acerca de si se trata de un delito doloso o imprudente, pues en ambos casos se requiere que la conducta sea capaz de producir un riesgo relevante a efectos de matar.

Sin embargo, inmediatamente, la sentencia de la Sala de Casación Penal 1703/2000 indicó que era *indiscutible* que la conducta del conductor era de homicidio intencional. Así, sin más explicaciones, el fallo señaló tajantemente que se trataba de un delito intencional (doloso) y que ello estaba fuera de discusión. Pero, seguidamente, la decisión comentada reconoció que había que un ámbito de la teoría del delito que todavía había que discutir, a saber, el dolo del autor; con lo cual sí era discutible la condición intencionalidad del homicidio causado por el autor.

En este punto, la Sala de Casación Penal sorprendió con un argumento muy discutible: como era difícil probar el dolo directo, se debía condenar al sujeto como autor de un delito doloso en su vertiente de dolo eventual. Es decir, estableció una presunción según la cual cuando sea complicado probar la voluntad o el querer el resultado como deseado, habrá que condenar por dolo eventual. Así, por un lado, la Sala de Casación Penal le dio un tratamiento al dolo eventual como si fuera una figura residual, a la cual se puede echar mano cuando no se pueda probar el dolo directo (conocimiento y voluntad), pero el hecho se estime más grave que un delito imprudente o culposos con representación; por otro lado, el Máximo Tribunal aplicó la analogía en contra del reo, pues señaló que no se pudo probar que el sujeto estuviera “seguro de la producción del resultado mortal”, lo cual, según la Sala de Casación Penal, se

**Rodrigo Silva Medina**

asemeja al requisito de aplicación del dolo eventual que, según el fallo, consiste en que no haya seguridad en la producción del resultado. Esta similitud explicaría la conclusión de que el autor es culpable de un delito de homicidio intencional con dolo eventual.

Este argumento por analogía adolece de un problema, a saber, la premisa según la cual en dolo eventual no hay seguridad del resultado para el autor no es exacta. En efecto, de las tres clases de dolo solo el directo de segundo grado o de consecuencia necesarias requiere seguridad, por parte del autor, del acaecimiento del resultado, como ya se indicó. Así, la Sala de Casación Penal erró al sostener que de haber seguridad en la producción del resultado habría dolo directo de primer grado, toda vez que en este dolo, en realidad, lo importante es el deseo del resultado lesivo, independientemente de la seguridad en su acaecimiento o que el autor sepa seguro o estime posible la producción del delito<sup>19</sup>. Por otro lado, pero no menos importante, la aplicación de la analogía está proscrita en el Derecho penal, en el sentido de aplicación de la ley a casos similares a los contemplados en ella, pero no idénticos, y en perjuicio del autor<sup>20</sup>.

En mi opinión, la redacción del fallo tiene el equívoco de transmitir que el dolo eventual no se encuentra dentro de la expresión *intencional* prevista en el art. 61 CP, sino que se trata de una figura extraña a la intención. Estimo que ello es así porque la Sala de Casación Penal, en la comentada decisión, entendió que la intencionalidad solo está referida

---

<sup>19</sup> Mir Puig, *Derecho...*, 271; Roxin, *Derecho...*, 418. Esta confusión teórica de la Sala de Casación Penal se confirmó en la sentencia de la Sala Constitucional 490/2011, en la que se indicó: “Mientras que el elemento diferenciador entre el dolo de tercer grado o dolo eventual y las otras dos formas de ese elemento subjetivo descansa en que en aquel el agente *no está seguro* de que a través de su conducta vulnerará el bien jurídico-penalmente tutelado, sino que solo es posible que ocurra tal desenlace *que no busca ni se propone alcanzar directamente* (a diferencia del dolo directo o de primer grado) y, no obstante, continúa desplegándola asumiendo tal posibilidad y, por tanto, menospreciando el objeto de tutela del orden jurídico-penal y abarcando en su dolo ese resultado”. Insisto al respecto que la seguridad no es un elemento que tenga relevancia en el dolo directo de primer grado. Si A dispara a B con la intención de matar, no importa si está seguro o no del acaecimiento del resultado (puede errar el tiro o puede ser salvado por la atención médica), sino que lo relevante es el querer (en el sentido de deseo del hecho típico). El propio fallo señala indirectamente que con el dolo directo de primer grado lo importante es que el autor se propone o busca el resultado, lo cual que un aspecto volitivo que está ausente en el dolo eventual, también según el extracto del fallo. El único dolo que requiere seguridad casi total es el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias: precisamente, esa seguridad casi total es la que hace que no sea problema equiparar el “aceptar” el resultado con quererlo.

<sup>20</sup> Claus Roxin, «La parte general del Derecho penal sustantivo», en Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal* (Barcelona: Ariel, 1989), 34.

**Rodrigo Silva Medina**

a lo que denominó “dolo directo y perfecto”, es decir, el dolo de intención que es el dolo directo de primer grado. Entonces, si se parte de esta premisa y de que en el dolo eventual no habría una verdadera intención, sino solo una aceptación del hecho, este no se encuentra dentro del art. 61 CP, según subyace del razonamiento de la Sala de Casación Penal en la decisión comentada. De esta manera, el Máximo Tribunal acogió una teoría de la voluntad al estimar que el dolo de intención es el recogido por el legislador, y que para no dejar en la impunidad el hecho bajo examen, acudió a la figura del dolo eventual, entendido este como un momento intermedio entre el dolo y la imprudencia o culpa con representación. Esto explica que nueve años después la misma Sala tuviera que volver sobre este asunto desde la perspectiva del principio de legalidad penal de los delitos, como veremos más adelante.

Además, la sentencia indicó que el dolo eventual requiere que el sujeto se represente como posible o probable el resultado dañoso y, sin embargo, continúa actuando, con lo cual el sujeto acepta su conducta y “hasta quiere el resultado”; pero no especificó qué era exactamente “aceptar” la conducta, de manera diferenciada de la realización de una conducta voluntaria con conocimiento de su peligrosidad para el bien jurídico en cuestión. Es decir, de este fallo se desprende que el dolo eventual requiere la “aceptación” de la conducta y el “querer” el resultado, y ello se deduce del conocimiento de la probabilidad de que la conducta realizará el hecho típico y de seguir realizándola. Así, en los hechos probados de la sentencia comentada, Robert era conocedor de que conducía un vehículo automotor, de que realizó una maniobra indebida, de que atropelló a un peatón, de que lo enganchó con el parachoques y de que lo arrastró más de dos kilómetros de vía, aumentando la velocidad. Robert tenía que conocer que arrastraba a otro sujeto, porque, además, los transeúntes así se lo advirtieron. Entonces, Robert realizaba la conducta de conducir en las circunstancias señaladas voluntariamente y además creaba un riesgo jurídicamente desaprobado de matar, conociendo que estaba realizando esa conducta y ese riesgo, pero faltaba el elemento de la voluntad para que haya dolo. Ese elemento volitivo se obtuvo transformando el querer por el aceptar, al probar el conocimiento del peligro.

Este fallo tuvo un voto salvado del magistrado Rosell Senhenn. Este expresó su desacuerdo porque se impuso una pena no prevista en el ordenamiento jurídico, a saber, una

**Rodrigo Silva Medina**

pena media entre la prevista para un homicidio imprudente o culposo y uno intencional. En lo que interesa al presente trabajo, el voto salvado destacó que no se probó la intención de causar la muerte por parte del autor, y que tampoco se demostró que este pudo representarse el resultado de muerte, por lo tanto, tampoco se pudo inferir que hubo aceptación. De esta manera, no se pudo establecer que hubo dolo eventual, según el magistrado disidente. En este voto, de destacó que los jueces no pueden presumir lo que ocurre en la mente del autor, sino que debe probarse las circunstancias fácticas de las cuales se pueda deducir el proceso mental del agente. Sobre esta aseveración, se hará un breve comentario más adelante. Finalmente, del voto salvado se desprende que de haberse corroborado que el autor pudo representarse el resultado dañoso se podría haber deducido la aceptación; de esta manera, tanto el fallo comentado como el voto salvado concuerdan en que en el dolo eventual no hay una verdadera “intención”, sino un sucedáneo llamado “aceptación”, que se desprende de la prueba del conocimiento o representación del resultado típico.

La segunda decisión que se comenta es la 554/2009 de 29 de octubre (ponente Coronado Flores) de la misma Sala de Casación Penal. En este fallo se sostuvo que el dolo eventual no está previsto en el ordenamiento jurídico penal venezolano, por lo que su apreciación en cualquier caso constituye la aplicación de una analogía, contraria al reo, al delito de homicidio simple, lo que vulnera el principio de legalidad. De esta manera, las conductas que se califiquen como de dolo eventual deben ser castigadas como delitos imprudentes o culposos. Los hechos sobre los cuales argumentó la sentencia fueron los siguientes:

Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, [...] quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m, [sic] el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida “A” del Sector [sic] San Vicente, Estado [sic] Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte...fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún [sic] cuando se baja de la Unidad [sic] de Transporte [sic] Colectivo [sic], antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152



Unidad [sic] de Transporte [sic] Colectivo [sic] y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad [sic] de Transporte [sic] en un punto de Control [sic] y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad [sic] de Transporte [sic] Colectivo [sic] le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, chofer de la Unidad [sic]... Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad [sic] de Transporte [sic] que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad [sic]... estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: [sic] Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad [sic]..., una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana... fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad [sic] de Transporte [sic], con las siguientes características clase autobús, tipo autobús, marca Mercedes Benz, modelo OH 1318/51, sin placas, color blanco multicolor, año 1998, servicio transporte público, serial de motor 377943-10379159, serial de carrocería 9BM382020WB144253, asimismo las declaraciones de los testigos, prueban y demuestran que el hecho ocurrió en el sitio y del modo indicado por el Ministerio Público.

Esta decisión sostuvo que el agente, que conducía un vehículo a exceso de velocidad y sin que funcionasen las luces delanteras, no tenía intención de causar muertes, pero no profundizó en este aspecto. Así, la Sala de Casación Penal censuró que la aceptación o indiferencia del sujeto frente al acaecimiento del resultado lesivo sea estimada como querer el resultado, acusando que ello vulneró el principio de legalidad de los delitos, aunque al final del fallo señaló, en contradicción con el resto de la parte motiva, que el dolo eventual estaba dentro de la expresión “intencionadamente” del art. 405 CP, donde se prevé el delito de

**Rodrigo Silva Medina**

homicidio doloso. En mi opinión, y a pesar de la señalada contradicción, la Sala de Casación Penal aplicó una teoría de la voluntad que concibe de manera estricta lo que se debe entender por *intención* en el artículo 61 CP, pues de otra manera no se explicaría que juzgara vulnerado el principio de legalidad penal si aplica el homicidio intencional cuando el autor no desea, pero acepta el hecho típico.

Ahora bien, esta decisión 554/2009 también tuvo un voto salvado, esta vez emitido por la magistrada Morandy Mijares. Por un lado, señaló que el poder legislativo nacional debía reformar el CP para “regular” el dolo eventual, entendiendo como tal la infracción penal cuando ha sido prevista como probable y su producción se deje librada al azar. De esta manera, la magistrada disidente reconoce que de *lege lata* el dolo eventual no está previsto en nuestra legislación. Sin embargo, más adelante la misma magistrada señaló que la conducta del sujeto excedió el ámbito de la imprudencia y se adentró en lo doloso, toda vez que el autor conoció que el resultado podía suceder y, sin embargo, emprendió la acción “porque la aceptó con todos sus efectos”. Así, el voto disidente sí incluye dentro del art. 61 CP el dolo eventual, entendiendo la voluntad como aceptación.

Pero esta sentencia fue anulada por la Sala Constitucional mediante el fallo 490/2011 de 12 de abril (ponente Carrasquero López), que es el tercer fallo que se comenta. En efecto, mediante una solicitud de revisión la Sala Constitucional anuló la sentencia de la Sala de Casación Penal 554/2009, aduciendo lo que sostiene la doctrina desde antiguo, a saber, que el dolo eventual es una clase del dolo, previsto en el artículo 61 CP. Este fallo señaló que el dolo tiene como elementos tanto el conocimiento como la voluntad de realizar la conducta típica objetiva, e indicó que el elemento volitivo se expresa en la ejecución por parte del sujeto activo del acto a pesar de conocer su peligrosidad.

Estimo necesario destacar determinados pasajes de este fallo:

El dolo eventual es dolo, el mismo implica conocer y querer realizar la conducta típica objetiva [...] conocer (y aceptar) que se está realizando la acción *–lato sensu–* típica y seguir actuando a pesar de ello (conformarse con el resultado típico o siéndole indiferente su producción)...

[...]

... [S]ólo se representa o se entiende que se representó la materialización del resultado (que incluso podía angustiarle o no ser lo que aspiraba que ocurriera) como algo posible y no como algo seguro. Así, actúa con dolo eventual el sujeto que, a pesar de saber que posiblemente lesionará el interés penalmente tutelado p. ej. la vida, sin embargo, despliega su obrar aceptando, asintiendo, consintiendo, asumiendo, abarcando, tolerando, afirmando o conformándose con tal circunstancia que, en definitiva, se incluye dentro su organización o planificación y, por tanto, dentro del dolo.

[...]

... [D]olo eventual el agente sólo conoce o debe conocer que su acción será *posiblemente* –y no seguramente- una acción típica (y, por tanto, tampoco coincide perfectamente lo que desea ocasionar con lo que efectivamente ocurre a diferencia del dolo de primer grado): P. ej. En el marco de una relación amorosa, una persona que sabe es portadora del virus del VIH (sida) tiene relaciones sexuales sin protección con otra, a la cual le ha dicho que goza de perfecto estado de salud, confiándole a su “buena suerte”, en diversos contactos similares, no trasmitirle el referido virus a la otra, la cual, sin embargo, resulta contagiada en uno de esos encuentros. En ese caso, el portador del virus, aunque incluso le llegue a incomodar la idea de contaminar a la otra persona, advierte que es posible que ocurra tal evento y, a pesar de ello, sin que lo contenga o disuada tal hecho, tiene repetidos contactos con aquella, evidenciándose de esa manera tanto el elemento cognitivo, representado por el conocimiento de la posibilidad de ocasionar la afectación al bien jurídico a través de su conducta, como el volitivo, expresado por la ejecución, a pesar de ello, de la misma, la cual se traduce en la aceptación o asunción de esa posibilidad, es decir, de ese riesgo no permitido.

[...]

... [D]olo eventual sólo prevé que *posiblemente* acaecerá (aun cuando anhele que no ocurra) y, no obstante, sigue desplegando su comportamiento aceptándolo o incluyéndolo dentro de configuración personal junto con las consecuencias del mismo. Tal aceptación, desde cierto enfoque, es equiparable al elemento volitivo del dolo o, en otras palabras, al “querer”, razón por la que, evidentemente, las tres son formas del dolo, tal como lo ha reconocido la doctrina desde hace más de un siglo.

Como se puede observar, en la decisión bajo análisis se insiste en que el dolo eventual es conocer el hecho delictivo y seguir actuando, o que el sujeto se represente algo como posible y actúe –actúe conociendo lo posible: al actuar lo integra en su planificación–. El caso del portador del virus del VIH es muy claro: el agente conoce que porta la enfermedad y conoce las reglas de experiencia que señalan que mediante el contacto sexual existe una

**Rodrigo Silva Medina**

alta probabilidad de que el contagio se realice, y conociendo esto, el agente actúa: ya hay dolo, independientemente de que le llegue a incomodar el resultado. Por lo tanto, ya hay dolo cuando el sujeto actúa conociendo. El fallo sostiene que el elemento volitivo se expresa en la ejecución del acto a pesar del conocimiento del peligro, pero ello es problemático, pues la ejecución es la realización de un acto independientemente de la voluntad del sujeto (a quien le puede desagradar el acto), es decir, el actuar conociendo puede expresar una aceptación, un deseo o una oposición acérrima al resultado. En definitiva, no importa el elemento volitivo, mientras se actúe conociendo la peligrosidad de la conducta de cara al bien jurídico. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

En las decisiones que se comentaron se debatió, en última instancia, sobre la prueba del dolo desde la perspectiva de la teoría de la voluntad: si falta la prueba del querer no se puede dar por probado el dolo, por lo que se debe imputar el hecho como imprudente o culposo (si existiere la figura penal correspondiente). Como esta fórmula de actuación pudiera generar, desde la perspectiva social, incomprensión en algunos supuestos, entonces se recurre a la argumentación para sostener que al probar el conocimiento de la peligrosidad de la conducta también se está probando la voluntad, con lo cual, se debe atribuir el hecho al sujeto como doloso y, con ello, se supera el examen del principio de legalidad penal.

### **III. APUNTES SOBRE LA DEMOSTRACIÓN DEL DOLO**

Ya se ha visto que existe un consenso en la jurisprudencia y la doctrina en que el dolo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico. Como se señaló al inicio del presente trabajo, si el dolo contiene los elementos mencionados, deben ser objeto de prueba en el proceso penal. En efecto, el dolo es un hecho que debe ser probado en el proceso. Y si no puede ser probado, es decir, si el Ministerio Público o la parte acusadora particular no pueden probar que el acusado conocía y quería la realización del hecho punible, procede la absolución o la condena por delito imprudente o culposo, si lo hubiere.

Es este capítulo vamos a revisar lo que deberían tener presente los operadores jurídicos para demostrar el dolo en los procesos donde la calificación jurídica del hecho así lo requiera. Como quiera que el dolo, desde las teorías de la voluntad, está integrado por el

conocimiento del riesgo que despliega con su conducta el sujeto y la voluntad de realizar el hecho típico, dividiremos este apartado para darle un tratamiento diferenciado a cada uno de los elementos mencionados. Cabe advertir, de entrada, que los criterios que a continuación se señalan, especialmente el subapartado III.1, no constituyen un intento exhaustivo para probar el dolo en el proceso penal, sino que seguirá la propuesta de RAGUÉS I VALLÈS sobre la prueba del dolo, por la repercusión de su trabajo en al ámbito hispanoamericano. Con esto, pretendo contribuir al necesario debate que debe darse en nuestro entorno sobre este asunto.

### **III.1. La prueba del conocimiento del riesgo concreto de la conducta para el bien jurídico-penal**

El conocimiento de la concreta idoneidad de la conducta para crear un riesgo de afectación a un bien jurídico se puede demostrar a partir de indicios objetivos sometidos en abstracto a un juicio de adecuación desde la perspectiva de la interacción social. Así, el operador extrae máximas de experiencia de las reglas de imputación de conocimientos desde los hechos probados. En este sentido, los jueces atribuyen o imputan el conocimiento al acusado de acuerdo con criterios sociales de imputación de conocimientos<sup>21</sup>.

En efecto, los jueces, cuando elaboran sus fallos, deben motivar los criterios que le sirven para alcanzar una convicción, para lo cual, en materia procesal penal, el art. 22 COPP ordena que la pruebas deben ser apreciadas según la sana crítica, y ello se hace al observar las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Estas máximas de experiencias, en lo que se refiere a la prueba del conocimiento ajeno, juegan un papel fundamental para que el juez pueda determinar que un sujeto debió conocer algo, con lo cual se da fundamento a una condena por un delito doloso. Así, por ejemplo, RAGUÉS I VALLÈS propone que las reglas de atribución correctas son aquellas que desarrollan las preconcepciones que rigen en una determinada sociedad sobre cuándo una persona conoce o desconoce algo. Es decir, los criterios deben ser coincidentes con las

---

<sup>21</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 353.

**Rodrigo Silva Medina**

valoraciones sociales sobre cuándo de un comportamiento se desprende, sin duda alguna, el sentido de que ha sido realizado con los conocimientos necesarios para afirmar el dolo<sup>22</sup>.

Para la fijación de estas reglas de experiencias es fundamental tener en consideración la valoración social de los comportamientos ajenos, pues tal valoración es la que otorga legitimidad a la decisión judicial. Así, se evita que los jueces impongan penas de manera arbitraria e ininteligible para la sociedad. Un fallo motivado conforme a las reglas sociales vigentes de imputación de conocimientos es garantía de paz social, que es uno de los fines del Derecho<sup>23</sup>.

La estructura del proceso de atribución del conocimiento de un sujeto requiere, en primer lugar, probar un hecho objetivo y, en segundo lugar, inferir o imputar, a partir de dicho hecho objetivo, determinadas realidades subjetivas del acusado según el contenido de una regla con vigencia social<sup>24</sup>. Es decir, dado el hecho A, el sujeto necesariamente<sup>25</sup> conoce B<sup>26</sup>. Resulta muy importante que las reglas que se empleen deben ser indiscutibles y gocen de plena vigencia social.

La primera regla de las propuestas por RAGUÉS I VALLÈS que se enuncian brevemente es la de los llamados por él *conocimientos mínimos*. Si el sujeto es imputable (mayor de edad y está en su sano juicio) y está normalmente socializado, deben serle atribuidos los conocimientos mínimos que necesariamente todos los que no sean inimputables y hayan tenido contacto con la civilización occidental poseen. Es decir, un sujeto normal no puede desconocer determinadas realidades que solo socialmente se admitiría su desconocimiento si sufre algún tipo de enfermedad mental, gravísimos trastornos de percepción o que fue socializado por una cultura exótica y aislada<sup>27</sup>. Por ejemplo, un acusado imputable no puede desconocer que propinar golpes a la cabeza de otro con un hacha puede significar un peligro

---

<sup>22</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 360 y 361.

<sup>23</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 358.

<sup>24</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 376.

<sup>25</sup> Y no “tal vez”, “posiblemente” o “probablemente”.

<sup>26</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 374 y 377.

<sup>27</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 379-392.

**Rodrigo Silva Medina**

para la vida de otro ser humano. Así, desde la óptica social no se puede imaginar que una persona mayor de edad en su sano juicio desconozca tal peligrosidad<sup>28</sup>.

Se trata entonces de los llamados conocimientos mínimos que son atribuibles a toda persona imputable y normalmente socializada, según la siguiente estructura: “si el sujeto S era una persona normal en el momento de realizar el hecho, entonces contaba en tal momento con el conocimiento de A, B, C, etc.”<sup>29</sup>.

Otra regla se refiere a las *transmisiones previas de conocimientos*, es decir, se atribuye el conocimiento de un hecho a una persona cuando se acredita que al autor le han transmitido determinados conocimientos antes de llevarse a cabo la conducta típica, entonces este sigue contando con tales conocimientos en el momento de la realización de dicha conducta. La estructura sería la siguiente: “cuando al sujeto S le han sido transmitidos X conocimientos en el momento anterior A, sigue contando con ellos en el momento posterior P”<sup>30</sup>.

Esta regla funciona cuando, desde un punto de vista social, se excluye la posibilidad de olvido (por la proximidad temporal, por la importancia, por ejemplo) entre la transmisión del conocimiento determinado y la realización del comportamiento típico<sup>31</sup>. Por ejemplo, si el acusado fue informado por personal de salud de que era portador del virus del SIDA, no es imaginable socialmente que haya olvidado tal circunstancia cuando, semanas después, tuvo relaciones sexuales sin preservativo con otra persona y sin informarle de que era portador del señalado virus, por lo tanto, se le debe atribuir el conocimiento de la peligrosidad de su conducta para la salud de la víctima<sup>32</sup>.

Además, también es posible entender que un sujeto es conocedor de determinadas circunstancias cuando hay una *exteriorización del propio conocimiento*. De esta manera, si “un sujeto exterioriza –de palabra o por actos concluyentes– que cuenta (o ha contado) con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo la

---

<sup>28</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 384.

<sup>29</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 379.

<sup>30</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 403.

<sup>31</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 407 y 408.

<sup>32</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 403.

conducta típica”, se le puede imputar tales conocimientos para estimar la concurrencia de dolo solo cuando lo perjudique. Esta regla tiene la siguiente estructura: “si el sujeto ha exteriorizado que conoce A, debe serle imputado el conocimiento de A”<sup>33</sup>. Claramente, estos actos de exteriorización de conocimientos que van en contra del mismo sujeto que los realiza pueden atribuir conocimientos si fueron emitidos libres de coacciones y si están revestidos de una mínima seriedad<sup>34</sup>.

También son relevantes para imputar conocimiento las *características personales del sujeto y su posición social*. En no pocos supuestos la profesión del autor, sus estudios, la zona en la que reside, su lugar de procedencia, su nivel cultural, su experiencia vivida, su juventud, el desempeño de roles, incapacidades físicas, etc., determinan, desde la perspectiva de la interacción social, que es impensable que el sujeto en cuestión desconozca determinadas circunstancias o hechos. La estructura de esta regla de conocimiento es la siguiente: “si el sujeto S reúne en su persona las características A, B, C..., entonces conoce X”<sup>35</sup>.

En caso de que sea imaginable que alguien con determinadas características personales puede desconocer ciertas circunstancias de hecho, no se le puede imputar el conocimiento de estas. Así solo son imputables, según esta regla, los conocimientos básicos que se asocian a ciertas características personales, es decir, aquellos cuya ausencia haría impensable, desde la óptica social, que el sujeto en cuestión ocupe determinadas posiciones sociales o que reúna tales características<sup>36</sup>. Por ejemplo, socialmente se entiende que un fabricante de licores conoce el mercado y la gran difusión publicitaria de un producto imitado<sup>37</sup>; o que quien ejerce el oficio de puericultora conoce los peligros del abandono de un niño pequeño durante varios días<sup>38</sup>; o que el consumidor asiduo o habitual de drogas conoce sus efectos perjudiciales<sup>39</sup>; o el que vive habitualmente con su hija de 10 años se le

---

<sup>33</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 411.

<sup>34</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 420 y 421.

<sup>35</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 425 y 430.

<sup>36</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 429 y 522.

<sup>37</sup> Ramon Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», *ADPCP*, vol. XLIX, Fasc. II (1996): 818.

<sup>38</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 427.

<sup>39</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 428.



**Rodrigo Silva Medina**

debe atribuir el conocimiento de dicha edad si abusa sexualmente de ella (socialmente se asume que quien convive con sus hijos conoce sus edades)<sup>40</sup>.

Asimismo, el autor comentado identifica el *conocimiento situacional* también como criterio de atribución útil para imputar conocimientos ajenos. Esta regla establece que para imputar a un sujeto el conocimiento de la situación en la que actúa se requiere que se acredite que los factores objetivos que conforman las circunstancias en la que el sujeto actuó estén en una posición espacial de tal manera relacionada con el sujeto, que este necesariamente tuvo que haber aprehendido con sus sentidos su existencia y ubicación<sup>41</sup>. La regla comentada responde al siguiente esquema: “si el sujeto estaba situado en una posición P con respecto al objeto O, ha conocido necesariamente la ubicación espacial de O”<sup>42</sup>.

Así, si antes de disparar, el sujeto puede conocer que en la trayectoria de la bala se interpone otra persona si la ve con sus ojos o si la oye hablar aunque no la vea, desde la perspectiva de la interacción social no sería creíble que luego el sujeto defendiera que no sabía de la presencia de la otra persona en la trayectoria de la bala. Pero si no puede descartarse que el sujeto podría haber inadvertido la presencia de la otra persona en la señalada trayectoria, la imputación no es posible<sup>43</sup>.

Otro ejemplo: desde la perspectiva social no es posible imaginar que un sujeto, que vendió droga a alguien de 12 años, no se haya representado que el comprador tuviera menos de 18 años; a menos que la apariencia de este comprador, también desde la óptica social, haga posible que el vendedor hubiera incurrido en error y concluir en que es mayor de 18 años<sup>44</sup>.

RAGUÉS I VALLÈS también aporta una regla de imputación de conocimiento cuando se trata de delitos de resultado. Cuando un sujeto ha realizado una conducta creadora de riesgos para el bien jurídico penal protegido por un delito de resultado, y lo ha llevado a cabo

---

<sup>40</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 430.

<sup>41</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 450 y 522.

<sup>42</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 447.

<sup>43</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 447.

<sup>44</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 451.

siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal comportamiento y contando, además, con un perfecto conocimiento situacional, socialmente se entiende que dicho sujeto conoce concretamente la aptitud de la conducta para alcanzar el resultado<sup>45</sup>.

Para que se acredite en el sujeto que se ha realizado efectivamente un juicio de previsión del resultado es necesario que *integre* el conocimiento de dos factores, a saber: por un lado, la conciencia de que la conducta realizada supone, en general y bajo determinadas circunstancias, la creación de un riesgo apto para producir el específico resultado (en virtud de los conocimientos mínimos, las características personales del sujeto y su posición social, etc.) y, por otro lado, la consciencia de que en el caso concreto concurren las circunstancias objetivas que hacen que la conducta sea apta para producir el resultado, es decir, el conocimiento situacional<sup>46</sup>. Por lo tanto, aunque el autor haya conocido aisladamente los señalados factores de riesgo (es consciente de que su conducta entraña en general determinados peligros y conoce la situación en la que actúa), pero no los integra en un *juicio de concreta aptitud lesiva* (concluye erróneamente que su conducta no es apta o idónea para producir un determinado resultado típico en esa concreta situación), no habrá el conocimiento necesario para imputar el hecho a título doloso (el sujeto conoce la peligrosidad abstracta de la conducta, pero cree que en el caso concreto tal peligro no se realizará en el resultado)<sup>47</sup>.

Para ello, como se indicó anteriormente, se requiere que socialmente se perciba que la conducta concreta es especialmente apta para alcanzar determinados resultados. Así, RAGUÉS I VALLÈS señala:

[C]lavar a otra persona un cuchillo en el abdomen es una conducta que en el ámbito de las valoraciones sociales va ligada de modo inequívoco al resultado “muerte” y se considera, por tanto, como un comportamiento *especialmente apto* para producir el resultado. Si, como es éste caso, el sujeto clava dicho cuchillo sabiendo que lo hace en el abdomen de otra persona (correcto “*conocimiento situacional*”) y sabe que tal conducta es en general peligrosa para producir la muerte (*conocimientos mínimos en sentido estricto*), también sabe por fuerza que su conducta es apta, en aquella concreta situación, para producir un resultado de muerte, sin que tengan ningún valor sus posibles

---

<sup>45</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 523.

<sup>46</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 456.

<sup>47</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 456 y 459.

alegaciones afirmando que no se representó estar creando un riesgo que reuniera tal aptitud en la situación concreta, sino sólo un peligro de lesiones. A quien conscientemente emprende una conducta que tiene el inequívoco sentido social “muerte”, se le debe imputar el conocimiento de la aptitud lesiva de dicha conducta en la situación concreta que ha sido llevada a cabo<sup>48</sup>.

En ocasiones se pueden presentar casos en los que el sujeto, a pesar de habersele imputado los conocimientos generales y situacionales, socialmente no es descartable la posibilidad de que no se hayan integrado tales factores en un juicio de concreta aptitud lesiva. Ello puede ocurrir porque hay conductas que, desde la perspectiva de la interacción social, no siempre se consideran ligadas a la creación de un determinado riesgo. Se trata de las llamadas por RAGUÉS I VALLÈS como *conductas (arriesgadas) neutras*. Un buen ejemplo de estas conductas es la conducción de vehículos automotores<sup>49</sup>.

Así, si bien existen casos en los que el automóvil puede ser usado como un instrumento con la aptitud concreta de producir resultados lesivos, como sería el caso del terrorista que conduce el vehículo directamente contra una multitud para atropellar la mayor cantidad de gente posible, en la mayoría de los supuestos la conducción de vehículos es valorada socialmente como neutra respecto de resultados como afectaciones a la vida de las personas. Es decir, la perspectiva social puede comprender que en estas conductas neutras el sujeto no haya actualizado un juicio de concreta aptitud lesiva, porque socialmente no es inequívoco que tales comportamientos se realicen siempre con conciencia de los riesgos que comportan<sup>50</sup>. Normalmente, cuando un sujeto enciende su vehículo para ir a trabajar cada mañana, no piensa en que puede matar o lesionar a alguien en el camino por la idoneidad concreta de la conducción vehicular para producir tales resultados lesivos. La conducta consistente en conducir un vehículo no es lo mismo que llevar una bomba por la calle, por ejemplo.

Pero, hay supuestos en los que una conducta neutra no impide que se impute un resultado doloso, cuando concurren las siguientes circunstancias objetivas, consideradas

---

<sup>48</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 471.

<sup>49</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 484 y 485.

<sup>50</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 487.

desde la óptica social: en primer lugar, cuando el sujeto durante o después de la realización de la conducta, revela que efectivamente llevó a cabo el juicio de concreta aptitud lesiva requerido por el dolo en los delitos de resultado<sup>51</sup>; en segundo lugar, cuando en la ejecución de la conducta el sujeto percibe inequívocos signos de la próxima producción del resultado y, pese a ello, sigue adelante con su conducta<sup>52</sup>; y en tercer lugar, cuando la forma de realizar la conducta hace impensable socialmente que el sujeto, conociendo el riesgo en abstracto y las circunstancias de la situación en la que actúa, no integre estos factores en un juicio de concreta aptitud lesiva acerca de su conducta<sup>53</sup>.

De esta manera, se ha expuesto el esquema de cómo se pueden atribuir o imputar conocimientos a otros sujetos a partir de factores objetivos y reglas de experiencia, desde la perspectiva de un sector de la doctrina. Además, lo que se ha expuesto constituye una propuesta de concretización de lo que el Tribunal Supremo de Justicia suele calificar como *circunstancias que rodean la comisión del acto*, que dan soporte a la adjudicación de conocimientos en el proceso penal.

En los hechos ventilados en las decisiones de la Sala de Casación Penal 554/2009 y la Sala Constitucional 490/2011 se puede destacar que conducir un vehículo de transporte público es una conducta que en el ámbito de la interacción social no va unida sin ninguna duda a matar personas. De hecho, se trata de una conducta neutra, en la que si bien no es descartable que participar del tráfico automotor puede ocasionar resultados de muerte, la

---

<sup>51</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 488. Por ejemplo, el autor señala que chocar frontalmente contra otro vehículo en la vía no es una conducta que socialmente pueda valorarse como especialmente apta para matar, pues son imaginables los supuestos en los alguien choque de esa manera inconscientemente. No obstante, si luego del choque el sujeto exterioriza que había sido consciente del peligro concreto creado, por haber intentado matar al otro conductor de ese modo, debe imputársele el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta realizada (Ragués i Vallès, *El dolo...*, 488).

<sup>52</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 490 y 491. Por ejemplo, el sujeto sostiene que propinar puños en la cara de otro no es un comportamiento apto concretamente para matar, pero si después de los primeros golpes se pone de manifiesto evidentemente el peligro de muerte, porque la víctima vomita sangre o pierde la consciencia, y el sujeto sigue propinando golpes, se le debe atribuir el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta desplegada por él (Ragués i Vallès, *El dolo...*, 491).

<sup>53</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 492. Esta regla es especialmente útil en el ámbito del Derecho penal económico, en el que los autores, generalmente, toman sus decisiones planificada y reflexivamente, con lo cual, si un empresario del sector de los alimentos para perros o gatos produce y comercializa un producto con el conocimiento de la aptitud lesiva abstracta de su conducta para la salud de las mascotas, también se le debe imputar el conocimiento de su concreta aptitud (Ragués i Vallès, *El dolo...*, 495).

**Rodrigo Silva Medina**

valoración social vincula esta actividad con las ventajas de produce a la vida cotidiana de las personas el transporte rápido y económico a lugares distantes.

Sin embargo, el conductor es una persona mayor edad, en su sano juicio y normalmente socializado, pues lo contrario no quedó acreditado en el proceso penal, por lo que socialmente le podemos atribuir conocimientos mínimos, como que la nocturnidad limita la visibilidad de la calzada, de las aceras y de los peatones, o que el exceso de velocidad limita la capacidad de maniobra de un vehículo, todo lo cual constituye un riesgo para producir daños, lesiones o muertes. Un riesgo que en principio era permitido se convierte en desaprobado.

Además, se acreditó que, muy poco antes de que atropellara a la víctima, los pasajeros y la policía le transmitieron conocimientos sobre las siguientes circunstancias: que los faros del autobús estaban fuera de servicio y que estaba condiendo a exceso de velocidad cuando ya oscurecía.

Asimismo, el propio sujeto, también en un breve espacio de tiempo antes de realizarse el hecho enjuiciado, confesó su conocimiento de que las luces del bus no funcionaban y que iba apurado. Es decir, luego de estas transmisiones de conocimientos al sujeto y de las exteriorizaciones de conocimientos del mismo, es inverosímil socialmente que el sujeto desconozca que estaba conduciendo con escasa visibilidad y con exceso de velocidad.

Se podría agregar que al conductor del autobús en cuestión se le pueden atribuir los conocimientos sin los cuales no se explicaría que ejerciera tal actividad, pero entiendo que la óptica social en Venezuela podría prever que quien se dedica a ser conductor de autobús puede desconocer las normativas viales, considerando que los requisitos para la obtención de licencias para conducir son poco exigentes.

Todo lo anterior permite sostener que el conductor tenía un correcto conocimiento situacional, pues este conocía que estaba conduciendo en una avenida determinada en la ciudad de Maracay a alta velocidad (conducía él y nadie más) y sin luces cuando estaba

oscureciendo. Además, el sujeto sabía que tal conducta era peligrosa en abstracto de los riesgos para producir lesiones o muertes (conocimientos mínimos).

Ahora bien, ¿el conductor constató la concurrencia de tales riesgos en la situación concreta en la que se realizó su comportamiento? Como se trata de una conducta neutra (conducir un vehículo automotor), la regla general que debe regir es la no imputación del juicio de concreta aptitud lesiva, por lo que el resultado ha de imputarse como imprudente o culposo<sup>54</sup>; pero en el caso del conductor esta regla no se aplica, toda vez que poco antes y en el momento del arrollamiento a la víctima, el conductor captó, con sus sentidos y las transmisiones de conocimientos señaladas, los evidentes datos de la proximidad de la realización del riesgo creado en el resultado, sin desistir de su comportamiento. En efecto, el arrollamiento a la víctima le mostró al conductor la aptitud o idoneidad del peligro que estaba creando y que conocía en virtud de los conocimientos mínimos y situacionales previos. Es decir, antes del momento concreto del efectivo arrollamiento, la conducta del sujeto es entendida desde la perspectiva social como la de un imprudente, no como la de un homicida, y cuando se realiza efectivamente el arrollamiento, se consume el delito imprudente o culposo (que, obviamente, requiere de un resultado); pero desde que continua atropellando a la víctima, arrastrándola, pone de manifiesto sin duda, desde la perspectiva social, la concreta idoneidad lesiva de la conducta para matar<sup>55</sup>. En efecto, en el caso concreto, el conductor,

---

<sup>54</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 487.

<sup>55</sup> En este punto vale considerar, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, que cuando valoramos la relevancia de un riesgo como el creado por el conductor del autobús, este juicio (que en principio debe ser objetivo, realizado idealmente por una persona media –un espectador objetivo– que se coloca en la posición *ex ante*, es decir, en el momento de realizar la conducta, antes del acaecimiento de resultado) puede estar contaminado por la circunstancia de que ya conocemos lo que ocurrió *ex post*, es decir, sabemos el resultado lesivo que se produjo finalmente. Según SILVA SÁNCHEZ, el denominado sesgo del resultado puede condicionar la valoración de la conducta bajo examen (conducir sin luces y con exceso de velocidad en una ciudad) por lo que finalmente ocurrió (arrollamiento y arrastre de la víctima por varios metros). La consecuencia, según el mencionado autor, es que «si no se produce el resultado, es posible que el juez se incline por una infravaloración del peligro *ex ante*. En cambio, en el caso de haberse producido el resultado, puede tender a una sobrevaloración de dicho peligro *ex ante*». De allí que en el caso del chofer del autobús que conduce en esas condiciones tenderíamos a valorar su comportamiento como imprudente si no hubiera ocurrido un resultado lesivo concreto, pero como ocurrió tal resultado, tendemos a valorar esa conducta de modo más severo. El mismo autor señala que esta *expansión de la imputación* ocurre por «la dificultad que tenemos en asumir las desgracias como lo que son: "accidentes" en sentido etimológico (*id quod accidit* = lo que sucede). De ahí nuestra permanente pretensión de convertirlas en hechos injustos» (Jesús-María Silva Sánchez, «A toro pasado, ...cuidado con los sesgos cognitivos», *Indret* 3 (2021): i-ii).

cuando atropella con el autobús a la víctima y sigue arrastrando el cuerpo, integra el conocimiento de los factores de riesgos en un juicio de concreta aptitud lesiva, con lo cual se le debe imputar el resultado a título doloso, sin entrar a adjetivar con “directo de primer grado” o “eventual”.

### **III.2. La prueba de la voluntad de realizar el hecho típico**

Siguiendo las teorías de la voluntad, resulta necesario probar que el sujeto quería realizar la conducta peligrosa y su resultado. El querer que nos interesa es el relacionado con el aspecto subjetivo en la persona del agente en el momento de realizar la conducta de riesgo. En este sentido, el Derecho penal toma en cuenta la perspectiva del autor, al desentrañar su intención de alcanzar o no un resultado. RAGUÉS VALLÈS refiere que KARGL, por ejemplo, afirmó la necesidad de tomar en consideración la realidad psíquica del sujeto para determinar si este obró con dolo<sup>56</sup>. Este último autor se basó en investigaciones psiquiátricas que lo llevaron a concluir que solo en dieciocho de ochenta casos de jóvenes condenados por homicidio podía afirmarse fehacientemente que habían querido el resultado de muerte, mientras que en la mayoría de los casos ocurrió una “ocultación del hecho frente a sí mismo” por parte del autor<sup>57</sup>, ya que en la emoción y en el suceder del acontecimiento la capacidad de pensar se restringe y ya no son posibles en dicho momento del hecho perspectivas sobre el futuro y sus posibles consecuencias<sup>58</sup>. Así, aquellos supuestos en los que el condenado no quería el resultado, debieron haberse castigado, de darse los supuestos, como delitos imprudentes o culposos. Sin embargo, KARGL no lleva su planteamiento a exigir una prueba del querer independiente de la prueba del conocer, pues para él conocer es querer y querer es conocer, con lo cual lo relevante de su tesis es deslindar en qué supuestos se da el conocimiento adecuado para considerar que el sujeto también quiso algo cuando actuó<sup>59</sup>. De esta manera, este autor, que estima relevante tomar en cuenta la realidad psíquica del sujeto

---

<sup>56</sup> Ramon Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 806.

<sup>57</sup> W. Kargl, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., (1993), 17 y ss., citado por Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 806.

<sup>58</sup> Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 807.

<sup>59</sup> Referido por Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 808.

de cara al resultado del hecho<sup>60</sup>, termina con enlazar su idea del querer con el conocimiento como elemento del dolo<sup>61</sup>.

Lo que ocurre es que, en realidad, estos aspectos psicológicos no se pueden probar y la voluntad no se puede inferir aisladamente. Lo que finalmente suele ocurrir en la práctica forense es que los aplicadores jurídicos, especialmente los fiscales y jueces, acreditan sus propias creencias subjetivas, pero no las del acusado. En otras palabras, el juzgador es quien decide si el acusado quería o no quería el hecho punible, pero en ello hay una especie de proyección de las propias concepciones subjetivas del propio juzgador. Evidentemente, una sentencia no puede fundamentarse de esta manera y, además, no puede obviarse el principio *in dubio pro reo*.

Así, el Derecho penal y procesal penal ha de aceptar que la psicología no puede aportar ninguna prueba que revele qué es lo que el sujeto pensaba durante el hecho acaecido en el pasado que se le atribuye. De hecho, la psicología tampoco podría determinar lo que está pensando un sujeto en el presente. Por lo tanto, no hay capacidad científica para determinar la voluntad de un sujeto.

En la argumentación de la sentencia de la Sala Constitucional 490/2011 subyace la señalada dificultad probatoria. Allí se plasma una presunción según la cual siempre que se considera probado que el sujeto conocía que estaba realizando el tipo objetivo, también debe afirmarse como acreditada la voluntad, como si no fuera posible que alguien conozca la peligrosidad de su comportamiento sin querer alcanzar el resultado. De esta manera, se ahorra

---

<sup>60</sup> Sobre el estudio empírico de los jóvenes condenados por homicidio, a partir del cual KARGL construyó su tesis, se ha sostenido que extrae conclusiones de una muestra pequeña y aislada, pues el delito de homicidio no es suficiente para explicar todos los delitos previstos en la legislación, y su dinámica no es replicable en otros ámbitos, como por ejemplo, los delitos económicos (cfr. Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 810).

<sup>61</sup> Por cierto, la noción de conocer de KARGL es que el sujeto se haya representado como altamente probable el acaecimiento del resultado, con lo cual el planteamiento de MODOLELL GONZÁLEZ, antes reseñado, coincide con el de este autor. Para estos autores, en definitiva, lo más importante es el conocimiento en el dolo, pues si el autor se representó como altamente probable la realización del resultado, y actuó, entonces *quiso* el resultado dañoso.



**Rodrigo Silva Medina**

a los fiscales la amarga labor de probar una intención que solo está en la cabeza del sujeto en el pasado, mucho tiempo antes de la celebración del correspondiente juicio oral.

Por otra parte, se indicó anteriormente que el voto salvado de la sentencia de la Sala de Casación Penal 1703/2000 se señaló que los jueces no pueden presumir lo que ocurre en la mente del autor, lo cual es cierto, y que la voluntad debe probarse a partir de las circunstancias fácticas de las cuales se pueda deducir el proceso mental del agente<sup>62</sup>, pero en realidad no se puede llegar a deducir una actitud o ánimo, sino que a partir de esos datos objetivos se puede atribuir o imputar conocimientos.

En mi opinión, también merecen la misma observación posturas como la de HASSEMER, uno de los autores que defiende que el dolo está integrado por conocimiento y voluntad, y que explica que se puede probar el elemento volitivo independientemente del elemento cognitivo. Así, dicho autor sostiene que los elementos que caracterizan el dolo son: peligro (externo), representación (interna) y decisión (interna). Sobre la prueba de la decisión, en tanto hecho interno no observable y que es el equivalente a la voluntad, HASSEMER señala que se determina mediante “la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como la juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación [...] con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc.”<sup>63</sup>. Sin embargo, se advierte que todos estos indicadores, quizá salvo el relativo al intento de actos de salvamento posteriores, son útiles para atribuir conocimientos ajenos de la peligrosidad de la conducta desde la perspectiva social<sup>64</sup>, pero no para imputar directamente estados de ánimo, disposiciones o decisiones a favor del injusto. En efecto,

---

<sup>62</sup> En este mismo sentido, DÍAZ CHACÓN sostiene que a partir de “las huellas objetivas de deja el suceso, podrá establecerse el tipo subjetivo y así concluir en que, en el caso concreto, el sujeto quiso con pleno conocimiento realizar el tipo objetivo” [Freddy José Díaz Chacón, *Doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia* segundo semestre (2009): 196]. Al respecto, estimo que con tales huellas objetivas, cuidadosamente analizadas desde la óptica social, se puede imputar conocimientos al autor en un momento determinado mientras realizaba un comportamiento, pero no el querer.

<sup>63</sup> Winfred Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad* (Bogotá: Temis, 1999), 82 y 83.

<sup>64</sup> Reglas de imputación de conocimientos de los que se infiere, en virtud de lo expuesto por la comentada sentencia de la Sala Constitucional, la voluntad.

**Rodrigo Silva Medina**

estos elementos externos de caracterización sirven para preguntarse si acaso el sujeto se había representado o no la probabilidad del peligro de realizar el hecho típico, aplicando las máximas de experiencia, para finalmente negar o afirmar conocimientos. En relación con los actos posteriores de salvamento que revelarían que el sujeto no deseaba o no le era indiferente, o no aprobaba, etc., el resultado típico, son necesarios para demostrar la eficacia o no del arrepentimiento activo para el desistimiento, pero no para determinar el dolo, pues este es objeto de análisis *ex ante*. Es perfectamente posible que un sujeto quiera realizar un determinado hecho y, por la razón que sea, se arrepienta después, lo cual no elimina que el sujeto lo haya querido cuando realizó el tipo objetivo.

En definitiva, la concepción dogmática de integrar el elemento volitivo en el dolo es difícilmente aplicable en el proceso penal, pues su prueba es imposible. Y si esto ocurre con el dolo directo de primer grado, también ocurre con el dolo eventual.

#### **IV. LA TOSUDEZ DE LA PRAXIS FRENTE A LOS POSTULADOS TEÓRICOS SOBRE EL DOLO**

En ocasiones ocurre que la práctica se empeña en no seguir a pie de juntillas a la teoría. Ello puede derivar en un ajuste de la teoría para amoldarse a la práctica o que la practica varíe para ser conteste con la teoría. En el caso bajo estudio, se ha visto que la práctica difícilmente puede modificarse para adaptarse a la teoría de la voluntad, porque el querer no se puede probar de manera independiente del conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta. Además, se ha sostenido que lo requerido por la jurisprudencia para demostrar la existencia del dolo<sup>65</sup> se ajusta a la teoría de la representación. Así, es necesario reformular lo que se entiende por dolo, pues de lo contrario continuará esta situación desordenada en la que se declara que se debe probar el elemento volitivo probando el elemento cognitivo, cuando deberían ser independientes.

Es preferible considerar las teorías del conocimiento o de la representación, según la cual quien conoce que su conducta crea un riesgo que la norma pretende prevenir y, a pesar de ello, actúa, obra con dolo. Como se señaló, esta concepción es exactamente lo que sostiene

---

<sup>65</sup> Es decir, que la voluntad se deriva del conocimiento.

la Sala Constitucional en el fallo 490/2011, a saber, el esfuerzo de argumentación contenido en el referido fallo es para defender que la voluntad del sujeto se revela cuando actúa conociendo la peligrosidad de su conducta<sup>66</sup>, pero con ello el Máximo Tribunal, al darle contenido a la teoría de la voluntad (tradicional en nuestro medio), está aplicando la teoría de la representación.

Al respecto, cabe recordar lo que antes se indicó sobre las teorías de la voluntad y la representación. Esta última no requiere una actitud interna (voluntad) adicional a la voluntariedad de la acción sumada al conocimiento de la peligrosidad de la conducta para estimar que hay dolo, que es lo mismo que exige el Tribunal Supremo de Justicia a los aplicadores jurídicos para que se declare como probado el dolo, aunque sostenga que ello también prueba que hay voluntad, en sus modos de desear, aceptar, aprobar o ser indiferente. Es decir, para acreditar el dolo solo sería necesario probar el conocimiento, ya que el elemento volitivo vendría como una presunción. Si el Tribunal Supremo de Justicia hubiese señalado que, además del conocimiento debe ser probado el querer del sujeto respecto del hecho, en tanto una actitud interna independiente de la voluntariedad de la acción, hubiera sido consecuente con la teoría de la voluntad que se ha defendido tradicionalmente. Sin embargo, la Sala Constitucional no lo indicó, sino que se conformó con la prueba del conocimiento del hecho, el cual, adicionado a la voluntariedad de la acción, basta para constatar el dolo en un proceso. Con ello, la Sala Constitucional niega la teóricamente asumida igualdad de rango entre el conocer y el querer como definitorios del dolo en todas sus formas de aplicación<sup>67</sup>; y pretende seguir defendiendo la teoría de la voluntad en lo que se refiere al dolo típico, exigiendo en la praxis que se aplique la teoría del conocimiento.

---

<sup>66</sup> Esta idea de que el querer una conducta y su resultado se desvela siempre que un autor realiza una determinada conducta, bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias se encuentra ampliamente difundida: si un juez está convencido de que el acusado cometió el hecho y de que al cometerlo es consciente de tal hecho y de sus circunstancias relevantes, queda también plenamente demostrado que quiso cometer el hecho en cuestión [Joachim Hruschka, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Ed. por Pablo Sánchez-Ostiz (Cizur Menor: Aranzadi, 2005), 146 y 147]. Este autor no cuestiona que el dolo contenga un elemento volitivo, sino que haya una supuesta una igualdad de rango entre los elementos cognitivos y el volitivos (Hruschka, *Imputación...*, 148).

<sup>67</sup> Hruscka sostiene que la teoría que elimina el elemento volitivo de la definición de dolo, y deja solo el elemento cognitivo, no niega que el dolo contenga un elemento volitivo, sino que niega la igualdad de rango entre ambos elementos (cfr. Hruschka, *Imputación...*, 147 y 148).

No se puede soslayar que la postura del Tribunal Supremo no es gratuita, sino que está acotada por la literalidad del art. 61 CP y la noción de “intención” que allí se prevé. En efecto, el concepto de intención como “determinación de la voluntad en orden a un fin”<sup>68</sup> obliga siempre a estimar el elemento volitivo en el dolo, con las contradicciones que ello conlleva suficientemente señaladas.

Es posible escapar de esta situación con propuestas de *lege ferenda*. Por ejemplo, el art. 10 del Código penal de España indica que “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas e imprudentes penadas por la ley”. Una disposición de estas características no define legalmente qué es el dolo, con lo cual la jurisprudencia tendría la posibilidad de definir el alcance de lo que significa una conducta dolosa y determinar su prueba, evitando la construcción de conceptos teóricos que no pueden ser aplicados en la práctica del proceso penal. En este mismo sentido, el parágrafo 15 del Código penal alemán<sup>69</sup> señala que “La acción dolosa solo es punible cuando, por ley no está amenazada expresamente con pena la acción culposa”. Esta disposición tampoco define qué es dolo, lo que permitió el enorme desarrollo jurisprudencial y dogmático de este elemento del tipo, mediante el esfuerzo de poner permanentemente a prueba la capacidad de rendimiento de las posturas dogmáticas, haciendo los ajustes necesarios frente a los desafíos de la casuística.

Otra manera de legislar es seguir las indicaciones del mencionado voto salvado de la magistrada Morandy Mijares, en la sentencia de la Sala de Casación Penal 554/2009, y definir legalmente que son dolosas las conductas cuyo acaecimiento es anticipado como eventual y que su deseo o aceptación no es evidente. Así, en el Código penal colombiano establece en su art. 22 que “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Así, en esta disposición se puede observar que se acoge la teoría del consentimiento de manera expresa, y reconoce que existen conductas que no calzan en la

---

<sup>68</sup> «Intención», Diccionario de la lengua española, acceso el 17 de septiembre de 2021, <https://dle.rae.es/intenci%C3%B3n?m=form>.

<sup>69</sup> Código penal alemán del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, trad. Claudia López Díaz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 19.

mencionada definición, pero que merecen el tratamiento del delito doloso, por lo que se califican expresamente como dolosos en aras del principio de legalidad penal. Si se quiere, se amplía legalmente el concepto de dolo, para evitar que esos hechos sean castigados como imprudentes o queden impunes.

En este estado de la discusión cabe hacer una reflexión sobre la legitimidad de la permanencia del elemento volitivo en el concepto de dolo en un Derecho penal que, como el venezolano, pretende castigar conductas externas o hechos y no las actitudes internas ni intenciones ni la maldad de las personas. El Derecho penal protector de los bienes jurídicos persigue evitar que los sujetos creen riegos para los bienes jurídicos. Entonces, el Derecho penal debe intervenir cuando el sujeto conoce que está creando un riesgo considerable de que ocurra un hecho típico, con indiferencia de si quiere o no quiere el resultado, o si se conforma, o si es indiferente, etc. Al Derecho penal preventivo no le importa si el sujeto es especialmente malvado, sino que le basta con que el sujeto actúe con voluntariedad sabiendo que está creando el riesgo de que el bien jurídico-penal se verá afectado. Por lo tanto, desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, la actitud no vale tanto como la conciencia del riesgo.

La teoría del consentimiento pretende castigar, quizá desde una perspectiva menos preventiva y más retribucionista, una actitud emocional frente al resultado (conformarse, ser indiferente, aceptar a regañadientes...), pero ello no es necesario desde el Derecho penal del hecho que es preventivo, pues da lo mismo si al sujeto le gusta o le desagrada el resultado, ya que al estar consciente de la peligrosidad de su conducta para realizar un tipo penal, debe ser castigado por el hecho.

Así, desde una perspectiva sistémica, y de *lege ferenda*, es recomendable unir lo que la jurisprudencia exige a los aplicadores jurídicos para probar el dolo con un concepto de dolo cónsono con la concepción preventiva del Derecho penal protector de bienes jurídicos.

## **CONCLUSIONES**

**Rodrigo Silva Medina**

1. La ley penal venezolana no es neutral en lo que se refiere al concepto de dolo. En nuestro país, se acogió legalmente la teoría de la voluntad al prever en el art. 61 CP que el sujeto debe haber realizado el hecho con intención para ser reo de delito. Consecuentemente, la doctrina y la jurisprudencia venezolana han abrazado a las teorías de la voluntad en materia de dolo.

2. Las teorías de la voluntad requieren la prueba de sus dos elementos integradores, a saber, el conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta de cara a un bien jurídico penal determinado y la voluntad de realizar el hecho típico.

3. El conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el hecho típico se puede probar a partir de indicios objetivos sometidos en abstracto a un juicio de adecuación desde la perspectiva de la interacción social. Se extraen las máximas de experiencia de las reglas de imputación de conocimientos desde los hechos probados.

4. La voluntad de realización del hecho típico constituye un estado de ánimo del sujeto que no es susceptible de ser probado. Por esta razón, la jurisprudencia de la Sala Constitucional presume que cuando hay conocimiento también hay voluntad (en alguna de sus variadas formas lingüísticas). De esta manera, el Máximo Tribunal evita que se castiguen como imprudentes o culposos los comportamientos que, a su entender, merecen mayor pena.

5. El Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos requiere que el sujeto no realice comportamientos que supongan riesgos concretos para la incolumidad de los bienes jurídico-penales; pero no requiere que el sujeto quiera o acepte la comisión del hecho punible. Esta insistencia en incluir estados de ánimo para la configuración del dolo es propio de un Derecho penal de autor que persigue solo la retribución.

6. Es fundamental que una futura reforma del CP se preocupe por no vincular el dolo a una concreta teoría, para no prolongar la situación problemática generada por el art. 61 CP: el divorcio entre la dogmática y la praxis.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Arteaga Sánchez, Alberto. *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*. Caracas: UCV, 1975.

Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho penal venezolano*. Caracas: Álvaro Nora, 2012.

Díaz Chacón, Freddy. *Doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia*. Segundo semestre 2009. Caracas.

Hassemer, Winfred. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bogotá: Temis, 1999.

Hruschka, Joachim. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2005.

**Rodrigo Silva Medina**

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011.

Modolell González, Juan Luis. *Derecho penal. Teoría del delito*. Caracas: UCAB, 2015.

Ragués i Vallès, Ramon. «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo». *ADPCP*, vol. XLIX, Fasc. II (1996).

Ragués i Vallès, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

Roxin, Claus. «La parte general del Derecho penal sustantivo», en Roxin, Claus / Arzt, Gunther / Tiedemann, Klaus. *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

Silva Sánchez, Jesús-María. «A toro pasado,...cuidado con los sesgos cognitivos», *Indret* 3 (2021)



## FUNCIONES Y PERFIL DEL COMPLIANCE OFFICER EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO CONTEMPORÁNEO

*Alejandro J. Rodríguez Morales*

Profesor de postgrado de Derecho Penal Económico y Derecho Penal Internacional en la Universidad Católica Andrés

Bello

### Resumen

Tomando en cuenta la importancia de los sistemas de gestión de *Compliance* en el Derecho Penal Económico contemporáneo, se hace un análisis de las funciones que está llamado a desempeñar a lo interno de la empresa el *Compliance Officer* así como de quién debe ser quien realice tales funciones. Se examinan diversas funciones decisivas del *Compliance Officer* destacándose lo clave que resulta su labor para el funcionamiento efectivo y adecuado de todo sistema de gestión de *Compliance*. Se concluye evidenciando que el *Compliance Officer* debe cumplir con un perfil y realizar unas funciones de gran exigencia que justifican la exposición de la temática.

**Palabras clave:** *Compliance*, Empresa, Ética de los Negocios, *Compliance Officer*, Derecho Penal Económico, Normas ISO, Riesgos empresariales

## TASKS AND PROFILE OF THE COMPLIANCE OFFICER IN CONTEMPORARY CORPORATE CRIMINAL LAW

### Abstract

Considering the importance of Compliance management systems in contemporary Corporate Criminal Law, an analysis is made of the tasks that the so-called Compliance Officer is called upon to perform within the company as well as who should be that person. Various decisive tasks of the Compliance Officer are examined, highlighting how key their work is for the effective and proper functioning of any Compliance management system. It concludes by showing that the Compliance Officer must comply with a certain profile and perform demanding tasks that justify the presentation of the subject.

**Keywords:** Compliance, Enterprise, Business Ethics, Compliance Officer, Corporate Criminal Law, ISO Norms, Business risks

## DEDICATORIA

Las presentes consideraciones acerca de la figura del denominado *Compliance Officer* van dedicadas con especial y grato recuerdo al eminente jurista Alfredo Morles Hernández, académico esencial e importante referente del Derecho Mercantil venezolano y de cuyas manos tuve el honor de recibir en 2006 la Mención de Honor del Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por mi libro “El tipo objetivo y su imputación jurídico-penal”. Respeto y estima siempre para el profesor Morles Hernández y el extraordinario legado que nos dejó.

## I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que en el Derecho Penal Económico contemporáneo un tema que se ha tornado de obligatoria referencia es el atinente a lo que suele designarse con un término anglosajón, a saber, el llamado *Compliance* (que en español podría traducirse como “cumplimiento” o “cumplimiento normativo”)<sup>1</sup>.

Tan es así lo antedicho que, si se hace una somera revisión de la bibliografía aparecida en los últimos diez años relativa al Derecho Penal Económico (o Derecho Penal de la Empresa), se encuentra que efectivamente el *Compliance* (y, concretamente, el *Criminal Compliance* o *Compliance Penal*), ocupa un lugar preeminente<sup>2</sup>.

Por lo demás, resulta necesario destacar asimismo que también en términos legislativos (por ejemplo, en múltiples países de Iberoamérica) han aparecido normas que de

---

<sup>1</sup> Al respecto, RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Criminal Compliance (Cumplimiento normativo penal y Derecho Penal Económico)*. 2da edición actualizada y ampliada. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2021.

<sup>2</sup> De entre los múltiples libros aparecidos en ese tiempo pueden resaltarse, entre otros, los siguientes: ROTSCH, Thomas (Ed.) *Criminal Compliance. Handbuch*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2015; KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO; Lothar, Juan Pablo e Íñigo (Editores). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons. Madrid, España. 2013; BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2013; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Editorial Atelier. Barcelona, España. 2013; MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN; Santiago, Mirentxu y Víctor (Directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Edisofer y Editorial B de F. Madrid, España. 2014; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2019; y RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

Alejandro J. Rodríguez Morales

manera expresa regulan y hacen referencia al *Compliance* (particularmente al *Criminal Compliance*), sobre todo en virtud de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos de tales países<sup>3</sup>. En el caso específico de Venezuela, si bien no existe en cuanto tal una responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del vigente Código Penal, hay un conjunto de normas en otros instrumentos legales que permiten sostener la relevancia y validez del *Compliance* en Venezuela así como la pertinencia de su implementación por parte de las empresas del país<sup>4</sup>, a las cuales no se hará mayor referencia en este trabajo por no ser objeto del mismo.

Precisamente, puede resaltarse de igual manera que, en el ámbito empresarial, cada día cobra mayor importancia todo lo relativo al *Compliance*, por lo que compañías y empresas de diverso signo han ido implementando a la interno programas o sistemas de gestión de *Compliance*, convirtiéndose el *Compliance* en un aspecto fundamental para los empresarios y en un tema del Derecho Penal Económico contemporáneo por excelencia.

Ello es así por cuanto, haciendo referencia ya a un concepto de lo que puede entenderse por *Compliance*, de lo que se trata es de gestionar o administrar los riesgos existentes en la empresa relativos a la comisión de actos ilícitos (o propiamente delictivos) en o a través de ella, lo que puede aparejar para la empresa, además de las sanciones administrativas o penales según la legislación vigente de cada país, otros perjuicios como, por ejemplo, importantes pérdidas de capital reputacional.

Esto va de la mano o se interrelaciona de forma estrecha con nociones también de especial relevancia en el ámbito empresarial como la “Ética del Negocio” (*Business Ethics*), el “Buen Gobierno Corporativo” y la noción de “Empresa de Negocios Responsable”

---

<sup>3</sup> Muestra de ello es que la modificación del Código Penal español mediante la cual se incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la noción de “Compliance”, data de 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio). En sentido similar, las leyes aprobadas en 2014 (reforma al Código Penal para el Distrito Federal, de 18 de diciembre) en México y en 2016 (Ley 30424, de 21 de abril) en Perú, han dado carta de entrada normativa al concepto de “cumplimiento” por parte de las personas jurídicas.

<sup>4</sup> Sobre este punto, RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Venezuela*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Op. cit., págs. 875 y siguientes.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Alejandro J. Rodríguez Morales

(*Responsible Bussines Enterprise*), la cual abarca tres aspectos concretos, a saber: la conducta responsable, la gestión responsable y la conducta responsable<sup>5</sup>.

De esta forma, es posible señalar que el *Compliance* es el cumplimiento normativo que una organización o empresa y quienes la integran deben observar en el marco de su actividad a los fines de reducir el riesgo de que se cometan hechos ilícitos en o a través de ella. Esta definición parte de la que puede inferirse de uno de los documentos recurrentemente citados en lo que a *Compliance* se refiere, a saber, el titulado “*Compliance and the compliance function in banks*”, elaborado por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Suiza) en el año 2005.

Cabe acotar, por su parte, que en la actualidad se cuenta con el encomiable trabajo que ha llevado a cabo la *International Organization for Standardization* (ISO), a la que se deben las Normas ISO 37301:2021 (que reemplazó en abril de 2021 a la Norma ISO 19600:2014) e ISO 37002:2021, relativas a los sistemas de gestión de *Compliance* la primera, y a los canales de denuncia (*whistleblowing*) y las investigaciones internas la segunda.

Por lo demás, algo que no puede dejar de mencionarse en estas consideraciones introductorias, es que en el Derecho Mercantil venezolano rige el denominado principio del objeto lícito, que conlleva ineludiblemente que toda empresa esté obligada al cumplimiento de la totalidad de normas del ordenamiento jurídico que le sean aplicables.

En efecto, el artículo 200 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1155 del Código Civil, establece que el objeto de los contratos debe ser lícito, por lo que su fin no puede ser la comisión de delitos, siendo que ello es evidentemente ilícito. Claro está que, como recuerda MORLES HERNÁNDEZ, infringir el principio del objeto lícito, “*es meramente teórico: nadie va a proclamar su propósito de delinquir*”<sup>6</sup>; por lo que el objeto ilícito se configurará solamente cuando se manifieste en el mundo exterior.

---

<sup>5</sup> En cuanto a este concepto, véase a BOGHRATY, Babak. *Organizational compliance and ethics*. Págs. 565 y siguientes. Wolters Kluwer. Nueva York, Estados Unidos. 2019.

<sup>6</sup> MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles*. Pág. 843. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. 2000.

Alejandro J. Rodríguez Morales

Teniendo en cuenta todo lo anterior, puede sostenerse que efectivamente es pertinente y necesario que las empresas cuenten con un adecuado y efectivo sistema de gestión de *Compliance*, tomándose en consideración las medidas que hayan de adoptarse a tales fines. Es así como, entre las referidas medidas, se encuentra la designación o nombramiento de un órgano (bien unipersonal, bien colegiado) que sea responsable de velar por el funcionamiento del respectivo sistema de gestión de *Compliance* implementado.

Dicho órgano, si bien en pequeñas empresas la función de *Compliance* puede ser ejercida por los propios órganos de dirección de la empresa o por un comité con tales funciones<sup>7</sup>, por lo general, y preferiblemente, será una persona a la que se designa como *Compliance Officer* (u Oficial de Cumplimiento), cuyo perfil y funciones son objeto de análisis en el presente trabajo. Una vez más, también resulta posible, por ejemplo en grandes empresas, que la función de *Compliance* sea ejercida por varias personas, es decir, por un órgano colegiado, y no solamente por un único Oficial de Cumplimiento.

## II. ¿QUÉ HACE UN COMPLIANCE OFFICER?

Pasando ahora a la cuestión atinente al catálogo o cartera de funciones, tareas o responsabilidades que tiene el *Compliance Officer* es posible indicar que la actividad de quien desempeñe este cargo básicamente se debe centrar en tres labores, a saber, **implementación, documentación y desarrollo** del programa de *Compliance* o cumplimiento normativo<sup>8</sup>.

Como puede colegirse sin demasiada dificultad, las funciones del *Compliance Officer* son desafiantes, ya que no se limitan o enfocan, exclusivamente, en los delitos que pudieran cometerse en o a través de la empresa, sino que se relacionan en términos más amplios con el programa de cumplimiento normativo en general. Por ese motivo, se trata de la persona clave en lo que respecta a la implementación de dicho programa (lo que abarcará, como se verá, incluso el brindar asesoramiento o preparar y ejecutar capacitaciones para el personal),

---

<sup>7</sup> Incluso, como lo indica el apartado A.5.3.2 del Anexo A de la Norma ISO 37301:2021, podría recurrirse a la tercerización o *outsourcing* de la función de Compliance, si bien en ningún caso de manera total o absoluta.

<sup>8</sup> Se sigue aquí, esencialmente, a HAUSCHKA, MOOSMAYER y LÖSLER; Christoph, Klaus y Thomas (Coordinadores). *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. Págs. 1164 y siguientes. C.H. Beck Verlag. Múnich, Alemania. 2016.

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

sumado ello a la documentación del funcionamiento (lo cual involucrará, por ejemplo, lo referido a la detección de posibles hechos delictivos y su denuncia ante la propia empresa u organización), y hasta funciones relativas al desarrollo, nuevamente, del mismo programa de cumplimiento normativo (por lo que podría, junto a los órganos de dirección de la empresa, diseñar modificaciones a los procesos y controles establecidos en caso de considerar que ello resulta necesario).

De seguidas se pasará al análisis de las funciones que involucran la implementación, documentación y desarrollo del programa de *Compliance*, e igualmente se hará una breve referencia a algunas de las tareas que pueden desprenderse o derivarse de esas tres nociones.

Ante todo, el *Compliance Officer* debe aconsejar o asesorar a los órganos de dirección de la empresa u organización de que se trate en todos los temas relevantes para el debido cumplimiento normativo, vale decir, que está llamado a realizar una función de asesoría, por lo que es importante, como se indicó antes, que tenga un perfil sólido, especialmente en cuanto al conocimiento de sus propias funciones, pudiendo por lo demás contar con el soporte de un equipo o de personal de otras áreas de la empresa u organización, por ejemplo, el departamento jurídico o la Administración. Es, una vez más, la persona clave o de referencia dentro de la empresa o la organización en materia de *Compliance*.

En consonancia con ello, el *Compliance Officer* debe ser una persona de contacto disponible, incluso estableciendo mecanismos que permitan al personal contactarle de manera confidencial para plantear dudas, casos o denuncias. Esto podría hacerse mediante un sistema de mensajería confidencial o una línea de ayuda (“*Help-line*”), sumado a un canal de denuncias igualmente confidenciales (*whistleblowing system*).

A ese respecto, resulta imperativo citar en este punto la novísima Norma ISO 37002:2021, adoptada en julio de 2021, y en cuyo apartado 4.4 se establece que toda organización debe establecer, implementar, mantener y continuamente mejorar un sistema de gestión de denuncias (*whistleblowing management system*), que debe regirse por principios de confianza, imparcialidad y protección.

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

En opinión de quien suscribe, es adecuado que tales canales de denuncia sean manejados precisamente por el *Compliance Officer*, toda vez que se trata de alguien con el perfil más idóneo (destacándose su autoridad e independencia, sumado a sus conocimientos) para gestionar las denuncias y reportes de conductas ilícitas a lo interno de la empresa. Y aunque la citada Norma ISO 37002:2021 no dispone expresamente que así sea, sin embargo en su apartado 8.2 (sobre la recepción de denuncias) menciona al encargado de la función de *Compliance* entre aquellos que podrían ser receptores de las respectivas denuncias o reportes de actividades ilícitas.

Continuando con el catálogo de funciones que ha de realizar el *Compliance Officer*, puede referirse que también debe reportar o informar sobre el funcionamiento del programa de cumplimiento normativo y por ende sobre cambios que se susciten, irregularidades que se presenten y riesgos existentes, lo que podría entenderse como una función de *reporting* y detección continua.

De la misma manera, el *Compliance Officer* debe vigilar el cumplimiento del programa de Compliance y dirigir las investigaciones correspondientes, lo que puede llevar a cabo, si es necesario, con el apoyo de una auditoría interna o externa. Esto sería, propiamente, una función de prevención, siendo que el *Compliance Officer* debe prestar atención de modo permanente al funcionamiento del programa para que el mismo cumpla con su objetivo, a saber, precisamente prevenir los delitos que pudieran perpetrarse en o a través de la empresa u organización.

Por otra parte, forma parte de las tareas del *Compliance Officer* denunciar propiamente las infracciones al programa de cumplimiento normativo, pudiendo establecerse diversos mecanismos que tomen en cuenta la gravedad de dichas infracciones de modo que, por ejemplo, si son leves pueda llevarlas ante un Gerente de área, mientras que si son graves deba llevarlas directamente ante los órganos de dirección de la empresa o la organización. Se trata, en este caso, de una función de información o denuncia.

Ahora bien, se torna importante detenerse en este punto a efectos de analizar brevemente la temática relativa a si en el *Compliance Officer* recae, o no, una obligación de

Alejandro J. Rodríguez Morales

denunciar ante las autoridades estatales la comisión de un hecho delictivo que haya detectado en el ejercicio de sus funciones en la empresa u organización.

Respecto a esta interrogante, podría decirse ante todo que en diversas legislaciones penales, como la española y la venezolana, no se encuentra tipificado en cuanto tal un delito de omisión de denuncia (a lo sumo el Código Penal español hace referencia a una “omisión del deber de promover la persecución”, que no aplica en términos generales a lo aquí planteado y que alude solamente a delitos de próxima o actual comisión, no así a los ya cometidos).

Pues bien, más allá de ello, incluso si estuviere tipificado un delito de omisión de denuncia, en el caso del *Compliance Officer*, desde la perspectiva de este trabajo, se considera inaplicable poner en su cabeza una obligación de denuncia a las autoridades estatales<sup>9</sup>. Esto no solamente porque no debe incluirse entre las funciones del *Compliance Officer* realizar tales denuncias ante las autoridades estatales (debiendo ejercer sus tareas más bien a lo interno de la empresa u organización), sino también porque esto pondría en riesgo un principio procesal penal de especial relevancia, como lo es el, formulado en latín, *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo).

En efecto, de conformidad con tal principio procesal penal, nadie puede ser obligado a incriminarse a sí mismo y, en el caso del *Compliance Officer*, hay que recordar que él es parte integrante de la empresa u organización y, aunque no haya cometido por sí mismo el delito que estaría denunciando, la empresa u organización claramente no va a encomendarle a su *Compliance Officer* que denuncie algo por lo que podría ser responsable (bien desde el Derecho Penal, bien desde el Derecho Administrativo Sancionador, al que también se puede extender el citado principio), sumado a que muy probablemente podría terminar siendo despedido al poner a su empleador (la empresa u organización) en tal tesitura.

---

<sup>9</sup> Afirmando también que el Compliance Officer no tiene un deber jurídico-penal de denunciar, véase a MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El compliance officer y el Código penal*. En: NAVARRO, Jorge (Director). *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo?* Pág. 43. Profit Editorial. Barcelona, España. 2018.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152



Alejandro J. Rodríguez Morales

En cuanto al derecho a no auto incriminarse, por lo demás, resulta pertinente en este punto indicar que aquí se considera aplicable no solamente a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, que en consecuencia también lo ostentan. En la misma dirección, y como ha sido destacado por ARANGUEÑA FANEGO, el ordenamiento jurídico español “reconoce expresamente esta garantía para las personas jurídicas en los arts. 409 bis y 786 bis LECrim”<sup>10</sup>, con lo que en el ejemplo de la legislación penal española queda clara la extensión a las personas jurídicas del aludido derecho.

Por otra parte, cabría preguntarse si la autodenuncia por parte de la empresa (y por decisión de sus órganos de dirección, que no del *Compliance Officer*) pudiera ser conveniente o no. A ese respecto podría decirse que la autodenuncia podría lucir como algo positivo para la empresa en tanto así mostraría que posee una adecuada cultura de cumplimiento o ética empresarial.

No obstante, se tiene que concordar en este trabajo con DEL ROSAL BLASCO, quien ha expresado que la referida autodenuncia “*puede tener unas consecuencias irreparables para la empresa porque, en la mayoría de los casos la apertura de un proceso penal no se va a poder evitar. Y si eso es así, y si se tiene en cuenta, además, lo fácil que es que trasciendan al público los «problemas penales» de la empresa, el daño reputacional que ello comporta puede acabar con la empresa o perjudicarla muy severamente*”<sup>11</sup>.

Lo anterior no quiere decir que la empresa deba abstenerse de autodenunciarse, pues, como ya se dijo, esto también podría evidenciar que tiene disposición a colaborar con las autoridades y que cuenta con una sólida cultura de cumplimiento normativo, pudiendo ello redundar incluso en beneficios penales (que se atenúe su responsabilidad o se le exima de ella mediante acuerdos si la legislación penal respectiva así lo establece). Se trata, entonces,

---

<sup>10</sup> ARANGUEÑA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance*. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Op. cit., pág. 465.

<sup>11</sup> DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. Pág. 347. Wolters Kluwer. Madrid, España. 2018.

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

de algo que la empresa o la organización deben estudiar detenidamente en cada caso y procurando siempre respetar todas las normas que le sean aplicables.

De cualquier modo, retomando el caso concreto del *Compliance Officer*, aquí se entiende que no debe ser su función hacer denuncias ante autoridades estatales por cuanto, además de todo lo dicho, ello no cumple con la finalidad y la lógica de los programas de cumplimiento normativo. A su vez, podría conllevar que el *Compliance Officer* incurriera en formular denuncias que, luego, se determinen que no se referían a hecho delictivo alguno, sino, quizá, a una irregularidad administrativa o corporativa, incluso a ninguna, perjudicándose a la persona contra la que hubiere recaído la denuncia en cuestión.

Así, lo que aquí se estima debe corresponder al *Compliance Officer*, y a ello sí debe estar obligado, es a informar (denunciar) internamente, esto es, ante los órganos de dirección de la empresa, los delitos que hubiere detectado o que sepa se van a cometer en o a través de la empresa, ya que de esto sí se trata un programa de *Compliance*. Hasta ahí debe llegar la obligación del *Compliance Officer*, por lo que lo que ocurra luego será competencia precisamente de los órganos de dirección de la empresa, que tendrían que tomar las medidas respectivas (disciplinarias, laborales e incluso penales) en cuanto a quien o quienes estuvieren cometiendo actos delictivos en o a través de la empresa.

Retomando las funciones que debe llevar a cabo el *Compliance Officer*, ha de añadirse que también tendrá que encargarse de realizar un seguimiento continuo respecto a la capacitación e información disponible para todo el personal de la empresa u organización de modo que sean adecuados y se adapten a las necesidades específicas del programa de *Compliance* adoptado.

Por último, y en relación con la temática del desarrollo del programa de cumplimiento normativo de la empresa u organización, el *Compliance Officer* debe revisar, junto a los órganos de dirección (y si es pertinente una consultoría de *Compliance*), los procesos, controles y medidas que forman parte del programa de *Compliance* así como proponer su modificación cuando ello sea necesario. Todas estas actividades van de la mano de la

finalidad deseada, a saber, el adecuado funcionamiento del programa de cumplimiento normativo.

Tales son, pues, las diversas funciones que corresponden, y que asume, el *Compliance Officer*, algo de gran importancia, por lo demás, en lo que respecta a la determinación de su responsabilidad dado que, claramente, la misma se limitará a tales funciones, no pudiendo exigirse a este encargado de cumplimiento aquello que se encuentre fuera del ámbito propio de sus actividades, las únicas a las que, en definitiva, se compromete al asumir el cargo.

### **III. ¿QUIÉN ES EL COMPLIANCE OFFICER?**

Habiendo reseñado ya las funciones que debe cumplir el *Compliance Officer*, corresponde a continuación responder la pregunta que titula este apartado, para lo cual es conveniente en primer lugar subrayar la importancia que tiene, en el Derecho Penal Económico contemporáneo, la figura del *Compliance Officer*. Ciertamente, baste para ello señalar que el apartado 5.3.2 de la reciente Norma ISO 37301:2021 remarca que el *Compliance Officer* (vale decir, quien está a cargo de la función de *Compliance*) será el “responsable de la operatividad del sistema de gestión de *Compliance*”, con lo cual se observa que su función es clave, esencial, para el adecuado y efectivo cumplimiento a que está obligada la empresa.

Dicho esto, es necesario determinar cuál sería el perfil idóneo de un *Compliance Officer* con tan importante responsabilidad en el marco de la empresa. En este sentido, quizá haya que indicar ante todo que el *Compliance Officer* es una persona física (o varias cuando es el caso), por lo que al hablar de una responsabilidad respecto a dicho responsable de cumplimiento se tratará de una responsabilidad individual, la cual puede ser incluso de carácter penal.

Ahora bien, otra consideración que debe hacerse en este orden de ideas es que el *Compliance Officer* no debe ser confundido con el Asesor Jurídico de la empresa o la organización, dado que se trata de funciones que, aunque efectivamente tengan puntos de conexión, no son idénticas. De esta manera, que exista en la empresa un oficial o encargado

Alejandro J. Rodríguez Morales

de cumplimiento no obsta a que exista a su vez un departamento jurídico o un consultor jurídico. Por lo demás, pretender asignarle a un Asesor Jurídico las tareas que debe cumplir el *Compliance Officer*, o viceversa, representaría una carga de trabajo excesiva, siendo, se reitera, que son dos cargos con funciones y responsabilidades diferentes que estarían siendo desempeñados por una sola persona.

En adición a lo dicho, cabe observar que el Asesor Jurídico se dedica a ofrecer su asesoría a la empresa a efectos de su representación o defensa legal, la que incluso puede también llevar a cabo, algo incompatible con la función de *Compliance* que, como se ha visto ya, se relaciona con la implementación, documentación y desarrollo del sistema de gestión de *Compliance* correspondiente.

Tampoco debe confundirse al *Compliance Officer* con un auditor, dado que éste desempeña una función puntual que va desde el inicio de la específica auditoría que se realizar hasta su finalización, mientras que el *Compliance Officer* debe realizar las funciones ya expuestas en este trabajo de una forma continuada y no solamente puntual. Entretanto, el auditor puede contribuir a la función de *Compliance* porque puede poner en evidencia, por ejemplo, alguna falla en el sistema de gestión de *Compliance*, pero no por ello, una vez más, puede confundirse con el *Compliance Officer*.

Ya realizadas tales aclaratorias, cabe de seguidas plantearse qué puede entenderse o cómo podría definirse la figura del *Compliance Officer*. A ese respecto, se seguirá aquí lo sostenido hace no mucho por NOLL, en cuanto a que la definición de dicha figura ha de entenderse desde lo funcional<sup>12</sup>. En tal sentido, impera afirmar que el *Compliance Officer* es quien realiza o lleva a cabo, en el marco de una empresa u organización, las funciones o tareas de cumplimiento normativo, tratándose en consecuencia de un cargo o puesto que se define, más que por su ubicación en el organigrama o la autoridad que pueda tener, por un específico perfil de tareas o responsabilidades (*Aufgabenprofil*), a saber, las inherentes a la función de *Compliance*.

---

<sup>12</sup> NOLL, Matthias. *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*. Pág. 21. Mohr Siebeck. Tubinga, Alemania. 2018.

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

Antes de hacer referencia a tales tareas o responsabilidades, es relevante decir que el *Compliance Officer* no tiene que ser necesariamente un abogado, si bien, dadas sus funciones, que ya han sido detalladas en este trabajo, es conveniente que lo sea o que pueda contar con el apoyo de uno o varios abogados para cumplir con su cometido.

Esto es así, a su vez, por cuanto la mayor parte del objeto del *Compliance* se vincula a normas jurídicas, instrumentos legales, a que debe someterse la empresa, de modo que el abogado puede tener un mejor manejo y conocimiento de ese conjunto normativo respecto a otros profesionales que sin embargo pueden ser también de gran ayuda, tales como contables, administradores, de recursos humanos, entre otros.

Adicionalmente, siendo de interés de la empresa que no se cometan delitos en o a través de ella, será conveniente que el *Compliance Officer* conozca y maneje adecuadamente la legislación penal correspondiente, por lo cual un abogado penalista podría tener un perfil muy acorde con la función de *Compliance*. De allí, por lo demás, que se hable en este trabajo de las funciones y el perfil del *Compliance Officer* concretamente en el Derecho Penal Económico contemporáneo.

Vale añadir en este punto que, en la práctica de países en que ya se encuentra más difundido el *Compliance*, por ejemplo, España, precisamente la mayoría de quienes se dedican a ello son abogados penalistas y firmas de abogados que trabajan en el área del Derecho Penal y, concretamente, del Derecho Penal Económico o de la Empresa.

A su vez, también en lo que respecta al perfil del *Compliance Officer*, es de gran importancia que sea alguien con autoridad e independencia dentro de la estructura organizativa de la empresa. Por ello, en el concepto de Buen Gobierno Corporativo, como ha de ser entendido hoy en día, es imperativo que se incorpore también el que tanto los propios órganos de dirección como todo el organigrama de la empresa, faciliten que el *Compliance Officer* desempeñe sus labores con la necesaria autoridad e independencia.

En cuanto a esto, debe hacerse mención de lo establecido por la Norma ISO 37301:2021, en cuyo apartado 5.1.3 se enumeran una serie de requerimientos en aras de que

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

efectivamente esa autoridad e independencia del *Compliance Officer* sea verdadera y por lo tanto pueda desempeñar debidamente sus funciones. Así, la citada norma indica que los órganos de dirección de la empresa (el *top management*) deben asegurarse de que el responsable de la función de *Compliance*: 1) Tenga acceso directo a los órganos de dirección de la empresa, 2) Tenga independencia en el ejercicio de sus funciones, y 3) Tenga autoridad y competencia apropiadas para realizar sus tareas. Resulta interesante asimismo agregar que la propia Norma ISO 37301:2021, en la nota 2 a ese mismo apartado, expresa que la independencia significa la ausencia de cualquier interferencia indebida o presión, o ambas, en el ejercicio de la función de *Compliance*.

En vista de lo anterior, sería importante, al momento de establecerse la respectiva Política de *Compliance* y de comunicarla a todos los miembros de la empresa, dejar muy claro este punto, de modo que se minimice la “tentación” de perturbar al *Compliance Officer*. Por los mismos motivos, el *Compliance Officer* no debe ser, por ejemplo, un accionista de la empresa ni tampoco un familiar directo de quienes se encuentran en el tope del organigrama de esta, dado el conflicto de intereses que ambas hipótesis podrían lógicamente suponer.

Sumado a ello, y si en efecto se quiere garantizar una verdadera independencia y autoridad del *Compliance Officer*, será necesario dotarlo de los recursos necesario para que en efecto pueda realizar de tal modo sus funciones. Esto incluye el que efectivamente sea un cargo importante dentro de la empresa, con voz ante los órganos de dirección de la empresa y con la posibilidad de tener acceso sin restricciones a todos los departamentos o unidades de aquella, incluyendo archivos y sistemas informáticos que puedan servir a un mejor cumplimiento de sus tareas.

Para finalizar lo relativo al perfil del *Compliance Officer*, es pertinente citar un documento de Perú sobre la Oficialía de Cumplimiento del Fondo de Vivienda, de 2013, y que asigna como competencias genéricas de un *Compliance Officer* la vocación de servicio,

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

tolerancia bajo presión, adaptación al cambio, responsabilidad y confiabilidad, e integridad; y como competencias específicas el liderazgo, la solución de problemas y la comunicación<sup>13</sup>.

Todo esto confirma que el *Compliance Officer* debe tener un perfil muy particular y coherente con las nucleares funciones que debe realizar en lo que respecta al sistema de gestión de *Compliance* que ha de tener a su cargo. Se pone en evidencia, a su vez, que en ese perfil tendrán una importancia destacada los conocimientos relativos al Derecho Penal, debido al papel fundamental que ostenta en este ámbito la necesidad de prevenir, detectar y reaccionar ante hechos delictivos que puedan ser perpetrado en o a través de la empresa.

#### **IV. REFLEXIÓN FINAL**

En la actualidad las empresas se encuentran permanentemente sometidas al escrutinio de la ley, siendo que cada vez hay una mayor cantidad de normas que han venido regulando su actividad. Pero además, también están sujetas al nada menospreciable escrutinio público, el cual puede ser sumamente riguroso y valerse de las redes sociales e Internet para exponer los actos ilícitos o concretamente delictivos que se cometen en o a través de las empresas.

Es por ello que el auge del *Compliance*, como tema empresarial e ineludible en el Derecho Penal Económico contemporáneo, parece indetenible<sup>14</sup>. Al ser así, cada vez más será necesario que las empresas cuenten con un sistema de gestión de *Compliance* adecuado y efectivo, cobrando una decisiva relevancia el rol del *Compliance Officer* que, en ese sentido, se ha convertido en un trabajo cuya demanda seguramente aumentará con el tiempo.

En esa dirección, comprender cuáles deben ser las funciones que dicho *Compliance Officer* deberá cumplir en la empresa así como su perfil es una tarea irrenunciable, por lo cual se

---

<sup>13</sup> El documento mencionado es citado en SAURA ALBERDI, Beatriz. *El órgano de cumplimiento (Compliance Officer)*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Nicolás y Fernando (Editores). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Pág. 422. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

<sup>14</sup> Valga acotar que terminando de escribir este trabajo, las noticias en Costa Rica hacían referencia al primer caso (llamado “Caso Cochinilla”), en ese país, que sería juzgado empleando la ley 9699, aprobada en 2019, y que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

ha querido en este breve trabajo y merecido homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández contribuir con esa tarea. Se espera que sirva, también, para seguir desarrollando esta temática.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARANGUEÑA FANEGO, Coral. *El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance*. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2019.



**Alejandro J. Rodríguez Morales**

BOCK, Dennis. *Criminal Compliance*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2013.

BOGHRATY, Babak. *Organizational compliance and ethics*. Wolters Kluwer. Nueva York, Estados Unidos. 2019.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. Wolters Kluwer. Madrid, España. 2018.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Director). *Tratado sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2019.

HAUSCHKA, MOOSMAYER y LÖSLER; Christoph, Klaus y Thomas (Coordinadores). *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. C.H. Beck Verlag. Múnich, Alemania. 2016.

KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO; Lothar, Juan Pablo e Íñigo (Editores). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Marcial Pons. Madrid, España. 2013.

MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN; Santiago, Mirentxu y Víctor (Directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Edisofer y Editorial B de F. Madrid, España. 2014.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El compliance officer y el Código penal*. En: NAVARRO, Jorge (Director). *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo?* Profit Editorial. Barcelona, España. 2018.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Las Sociedades Mercantiles*. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. 2000.

NOLL, Matthias. *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*. Mohr Siebeck. Tübinga, Alemania. 2018.

**Alejandro J. Rodríguez Morales**

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Criminal Compliance (Cumplimiento normativo penal y Derecho Penal Económico)*. 2da edición actualizada y ampliada. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2021.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. *Venezuela*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (Director). *Tratado Anglo-Iberoamericano sobre Compliance Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

ROTSCH, Thomas (Ed.) *Criminal Compliance. Handbuch*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Alemania. 2015.

SAURA ALBERDI, Beatriz. *El órgano de cumplimiento (Compliance Officer)*. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Nicolás y Fernando (Editores). *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Editorial Atelier. Barcelona, España. 2013.

## LOS SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR LAS SOCIEDADES MERCANTILES «CLÍNICAS E INSTITUCIONES PRIVADAS» Y SU NO SUJECCIÓN AL IMPUESTO SOBRE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

*Julio Díaz Valdéz*

Universidad Gran Mariscal de Ayacucho (UGMA) Abogado magna cum laude. Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Especialista cum laude en Derecho Procesal Civil. Maestrando en Filosofía (Filosofía práctica) de la UCAB. Profesor universitario de pregrado de Derecho Tributario de UCAB Guayana, Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).

### Resumen

El presente trabajo pretende demostrar la no sujeción del Impuesto sobre Actividades Económicas de Industrias, Comercio, Servicios o de índole similar (ISAE), de los servicios prestados de salud por las clínicas e instituciones privadas, por no estar las actividades económicas por ellas desarrolladas, revestidas de carácter mercantil, condición necesaria para configurar el hecho imponible y originar en consecuencia el nacimiento de la obligación tributaria.

**Palabras clave:** actividad económica, no sujeción, hecho imponible.

## HEALTH SERVICES PROVIDED BY MERCANTILE COMPANIES «CLINICS AND PRIVATE INSTITUTIONS» AND THEIR NON-SUBJECT TO TAX ON ECONOMIC ACTIVITIES

### Abstract

This paper aims to demonstrate the non-regulatory tax on Economic Activities of Industries, Trade, Services or similar activities (ISAE), of health services provided by clinics and private institutions, as the economic activities carried out by them are not covered by a commercial nature, a condition necessary to shape the taxable event and thus give rise to the birth of the tax liability.

**Keywords:** economic activity, non-subjection, taxable event.

## **INTRODUCCIÓN**

El Impuesto sobre Actividades Económicas de Industrias, Comercio, Servicios o de índole similar (ISAE), es un impuesto municipal que siempre ha producido erística en la pretensión recaudatoria del ejecutivo municipal. Esas pretensiones, por lo general constituyen presión al ente territorial dotado de potestad legislativa que sanciona las ordenanzas que lo regula.

Las ordenanzas sancionadas así, en muchas ocasiones, incluyen como gravables actividades económicas que no constituyen hechos impositivos. Por lo tanto, no sujetas al pago del ISAE.

Ejemplo de lo anterior, son las ordenanzas del ISAE del municipio Angostura del Orinoco y el municipio autónomo Caroní<sup>1</sup>. Ambas, contemplan como «gravables», las actividades económicas correspondientes a los servicios de salud prestadas por las clínicas y demás instituciones privadas.

Las apuntadas ordenanzas, –al igual que lo hicieron las 64 de otros municipios<sup>2</sup>– recientemente fueron adecuadas al «Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal» suscrito por 308 de los 335 alcaldes<sup>3</sup>. El objeto del acuerdo es armonizar –entre otros aspectos– los tipos impositivos y alícuotas de los tributos.

---

<sup>1</sup> Cfr. Ordenanza de impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, del Municipio Angostura del Estado Bolívar (Gaceta Ordinaria n° 013, de fecha 10 de septiembre de 2020), y Ordenanza de impuesto sobre las actividades económicas de industrias, comercio, servicio o de índole similar del Municipio Caroní del Estado Bolívar (Gaceta Municipal n° 130/2020. Edición extraordinaria de fecha 9 de septiembre de 2020). Ambas establecieron como gravable el servicio de salud. La primera con una alícuota de 1 % y la segunda con una alícuota de 1.5 %. [código: 3.06 «Clínicas, consultorios y otras instituciones similares, laboratorios médicos y dentales, servicios de ambulancia, hospitales, imagenología, geriátricos, clínicas para animales y demás servicios conexos a la salud» que será aplicada a los ingresos brutos percibidos por las dichas instituciones»].

<sup>2</sup> Cfr., Sentencia n° 161 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de noviembre de 2020, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/310766-0161-201120-2020-19-0333.HTML> y Sentencia n° 0273 del fecha 30 de diciembre de 2020 del mismo tribunal, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/311230-0273-301220-2020-19-0333.HTML>.

<sup>3</sup> Cfr., Sentencia n° 118 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 18 de agosto de 2020, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/310057-0118-18820-2020-19-0333.HTML>

**Julio Díaz Valdéz**

Sin embargo, el propio Acuerdo Nacional de Armonización, contempló como gravable *los servicios de salud* con un percentil mínimo de 0,25 % y máxima de 1,5%, lo cual restringe este servicio al ciudadano. La exacción del ISAE a los servicios de salud prestadas por las sociedades mercantiles, –necesariamente a través de los profesionales de la medicina–, producen en ella una carga pesada que incide negativamente en la calidad y en el acceso de los servicios.

En el presente estudio el autor analizará la no sujeción de las sociedades mercantiles prestadoras de servicios de salud al ISAE., puesto que los regímenes jurídicos de las profesiones de la medicina nunca han tenido naturaleza mercantil, por tanto, no están sujetas a este tipo de tributos.

## **I. LOS SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR LAS SOCIEDADES MERCANTILES (CLÍNICAS Y DEMÁS INSTITUCIONES PRIVADAS)**

Venezuela, según lo estatuye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>4</sup> (CRBV), se constituye en un Estado democrático y social de Derecho<sup>5</sup> y de Justicia. Esta propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros valores, la *vida*<sup>6</sup>.

También, establece una serie de derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la protección de la salud que indiscutiblemente se fundamenta en la necesidad de los ciudadanos. Así, el servicio de la salud es una garantía<sup>7</sup>,

---

<sup>4</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (Extraordinaria) n° 5.908, de fecha 19 de febrero de 2009).

<sup>5</sup> El Estado Social de Derecho no solo garantiza la protección de los derechos de libertad, sino que promueve los derechos sociales y humanos. Ese plus en el goce de los derechos implica que el poder tributario del Estado está sometido a las restricciones clásicas formales (legalidad, seguridad jurídica) y materiales (capacidad económica, progresividad y no discriminación), pero también a restricciones para proteger y promover esas posiciones jurídicas especiales al goce efectivo del derecho a la dignidad humana. Crf., Humberto Romero-Muci, «Los Derechos Humanos como condición de Validez de los Tributos», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n.º 157 (2018): 1213-1240.

<sup>6</sup> ex art. 2 C RBV.

<sup>7</sup> La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de

un derecho social fundamental<sup>8</sup>, –también conocido como predicado o extensión del derecho a la vida–, cuya obligación corresponde al Estado.

Sin embargo, la prestación de este vital servicio desde otrora ha constituido un verdadero problema<sup>9</sup> para la Nación, al punto que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social y el presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales han sido objeto de demanda por parte de la Federación Médica Venezolana<sup>10</sup>.

Problema, que resulta agravado en grado superlativo, por una parte, por la atestiguada crisis económica que ha originado que el ejecutivo dicte 32 decretos (entre decretos y prórrogas) de Estado de Excepción y de Emergencia Económica<sup>11</sup> y, por la pandemia

---

saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República. (ex art. 83 CRBV).

<sup>8</sup> Cfr., Fred G. Manrique-Abril, Juan M. Ospina, y Abel F. Martínez-Martín, «¿La Salud: Servicio Público o Derecho Fundamental?», *Salud Historia Sanidad\_ Revista on line* (2008): 3-4. «El término Derecho Fundamental se ha venido desarrollando y utilizando a lo largo de los últimos años, en remplazo de los conceptos de Derecho Natural y Derecho Humano, por ser más preciso y carecer de contenido de ambigüedad que suponen los términos natural y humano. El concepto Derecho Fundamental abarca las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos; los presupuestos éticos y los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle, en la sociedad, todas sus potencialidades. // Al respecto de la calificación que da la CRBV en el artículo 83 a la salud como derecho social fundamental Cfr., Tomás Aníbal Arias Castillo, «La sentencia n° 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, (2007): 125. Obtenido de [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/128/ucv\\_2007\\_128\\_123-155.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/128/ucv_2007_128_123-155.pdf). Que en la referencia n° 2. 125, de su trabajo señala: «En Venezuela no existe la categoría “derechos fundamentales”, tal como sucede en el ordenamiento jurídico español. Acá, los derechos establecidos en la Constitución son simplemente “derechos constitucionales” y, por tanto, susceptibles de amparo constitucional».

<sup>9</sup> «La crisis de funcionamiento del sistema público de salud no es un secreto y, por ello justamente, el Ejecutivo Nacional aplicó como solución la descentralización territorial de los servicios de salud a las distintas gobernaciones, lo cual tampoco ha dado buenos resultados y, en algunos casos, ha agravado la situación.» Cfr., Alegatos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social en: Arias Castillo, «La sentencia n° 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela», 131.

<sup>10</sup> «El 5 de septiembre de 2002, los apoderados judiciales de la Federación Médica Venezolana (...), corporación con carácter profesional, gremial y reivindicativo, creada por la Ley de Ejercicio de la Medicina e integrada por los Colegios de Médicos de la República, acudieron ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia e introdujeron amparo constitucional contra el Ministerio de Salud y desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (los presuntos agraviantes)» Cfr., Arias Castillo, «La sentencia n° 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela», 128.

<sup>11</sup> Cfr., Relación detallada de los 32 decretos de Estado de Excepción y de Emergencia Económica (a partir del decreto n° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016). Disponible en el Blog: <https://apuntesdetributo.blogspot.com/>

(COVID- 19) que padece el país, lo que hace difícil al Estado facilitar el acceso a todos los ciudadanos.

Es un secreto a voces, que el sistema público de salud –cuya prioridad es la promoción de la salud, y la prevención de las enfermedades, a través de tratamiento oportuno– no se presta de manera eficiente. La aparición de nuevas enfermedades, aumento de las enfermedades crónicas, científicas y tecnológicas, sin duda ha justificado entre otras razones, que la prestación del servicio no sea único y exclusivo del Estado.

Razones como las antes expuestas y con el propósito de hacer accesible el servicio de salud a todos los ciudadanos, cohabitan y deben cohabitar en el sistema, las instituciones públicas y privadas. Estas últimas representadas generalmente por sociedades mercantiles (clínicas, centros médicos, entre otras)<sup>12</sup>.

Los servicios de salud, prestados por las clínicas, policlínicas, instituciones u hospitales privados<sup>13</sup>, al igual que las instituciones públicas, deberán contar en Venezuela con una autorización<sup>14</sup> suscrita por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud. Sus actividades están sujetas a los reglamentos y normas<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> ex artículo 112. CRBV.- Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

<sup>13</sup> Se entiende por clínicas, policlínicas, instituciones u hospitales privados: «todo establecimiento diseñado organizado y dotado para prestar atención médica sanitaria integral e ininterrumpida; actividades paramédicas, a través de profesionales a fines a la medicina, a pacientes internados y ambulatorios por medio de consultorios.» («Clínicas, Policlínicas, Instituciones u Hospitales Privados. Clasificación», Comisión Venezolana de Normas Industriales Ministerio de Fomento, acceso el 22 de febrero de 2021, <http://www.sencamer.gob.ve/sencamer/normas/2339-87>. Edición en PDF).

<sup>14</sup> Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 39.823, de fecha 19 de diciembre de 2011). ex art. 15.

<sup>15</sup> *ibidem* ex art. 15. - «El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, determinará los requisitos y normas indispensables para la instalación y funcionamiento de las unidades de cuidado intensivo.

**Julio Díaz Valdéz**

Por otra parte, la ley de ejercicio de la medicina establece que las clínicas, policlínicas, instituciones u hospitales, sean estas públicas o privadas, deberán contar con las instalaciones necesarias para llevar a cabo la prestación de los servicios vinculados a la salud<sup>16</sup>.

Es decir, la ley obliga a los prestadores de servicios de salud, no solo a disponer de personal capacitado (p.e. médicos internistas, enfermeras especializadas, auxiliares) sino a contar con instalaciones y equipos necesarios –según la clasificación o categoría de la institución– para una adecuada prestación de los servicios médicos ofrecidos<sup>17</sup>.

Ejemplos de los servicios prestados son: (i) servicio de administración y contabilidad, (ii) servicio de lavandería, (iii) ascensores con capacidad suficiente, (iv) camillas y sillas de ruedas, (v) planta eléctrica de emergencia, (vi) servicios de terapias intensivas, (vii) servicio de laboratorio, (viii) servicio de banco de sangre, (ix) servicio de anatomía patológica, (x) servicio de radiología, (xi) servicio de anestesiología, (xii) servicio de quirófano, (xiii) sala de cirugía, (xiv) servicio de emergencia, entre otros.

Así, ha quedado demostrado que, el servicio de salud es un servicio regulado<sup>18</sup> y complejo<sup>19</sup> que requiere necesariamente del concurso de un profesional de la medicina, de una persona (enfermo o paciente), y de adecuadas, e indispensables instalaciones (edificios, equipos, tecnología, recursos humanos, medicinas, entre otros), por lo cual estos servicios se

---

<sup>16</sup> *ibidem* ex art. 15. - «...Estas instituciones deberán contar con los edificios y ambiente apropiado., con personal capacitado; con materiales y suministros adecuados y en general con los elementos indispensables para la clase de servicios que ofrezcan».

<sup>17</sup> Cfr., Norma Venezolana «Clínicas, Policlínicas, Instituciones u Hospitales Privados. Clasificación» donde se establecen los requisitos mínimos que deben cumplir las Instituciones Privadas para la prestación del servicio de Salud (Comisión Venezolana de Normas Industriales Ministerio de Fomento 1987).

<sup>18</sup> Según Duguít (citado por Fred G. Manrique-Abril, Juan M. Ospina, y Abel F. Martínez-Martín 2008) se entiende por Servicio Público «toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la independencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante».

<sup>19</sup> Cfr., Sentencia n° 484 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 12 de abril de 2011: «...la tendencia hoy en día es la de sustituir el ejercicio individual de las profesiones liberales por el respaldo colectivo, propio de los avances científicos y de la cada vez más penetrante noción jurídica del usuario, cliente o paciente, según el caso, como el “débil vulnerable” de la relación jurídica implicada en el ejercicio de las profesiones liberales», <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/484-12411-2011-11-0250.HTML>.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152



justifican y prestan a través de sociedades mercantiles especializadas como son: las clínicas, policlínicas, centros médicos, entre otras.

En los marcos de las observaciones anteriores, es preciso destacar que, el servicio de salud, cuya relación en los primeros pasos de la medicina era vista como una relación diádica, producto del encuentro de un médico y un enfermo, se ha transformado en una relación trídica formada por el encuentro entre un médico, la clínica (pública o privada) y un enfermo, como consecuencia en general de los cambios sociales o evoluciones propias de los avances científicos.

En efecto, la relación trídica se da, debido a la necesaria vinculación entre sus agentes (médico, la clínica, y enfermo), i.e. por evolución del servicio médico, que requiere de un intermediario necesario, que se configura como una especie *alter ego* en cuanto a la actividad (médico-clínica), para la mejor prestación del servicio (enfermo): y un enfermo, que a su vez se relaciona con ellos (médico y clínica), para el trámite y recepción del servicio.

La referida interacción existente de manera indisoluble es justificada por: a) la diversidad de atributos del enfermo, puesto que como lo afirma Seoane: «el “enfermo” ya no es o está siempre enfermo; ha modificado sus atributos y roles: enfermo, paciente, usuario, cliente, consumidor, ..., y se ha desplazado de una posición pasiva y paciente a una posición más activa o agente<sup>20</sup>» y b) de la necesidad de un respaldo colectivo –instituciones privadas– para una adecuada y oportuna prestación del servicio, donde se funden las actividades formales de la clínica con las del profesional de la medicina, cuyo fin último es la salud.

Sin embargo, a los fines de la prestación material del servicio de salud, nos interesa observar la relación diádica, que conforman el médico y la clínica (institución pública o privada). Este servicio en la actualidad y en la mayoría de las veces para ser prestado, requiere necesariamente de un *equipo*, que se conforma con el binomio: médico-clínica.

---

<sup>20</sup> José Antonio Seoane, «La Relación Clínica en el siglo XXI: Cuestiones Médicas, Éticas y Jurídicas», *XVI Congreso Derecho y Salud*, Vol.16 (2008): 80.

**Julio Díaz Valdéz**

El médico, profesional que posee la técnica y la cultura necesaria para la prestación de los primeros auxilios, intervenciones quirúrgicas, entre otras actividades. Y, la clínica, entendida como la poseedora de los recursos necesarios (instalaciones, personal calificado y equipos) que coadyuvan a la prestación de los servicios.

Así, el servicio, prestado desde la clínica como institución y no desde el médico como individuo aumenta las posibilidades que este sea más eficiente y oportuno.

El derecho de los ciudadanos a la salud, la garantía de su prestación del Estado, su consagración como derecho fundamental, en los Estados democráticos, ha originado un nuevo concepto de *clínica*, y en ese sentido, Seoane sostiene que la clínica: «...es una práctica social institucionalizada cuya finalidad es el cuidado (sociosanitario) de la salud, entendida como capacidad y funcionamiento seguro y garantizada como derecho.<sup>21</sup>»

En la práctica, las sociedades mercantiles (clínicas y demás instituciones), cuando prestan el servicio *médico* de salud, se convierten en acreedores de los ingresos por la contraprestación correspondiente de su actividad económica: facturan a sus pacientes o enfermos –o a las compañías aseguradoras de estos– el servicio prestado, donde se relacionan o detallan las actividades desarrolladas en procura de la salud, p.e., los gastos de hospitalización, cirugía, medicina, las remuneraciones u honorarios de los profesionales de la medicina que según las circunstancias intervinieron en dicha prestación.

## **II. EL IMPUESTO SOBRE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS**

La CRBV, reconoce la autonomía –dentro de los límites de la Constitución y de la ley– a los municipios<sup>22</sup> para la creación, recaudación e inversión de sus ingresos. Entonces, los entes político-territoriales pueden establecer sus propios tributos previstos en la CRBV.

---

<sup>21</sup> *ibidem* Seoane, 2008: 82.

<sup>22</sup> *ex art.* 168.

Ejemplo de esa autonomía es el ISAE<sup>23</sup>–, con las limitaciones y prohibiciones dispuestas en el artículo 183 *ejusdem*<sup>24</sup>, a fin de garantizar la autosuficiencia económica de los entes locales. Así las cosas, se colige que los municipios, tienen una potestad tributaria originaria más no ilimitada<sup>25</sup>, que deben ejercer dentro de los parámetros constitucionales.

En ese sentido, y a los efectos de delimitar el alcance e interpretación de las normas tributarias, la CRBV emplazó a la Asamblea Nacional para que aprobara una Ley<sup>26</sup> que desarrolle los principios básicos constitucionales sobre el Régimen Municipal<sup>27</sup>, lamentablemente a la fecha aún no ha dictado una ley de armonización de tributos.

---

<sup>23</sup> ex art.179 CRBV. – «Los Municipios tendrán los siguientes ingresos: (...) 2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidos en esta Constitución; (...) »

<sup>24</sup> ex art. 183. «Los Estados y los Municipios no podrán: 1. Crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros, o sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional. 2. Gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio. 3. Prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, ni gravarlos en forma diferente a los producidos en él. Los Estados y Municipios sólo podrán gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley nacional».

<sup>25</sup> Cfr., SENTENCIA N° 278 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, DE FECHA 29 DE ABRIL DE 2014. (CASO: JULIO CÉSAR DÍAZ Y OTROS, VERSUS ORDENANZA DE IMPUESTOS SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE INDUSTRIA, SERVICIOS O DE ÍNDOLE SIMILAR DEL MUNICIPIO HERES DEL ESTADO BOLÍVAR), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163350-278-29414-2014-11-0038.HTML> «...ESTA SALA HACE UN LLAMADO DE REFLEXIÓN A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL ASÍ COMO AL PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL, SOBRE EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA TRIBUTARIA EN LAS LEYES LOCALES, YA QUE SI BIEN NO TIENE MÁS LÍMITES QUE LOS ESTABLECIDOS EN LOS PRINCIPIOS Y NORMAS CONSTITUCIONALES, LAS MISMAS DEBEN VELAR Y PROCURAR LA UNIFORMIDAD DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS CONTEMPLADAS EN LA LEY NACIONAL –LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL– EN ARAS DE SALVAGUARDAR EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONTRIBUYENTES, YA QUE SU CONGRUENCIA RESULTA ESENCIAL PARA EL DESARROLLO Y PROTECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN MATERIA TRIBUTARIA».

<sup>26</sup> ex art. 156,13. «3. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alcótuas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial».

<sup>27</sup> Cfr., Disposición Transitoria Cuarta de la CRBV. « Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: (...) 7. La legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el Régimen Municipal. De conformidad con ella, los órganos legislativos de los Estados procederán a sancionar los instrumentos normativos que correspondan a la potestad organizadora que tienen asignada con respecto a los Municipios y demás entidades locales, y a la división político territorial en cada jurisdicción. Se mantienen los Municipios y parroquias existentes hasta su adecuación al nuevo régimen previsto en dicho ordenamiento...».

**Julio Díaz Valdéz**

Sin embargo, lo que sí decretó la Asamblea Nacional, fue la Ley Orgánica del Poder Público Municipal<sup>28</sup> (LOPPM) que estableció una serie de disposiciones que son consideradas parangón de las normas armonizadoras y de coordinación de la regulación de la potestad tributaria y así lo ha reconocido la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia<sup>29</sup> (TSJ).

Hecha la observación anterior, ciertamente los municipios, en el marco de sus atribuciones y a través de las correspondientes ordenanzas, están legítimamente facultados para crear, modificar o suprimir el ISAE, i.e. definir el hecho imponible, clasificar las actividades económicas gravables, indicar los sujetos pasivos (contribuyentes), establecer la base de su cálculo, fijar la alícuota del tributo, entre otras.

Sin embargo, estas no deberán contravenir lo establecido en la LOPPM<sup>30</sup> ni mucho menos a la CRBV<sup>31</sup>, *so pena* de ser declaradas nulas<sup>32</sup> por el TSJ: bien, por ser normas ilegales –en el caso de contravenir la LOPPM– o inconstitucionales –en el caso de colidir con una disposición de la CRBV–.

---

<sup>28</sup> Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 6.015 de fecha 28 de diciembre de 2010).

<sup>29</sup> Cfr., Sentencia n° 278 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29 de abril de 2014.

<sup>30</sup> ex art. 203. CRBV.- Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes. // Disposición derogatoria. Única. LOPPM. —Quedan derogados todas las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales vigentes que contravengan lo establecido en esta Ley.

<sup>31</sup> ex art. 7. CRBV.- La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

<sup>32</sup> ex art. 336. CRBV. - Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución. 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta.

**Julio Díaz Valdéz**

El ISAE, es un impuesto que se caracteriza por ser directo<sup>33</sup>, real<sup>34</sup>, periódico<sup>35</sup> y territorial<sup>36</sup>; entendiendo por real, la circunstancia que para su cuantificación se toma en cuenta sólo la actividad económica que los contribuyentes ejercen habitualmente, i.e. sin atender las condiciones subjetivas de los contribuyentes para: i) la verificación del hecho imponible, o, ii) la fijación de la base imponible y alícuota correspondiente. Es decir, lo definitivamente relevante para que se configure la causa jurídica del ISAE –verificación del hecho imponible–, es la actividad ejercida por la persona, no la persona, o su forma societaria –p.e. las clínicas– a través de quien se realiza dicha actividad.

Asimismo, es un tributo periódico por existir una alícuota constante relacionada con la actividad cumplida durante el tiempo señalado en la ordenanza respectiva. Finalmente, es un impuesto territorial en virtud de recaer, exclusivamente, sobre aquellas actividades ejercidas dentro del ámbito físico de la jurisdicción local que lo impone.

De tal manera, para que un sujeto sea calificado como contribuyente del aludido tributo, debe existir una conexión entre el territorio del municipio exactor y los elementos objetivos condicionantes del impuesto, i.e. el lugar de la fuente productora de la actividad y la capacidad contributiva sobre la que recaerá el tributo<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> «...Es un tributo que hoy en día tiene características de un impuesto directo aunque se haya dicho muchas veces que es un impuesto indirecto, pues su regulación tiene en consideración las condiciones subjetivas del contribuyente a través de estándares socioeconómicos (clasificadores de actividades, niveles mínimos de ingresos, diversidad de alícuotas, etc.) y atiende a la capacidad económica del contribuyente reflejada en diversos signos (ingresos propios, ventas, capital, exclusión de ciertas operaciones, etc.) no tiene **ESTRUCTURA PLURIFÁSICA (...)**» Cfr., GABRIEL RUAN SANTOS, «MEDIDAS TRIBUTARIAS EXPROPIATORIAS», *REVISTA DE DERECHO TRIBUTARIO*, N° 126 (2010): 33.

<sup>34</sup> SON AQUELLOS QUE GRAVAN LOS DISTINTOS RENDIMIENTOS NETOS QUE PROCEDEN DE LOS CASOS CAPACES DE PRODUCIRLOS. EFRAIN SANMIGUEL SANJUAN, *DICCIONARIO DE DERECHO TRIBUTARIO* (VALENCIA: LIZCALIBROS, C.A., 2006), 432.

<sup>35</sup> ex art. 205 LOPPM. – «El período impositivo de este impuesto coincidirá con el año civil y los ingresos gravables serán los percibidos en ese año, sin perjuicio de que puedan ser establecidos mecanismos de declaración anticipada sobre la base de los ingresos brutos percibidos en el año anterior al gravado y sin perjuicio de que pueda ser exigido un mínimo tributable consistente en un impuesto fijo, en los casos en que así lo señalen las ordenanzas.»

<sup>36</sup> «Es un impuesto municipal, local, o territorial, aplicable en el ámbito espacial de un municipio determinado». Edgar José Moya Millán, *Derecho Tributario Municipal* (Caracas: Mobilibros, 2006), 101 y ss.

<sup>37</sup> Cfr., Sentencia n° 00473 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 23 de abril de 2008, caso: Comercializadora Snacks, S.R.L., <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00473-23408-2008-2005-4985.HTML>

### III. EL HECHO IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

El hecho imponible<sup>38</sup> del ISAE, es un hecho jurídico que viene a concretizar la existencia de una obligación tributaria sustancial y constituye el desarrollo material del principio constitucional de legalidad<sup>39</sup> –*nullum tributum sine lege*– establecido en la CRBV, en los siguientes términos: «no podrá cobrarse impuesto, tasa ni contribución alguna que no estén establecido en la ley<sup>40</sup>».

De manera que, no puede surgir una pretensión de la administración tributaria que implique una obligación para el particular, sin una ley<sup>41</sup> que prevea el hecho jurídico.

---

<sup>38</sup> «Este presupuesto fáctico de la obligación tributaria sustancial recibe en la doctrina y en las normativas diferentes denominaciones, según lo puntualiza Valdés Costa: en Chile, se hace referencia al hecho gravado; en Argentina, Venezuela o España, con la influencia de Dino Jarach, se utiliza el hecho imponible; en el Modelo de Código Tributario para América Latina OEA/BID, y con él varios países de América Latina, con la impronta francesa, se alude al hecho generador...» Cfr., Mauricio. A. Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario TOMO II* (Tercera edición ed., Vol. Tomo II Derecho Tributario, Bogotá: Temis S.A., 2017), 805.

<sup>39</sup> «Sólo a la ley corresponde la creación de los tributos y la definición de todos y cada uno de los elementos estructurales del mismo. Esta es la conquista más grande del Derecho tributario frente a cualquier intento del Estado de usar el poder exactor como instrumento de gobierno. El principio de reserva legal tributaria, previsto en el artículo 317 de la Constitución, es desarrollado por el artículo 3 del Código Orgánico Tributario, según el cual sólo a las leyes corresponde regular, con sujeción a las normas generales de dicho Código, las siguientes materias: 1. Crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo. 2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto. 3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales. Para reafirmar la reserva legislativa, el párrafo segundo de esta norma señala que en ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal. Otras importantes leyes reproducen el principio de la reserva legal tributaria, como ocurre con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.» (Cfr., «El Principio de la Legalidad Tributaria», Luis Fraga Pittaluga, acceso el 29 de febrero de 2021, <http://fragapittaluga.com.ve/fragaindex.php/component/k2/item/8-el-principio-de-la-legalidad-tributaria>. «Este principio fue creado por la doctrina alemana, influida por el dogma de la división de poderes, pues no se concebía que por fuera de la ley se pudiesen proferir medidas que de alguna manera afectaran los derechos fundamentales de las personas, ya que se entendía que los mismos correspondían a una auténtica expresión de la voluntad general que debían ser regulados por el órgano constitucional encargado de representarla» (C-432/2004). (Cfr., «La Reserva de ley en materia Sancionadora Administrativa colombiana», María Lourdes Ramírez Torrado, acceso el 28 de febrero de 2021, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192131.pdf>).

<sup>40</sup> ex art. 317.

<sup>41</sup> Luis Fraga Pittaluga, *Principios Constitucionales de la Tributación* (Colección Estudios Jurídicos n° 95, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 33. «Si bien es cierto que la Constitución confiere al Estado el poder de crear tributos, resulta que el ejercicio de este apoderamiento sólo es posible a través de la ley».

**Julio Díaz Valdéz**

Como desarrollo del aludido principio constitucional de legalidad, la LOPPM establece que «...No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución municipal alguna que no esté establecido en ordenanza. [y] Las ordenanzas que regulen los tributos municipales deberán contener: 1. La determinación del hecho imponible<sup>42</sup>...».

En lo que respecta al hecho imponible, el COT<sup>43</sup> lo define de manera auténtica, como: «... el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo, y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria<sup>44</sup>».

En este sentido, es preciso señalar que el hecho imponible del ISAE, cuya verificación origina el nacimiento de las obligaciones tributarias, se encuentra igualmente definido en la LOPPM<sup>45</sup> en los siguientes términos: «... es el ejercicio habitual, en la jurisdicción del Municipio, de cualquier actividad lucrativa de carácter independiente, aun cuando dicha actividad se realice sin la previa obtención de licencia (...)»<sup>46</sup>.

En virtud del objeto de estudio, es menester destacar que la actividad lucrativa de carácter independiente que debe desarrollar un sujeto para ser considerado contribuyente del ISAE, deben ser actividades *económicas*, en virtud de la necesaria congruencia entre el hecho generador del tributo y la base imponible.

La misma LOPPM –Ley de jerarquía superior y contentiva de normas armonizadoras de las ordenanzas– reconoce, al establecer y delimitar la actividad lucrativa en los siguientes términos: «La base imponible del impuesto sobre actividades económicas está constituida

---

<sup>42</sup> ex art. 163.

<sup>43</sup> Código Orgánico Tributario, Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.507 (Extraordinario), de fecha 29 de enero de 2020).

<sup>44</sup> ex art. 36.

<sup>45</sup> ex art. 205.

<sup>46</sup> «El impuesto municipal mencionado es un tributo que grava el ejercicio habitual de las actividades industriales, comerciales o de servicios que realice una persona natural o jurídica, susceptibles de ser vinculadas con el territorio del Municipio por aplicación de los factores de conexión pertinentes, que en el caso de las actividades industriales y comerciales se reconducen a la existencia de un establecimiento permanente». Cfr., Sentencia n° 43 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de enero de 2011. Caso: Banco de Venezuela, S.A., <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00043-19111-2011-2010-0016.HTML>.

**Julio Díaz Valdéz**

por los ingresos brutos efectivamente percibidos en el período impositivo correspondiente por las actividades económicas u operaciones cumplidas en la jurisdicción del Municipio<sup>47</sup>...»

En este punto, es preciso destacar lo expuesto por Jarach, respecto a las normas que determinan los hechos generadores del ISAE, y que configuran la relación sustantiva:

Estas normas son evidentemente jurídicas, derecho objetivo, y de ellas surgen derechos subjetivos de las partes; en primer término la pretensión, o crédito tributario y el derecho de ejercer esta pretensión en los procedimientos que las leyes prevén para esta finalidad; de otro lado, sin embargo, no sólo la obligación de prestar el tributo, sino también el derecho subjetivo del contribuyente de no ser obligado a prestar sino en el tiempo, en la medida y en cuanto se verifique el presupuesto que la ley determina y que se atribuye a él según los criterios de atribución igualmente sentados en la ley. La existencia de estos derechos subjetivos como frutos de las normas tributarias materiales da a la relación tributaria la naturaleza de una relación de derecho y no de poder. (Jarach 2011, 54-55).

Significa entonces, como bien lo afirma Jarach, que el «...sujeto pasivo se determina en base a una relación determinada en la ley positiva con el hecho jurídico que da nacimiento a la relación misma<sup>48</sup>» y así se colige de las normas establecidas en la LOPPM.

De manera que, para que nazca una obligación tributaria derivada del ISAE., en principio el sujeto deberá realizar en el municipio una actividad económica, *ergo* examinar la naturaleza de esos actos económicos del sujeto –y no al sujeto–. Porque como se demostrará más adelante, si bien, toda actividad lucrativa constituye una actividad económica, no toda actividad económica constituye un hecho imponible.

En ese sentido, y para una adecuada comprensión del elemento integrador del tributo, (i.e. hecho imponible del ISAE), es necesario analizar qué se entiende por *actividades*

---

<sup>47</sup> ex art. 210 de la LOPPM.

<sup>48</sup> Ibidem. 58-59.



**Julio Díaz Valdéz**

*económicas* como presupuesto legal que crea el impuesto y qué mejor, que valerse de la SC del TSJ, órgano que se erige como máximo y último intérprete de la Constitución<sup>49</sup>.

Al respecto, la emblemática sentencia n° 3241/2002, de fecha 12 de febrero de 2002, proferida por la SC del TSJ, estableció como criterio jurisprudencial vinculante<sup>50</sup>, la interpretación sobre las actividades gravadas<sup>51</sup> con el ISAE., en ejercicio de la potestad constitucional atribuida en el artículo 179,2 de la CRBV, señalando que: «...debe ser acometida de manera restrictiva y literal en el sentido que la actividad objeto de gravamen tenga una naturaleza mercantil o aquellas de índole similar a las industriales o comerciales...».

La sentencia precisa que la actividad económica objeto de gravamen del ISAE es aquella cuya naturaleza sea mercantil. Por lo tanto, queda excluida del presupuesto legal – hecho generador– que crea el impuesto, –por el argumento a contrario<sup>52</sup>– todas aquellas actividades económicas, que no revistan carácter mercantil. (i.e. aquellas actividades económicas de carácter civil).

---

<sup>49</sup> ex art. 335 del CRBV. «El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República».

<sup>50</sup> «...en caso de criterios jurisprudenciales considerados como precedentes vinculantes, deberán indubitadamente aplicarse al caso presente, siendo obligatoriamente resuelto en base al mismo criterio ya aplicado y que solucionó el caso anterior.» Cfr., Taormina Cappello Paredes, *La Vigencia temporal de los criterios jurisprudenciales en materia tributaria* (Colección Monografías n° 12, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2019), 101.

<sup>51</sup> Estos ingresos municipales de fuente tributaria, de naturaleza taxativa y de interpretación restrictiva, han sido considerados, en cuanto a su conceptualización se refiere, como parte integrante de los principios constitucionales que rigen la Hacienda Pública Municipal Cfr., Allan Randolph Brewer-Carías, *Introducción General al Régimen Municipal. Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989* (Colección Textos Legislativos n° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990), 104-105.

<sup>52</sup> «Es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una determinada proposición jurídica que afirma una obligación u otra calificación normativa, de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de una disposición expresa, se debe excluir la validez de una proposición diferente que afirme esta misma obligación o calificación normativa con respecto a cualquier otro sujeto o clase de sujetos» Cfr., José Delgado Ocando et al., *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. (Vol. Serie Eventos n° 3, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2010), 187.

**Julio Díaz Valdéz**

Posteriormente, la SC del TSJ, reitera el precedente, proferida por ella misma en la sentencia n.º 781/2006, y nuevamente destaca que, para la determinación del hecho imponible del ISAE, es preciso que la actividad lucrativa desarrollada por el contribuyente sea, una actividad económica *comercial*, al señalar lo siguiente:

Acerca de este punto, la Sala, en sentencia n.º 3241/2002, ha tenido oportunidad de pronunciarse señalando expresamente ‘(...) que cuando el artículo 179, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la posibilidad para los Municipios de gravar la actividad económica generada con motivo de la prestación de servicios, les confiere a éstos potestad tributaria originaria para pechar solo a aquellas derivadas del ejercicio o desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil (...)’, por lo que los Municipios pueden ‘(...) gravar únicamente aquellos servicios cuya prestación implique el desarrollo de una actividad económica de naturaleza mercantil por parte de la persona natural o jurídica que brinde tales asistencias, quedando excluidas del hecho generador del impuesto municipal contemplado en el numeral 2 del artículo 179 del Texto Constitucional, todas aquellas actividades económicas de naturaleza civil, como las desempeñadas con motivo del ejercicio de profesiones liberales como la ingeniería, la arquitectura, la abogacía, la psicología, la contaduría, la economía, entre otras, por constituir un supuesto de no sujeción al referido tributo (...)’

*Más recientemente, la SC del TSJ, fiel a su doctrina, al reiterar –nuevamente– el criterio sobre la gravabilidad o la configuración del hecho imponible respecto a la actividad lucrativa que desarrolla el sujeto, para que definitivamente sea considerado contribuyente del ISAE. En efecto, a través de la sentencia de fecha 29 de abril de 2014, (Caso: Julio César Díaz, Román George Aziz, Cámara de Comercio e Industria del Estado Bolívar y otros, versus Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Servicios o de Índole Similar del Municipio Heres del Estado Bolívar), estableció:*

En concordancia con lo expuesto, en el caso de autos se hace impretermitible argumentar que el vocablo “*actividad económica*” contenido en el artículo 179.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se refiere exclusivamente a aquellas actividades conexas al ejercicio de la industria, comercio, servicios o de índole similar, estando circunscritas por la naturaleza mercantil, de manera que no tiene cabida su aplicación a las profesiones liberales no siendo, en consecuencia, legítima su aplicación a aquellos

**Julio Díaz Valdéz**

profesionales que desarrollan su actividad en el municipio, ya que las profesiones liberales encuentran su regulación constitucional en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara (Vid. En idénticos términos, sentencias de esta Sala nros. 1034/2010, 420/2012 y 835/2012, entre otras).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se *colige* que para la existencia del hecho imponible del ISAE, es necesario que en el municipio se verifique una actividad lucrativa de carácter mercantil, tal y como de manera pacífica, reiterada y vinculante lo ha sostenido la SC del TSJ.

Ahora, a los fines de este trabajo conviene señalar que, el Código de Comercio<sup>53</sup>, establece de manera taxativa cuáles son los actos de comercio –objetivos– y por tanto mercantiles<sup>54</sup> (independientemente de quién los ejecute), ya de parte de los contratantes, ya de parte de algunos de ellos.

También la ley mercantil *in comento*, establece como actos de comercio –subjettivos– aquellos los cuales están constituidos por «cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del mismo acto<sup>55</sup>, o si tales contratos y obligaciones no son de naturaleza esencialmente civil<sup>56</sup>» ergo, la totalidad de los actos de comercio, están compuesta por los actos *objetivos* y los *subjettivos*.

---

<sup>53</sup> Código de Comercio (Gaceta Oficial de Venezuela n° 475 (Extraordinario), de fecha 21 de diciembre de 1955.

<sup>54</sup> ex art. 2 Código de Comercio.

<sup>55</sup> « a pesar que la sociedad prestadora de servicios profesionales de ingeniería esté constituida bajo la forma de sociedad anónima, ello no quiere decir que estén sujetas a la mercantilidad las actividades que realiza, ya que el Código de Comercio, en su artículo 3, estatuye que se reputan actos de comercio, además de los contemplados en el artículo 2 “ejusdem”, cualesquiera otros contratos y cualesquiera otras obligaciones de los comerciantes, si no resulta lo contrario del acto mismo, y si tales obligaciones y contratos no son de naturaleza esencialmente civil.» Crf., Alberto Blanco-Urbe Quintero, «La No Gravabilidad de los Servicios Profesionales por el Impuesto Municipal a las Actividades Económicas» (Ponencia, Instituto de Estudios Superiores y Capacitación Académica C.A. (IESCA), noviembre de 2009). // Crf., STC n° 649 de la SC-TSJ, del 23 de mayo de 2012 «en la que se reinterpreta con carácter vinculante cuando el ejercicio de una profesión liberal por parte de personas naturales o jurídicas tiene carácter civil o mercantil», <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/649-23512-2012-08-1006.HTML>.

<sup>56</sup> *ibidem* ex art. 3.

**Julio Díaz Valdéz**

Así las cosas, se entiende como actos de comercios, aquellas transacciones o convenios que producen efectos jurídicos en el campo del Derecho Mercantil bien sean estos denominados por la ley como tales, *actos objetivos* o –salvo las excepciones establecidas en la ley– los ejecutados por comerciantes<sup>57</sup>, *actos subjetivos*.

Ahora bien, aunado a los descritos actos de comercio establecidos en la ley, es *menester* destacar que la SC del TSJ, a través de la sentencia n° 649 de fecha 23/05/2012 caso: Tecnoconsult, S.A., arribó a la lógica y razonable conclusión de que: «... todos los actos o negocios jurídicos susceptibles de estimación pecuniaria que no constituyen actos de comercio son por naturaleza esencialmente civiles».

En esa misma sentencia, más adelante respecto a los actos de naturaleza esencialmente civil, señaló que serían aquellas derivadas de «... las profesiones liberales, desarrolladas a título personal o, de ser el caso, a través de estructuras asociativas que, de manera mancomunada, explotan una profesión determinada, verbigracia la abogacía, la ingeniería, la medicina ...».

*Así, con base en los fundamentos anteriores, es palmario concluir que toda actividad lucrativa constituye una actividad económica, pero no toda actividad económica constituye un hecho imponible del ISAE.*

Lo anterior, puesto que las actividades económicas se desdoblán en: a) actividad comercial o mercantil, y b) en actividad no mercantil o civil, y de ellas solo son gravables las primeras, aquellas actividades económicas cuya naturaleza sea comercial o mercantil. No configurándose en consecuencia como hecho imponible, los ingresos derivados de las actividades (servicios) de: i) educación, ii) honorarios (abogados, contadores, ingenieros,

---

<sup>57</sup> *ibidem* ex art.10. «Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles.

**Julio Díaz Valdéz**

médicos, entre otros), los cuales se erigen actividades liberales, sólo regulado por la CRBV<sup>58</sup> y las leyes especiales del ejercicio profesional.

#### **IV. LA NATURALEZA DE LOS SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR LAS CLÍNICAS Y DEMÁS ENTES PRIVADOS**

Es conocido que la salud, es el estado completo de bienestar físico y social de una persona y para lograr este estado se requiere de grandes esfuerzos del Estado, razón por la cual, es necesario el concurso de todos los ciudadanos.

También es sabido, que la salud es una garantía y es un servicio público que el Estado está obligado a prestar, para asegurar la protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social<sup>59</sup>.

Por las consideraciones anteriores, y en virtud de la gran variedad de patologías y el alto costo que estos servicios de salud causan, para procurar que estos sean accesible y su prestación sea lo más oportuna y eficiente para todos los ciudadanos, los Estados democráticos, instauran y desarrollan *sistemas* donde cohabitan diversas instituciones ( i.e. hospitales públicos, y clínicas, policlínicas, hospitales privados), las cuales ejercen entre otras actividades: atención médica y técnico-quirúrgica, diagnósticos, tratamientos, operaciones, análisis, servicios de urgencias.

En efecto, el Servicio de Salud Pública, es tan importante para las sociedades modernas al punto que este es considerado como una actividad de interés público con

---

<sup>58</sup> ex art.105. La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación.

<sup>59</sup> ex art. 86 CRBV.

prescindencia de quien los presta, y en ese sentido, la SC del TSJ, a través de la sentencia n° 484 del 12 de abril de 2011<sup>60</sup> ha señalado:

... si bien la prestación privada de servicios de salud en Clínicas, Centros de Especialidades (...) no revisten en estricta puridad conceptual un “servicio público”. No obstante, si desempeñan una actividad de interés público intensamente regulada y sometida al más extenso catálogo de competencias de policía administrativa confiada a las autoridades públicas...

Igualmente, la Sala reconoció, respecto a la regulación del ejercicio profesional del médico, que «la medicina es una profesión liberal que se encuentra regido (sic) por las normas de derecho y no de derecho mercantil».

Es importante destacar, en el plano de la realidad que, las clínicas y demás instituciones privadas, prestan servicios de salud a los pacientes internos, bajo la supervisión estricta y directa de médicos especializados<sup>61</sup>, tales como: a) servicio de personal médico y paramédico, b) servicios de laboratorios e instalaciones técnicas, c) servicios de radiología y anestesiología, d) servicios de urgencias, e) entre otros. Es decir, los actos realizados en procura de la salud son productos de relación diádica: médico e institución privada.

Es evidente que los actos económicos derivados del servicio prestado por las clínicas, policlínicas, instituciones u hospitales privados en materia de salud son los mismos que realizan o pueden realizar –de manera individual, si estos dispusieran según las circunstancias de la capacidad física, financiera y tecnológica para su prestación– los profesionales de la medicina o rama afín en ejercicio.

---

<sup>60</sup> STC n° 484 del SC-TSJ, del 12 de abril de 2011, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/484-12411-2011-11-0250.HTML>.

<sup>61</sup> ex art. 3. Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina. «Los y las profesionales legalmente autorizados y autorizadas para el ejercicio de la medicina son los Doctores y Doctoras en Ciencias Médicas, los Médicos Cirujanos, Médicas Cirujanas, Médicos Integrales Comunitarios y Médicas Integrales Comunitarias. Las acciones relacionadas con la atención médica, que por su naturaleza no tuvieren necesariamente que ser realizadas por los médicos o médicas, deberán ser supervisadas por éstos o éstas y se determinarán en el Reglamento de esta Ley. Los y las profesionales universitarios y universitarias de otras ciencias de la salud, legalmente calificados, calificadas, autorizados y autorizadas por los órganos competentes para ello, realizarán sus actividades de acuerdo con las normas contenidas en sus respectivas leyes de ejercicio profesional».

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Julio Díaz Valdéz**

Por lo cual, dado que, los actos económicos derivados del ejercicio de la medicina son calificados como actividades de carácter civil; es lógico concluir que los actos económicos de las clínicas, policlínicas, instituciones u hospitales privados, también lo son.

El razonamiento anterior, encuentra cobijo en la sentencia n° 984<sup>62</sup> del 9 de agosto de 2018, caso: sociedad mercantil Proveedores de Salud C.A., (PROSALUD), de la Sala Político-Administrativa (SPA) del TSJ, que, dejó establecido, que la identidad del servicio médico prestado por la institución de salud privada la excluye del hecho imponible del ISAE y en consecuencia no se encuentra sujeta al ISAE, concretamente señaló:

..., se observa que en el presente expediente se evidencia que la contribuyente de autos, es decir, la sociedad mercantil Proveedores de Salud C.A., (PROSALUD), ejecuta su objeto social a través de un cuerpo de profesionales que prestan servicios encaminados a la asistencia médica de emergencia pre-hospitalaria e intra-hospitalaria, a través de equipos y material médico quirúrgico por parte de médicos, enfermeras, bio-analistas, auxiliares y paramédicos que hayan obtenido un título profesional y adicionalmente hayan cumplido con los demás requisitos legales a los cuales haya lugar, por tanto, concluye este Alto Tribunal que la actividad realizada por la empresa es ejecutada por médicos en el ejercicio libre de su profesión, por ende, no se encuentra gravada con el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar. Así se declara.

Por otro lado, aunado al razonamiento anteriormente acreditado, es preciso destacar que ninguna de las actividades destinadas al servicio de la salud, se encuentran identificadas como actos de comercio objetivos. No encuentran identidad con los actos establecidos en el art. 2 del Código de Comercio y tampoco pueden estos, ser calificados como actos subjetivos conforme a las previsiones del art. 3 *ejusdem*, ya que la prestación del servicio médico de salud sólo puede ser ejercida legalmente por profesionales liberales de la medicina<sup>63</sup>.

En consecuencia, si las actividades realizadas por las clínicas y demás instituciones privadas para la prestación del servicio de salud, son las mismas que ejercen los profesionales

---

<sup>62</sup> STC n° 984 de la SPA-TSJ, del 9 de agosto de 2018, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/300891-00984-9818-2018-2017-0799.HTML>.

<sup>63</sup> *ibidem* ex art. 2.

**Julio Díaz Valdéz**

de la medicina –profesionales liberales–, y estos actos, tampoco se encuentran subsumidos, o, mejor dicho, calificados o revestidos de carácter comercial, entonces, estos actos o actividades se entienden civiles.

Por lo anterior, las prestaciones del servicio de salud no constituyen hechos imponible del ISAE, por lo que, no están sujetas del referido impuesto: no se encuentra obligada a tramitar licencias para la explotación de esas actividades económicas por ante el municipio, ni realizar declaraciones estimadas o definitivas que se deriven del apuntado impuesto.

Como corolario, es *menester* destacar la sentencia n° 508<sup>64</sup> del 10 de mayo de 2016 de la SPA del TSJ, caso: Instituto Diagnóstico Venecia, C.A., a través de la cual precisa la configuración del hecho imponible a través de la calificación del servicio prestado por las instituciones privadas de salud, en los siguientes términos:

(...) esta Sala evidencia de las actas procesales que la sociedad mercantil Instituto Diagnóstico Venecia, C.A., ejecuta su objeto social a través de un cuerpo de profesionales que prestan servicios encaminados al diagnóstico y tratamiento de las enfermedades.

Por tanto, concluye este Alto Tribunal que la actividad realizada por la empresa es ejecutada por médicos en el ejercicio libre de su profesión, por ende, no se encuentra gravada con el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, razón por la cual declara sin lugar la apelación ejercida por el apoderado judicial del Fisco Municipal y confirma el fallo de instancia.

## **CONCLUSIÓN**

Las actividades económicas de salud prestadas por las sociedades mercantiles (clínicas y demás instituciones), son exclusivamente de tipo profesional, de naturaleza civil –en tanto en cuanto, no encuentran identidad con los actos de comercios establecidos en la

---

<sup>64</sup> STC n° 508 de la SPA-TSJ, del 10 de mayo de 2016, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/187625-00508-10516-2016-2015-0064.HTML>.



**Julio Díaz Valdéz**

Ley Mercantil Nacional<sup>65</sup>–. No pueden ser pechadas con el ISAE, *so pena* de menoscabar la *potestad tributaria originaria* reconocida al Poder Público Municipal<sup>66</sup>.

La apuntada potestad, faculta al municipio para percibir ingresos derivados del impuesto a las actividades *económicas*, entendidas como aquellas actividades conexas al ejercicio de la industria, comercio, servicios o de índole similar. Es decir, circunscritas por la naturaleza mercantil<sup>67</sup>.

Los servicios de salud prestados por las sociedades mercantiles no están sujetos al ISAE y así, ha sido reconocido de manera pacífica y reiterada por el TSJ, no siendo necesario –por añadidura– tramitar licencias para explotar dichas actividades, ni presentar declaraciones del referido impuesto, por ante las administraciones tributarias municipales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

---

<sup>65</sup> ex art. 2 y 3 del Código de Comercio.

<sup>66</sup> ex 179, numeral 2. CRBV.

<sup>67</sup> Sentencia n° 274 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29 de abril de 2014. (Caso: Julio César Díaz y otros, versus Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Servicios o de Índole Similar del Municipio Heres del Estado Bolívar).

**Julio Díaz Valdéz**

Arias Castillo, Tomás Aníbal. «La sentencia n° 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela.» *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, (2007): 123-155.

Brewer-Carías, Allan Randolph. *Introducción General al Régimen Municipal. Ley Orgánica de Régimen Municipal 198*. Colección Textos Legislativos n° 10. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

Cappello Paredes, Taormina. *La Vigencia temporal de los criterios jurisprudenciales en materia tributaria*. Vol. Colección Monografías n° 12. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2019.

Código de Comercio. (Gaceta Oficial de Venezuela n° 475 (Extraordinario), 21 de diciembre de 1955).

Comisión Venezolana de Normas Industriales Ministerio de Fomento. 1987. «Clínicas, Policínicas, Instituciones u Hospitales Privados». Clasificación. Editado por FONDONORMA. Acceso el 22 de febrero de 2021. <http://www.sencamer.gob.ve/sencamer/normas/2339-87>. Edición en PDF.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Gaceta oficial n° 5.908, Extraordinaria, Caracas 19 de febrero de 2009).

Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente. Código Orgánico Tributario. Caracas. (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 6.507 (Extraordinario), 29 de enero de 2020).

Delgado Ocando, José; Enrique Pedro Haba M.; Levis Ignacio Zerpa; Alfredo Chirino; José Peña Solís; Moisés Troconis Villarreal; Pedro Luis Bracho G. y Jesús M. Casal H. *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Vol. Serie Eventos N° 3. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2010.

Jarach, Dino. *El Hecho Imponible*. Tercera edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A., 2011.

**Julio Díaz Valdéz**

Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina. Caracas. (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 39.823., 19 de diciembre de 2011).

Ley Orgánica del Poder Público Municipal. (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 6.015, 28 de 12 de 2010).

Manrique-Abril, Fred G., Juan M. Ospina y Abel F. Martínez-Martín. «¿La Salud: Servicio Público o Derecho Fundamental?». *Salud Historia Sanidad\_ Revista on line*, (2008): 3-6.

Moya Millán, Edgar José. *Derecho Tributario Municipal*. Caracas: Mobilibros, 2006.

Ordenanza de Impuesto sobre las Actividades Económicas de Industrias, Comercio, Servicio o de Índole Similar del Municipio Caroní. (Gaceta Municipal (Extraordinaria) n° 411/2018, 31 de agosto de 2018).

Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Angostura del Orinoco. (Gaceta Municipal Ordinaria n° 13, 10 de septiembre de 2020).

Ordenanza de Impuesto sobre las Actividades Económicas de Industrias, Comercio, Servicio o de Índole Similar del Municipio Caroní del Estado Bolívar. (Gaceta Municipal n° 130/2020. Edición extraordinaria de fecha 9 de septiembre de 2020).

Fraga Pittaluga, Luis. «El Principio de Legalidad». Acceso el 29 de febrero de 2021. <http://fragapittaluga.com.ve/fraga/index.php/component/k2/item/8-el-principio-de-la-legalidad-tributaria>.

—. *Principios Constitucionales de la Tributación*. Vol. Colección Estudios Jurídicos n° 95. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

Plazas Vega, Mauricio A. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario. Tomo II*. Tercera edición. Vol. Tomo II Derecho Tributario. Bogotá: Temis S.A., 2017.

**Julio Díaz Valdéz**

Ramírez Torrado, María Lourdes. «La Reserva de ley en materia Sancionadora Administrativa colombiana». Acceso el 28 de febrero de 2021. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192131.pdf>.

Romero-Muci, Humberto. «Los Derechos Humanos como condición de Validez de los Tributos». *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, nº 157 (2018): 1213-1240.

Ruan Santos, Gabriel. «Medidas Tributarias Expropiatorias». Editado por Legislaciones Económicas. *Revista de Derecho Tributario*, nº 126 (2010).

Seoane, José Antonio. «La Relación Clínica en el siglo XXI: Cuestiones Médicas, Éticas y Jurídicas». *XVI Congreso «Derecho y Salud»*, Volumen 16, nº Extra 1 (2008): 79-86.

Blanco-Urbe Quintero, Alberto. «La No Gravabilidad de los Servicios Profesionales por el Impuesto Municipal a las Actividades Económicas». Ponencia para las III Jornadas de Formación y Actualización en Materia Aduanera y Tributaria, en el Instituto de Estudios Superiores y Capacitación Académica C.A. (IESCA), noviembre de 2009.

# LA CIUDAD DE LAS GUACAMAYAS: UNA VISIÓN LIBERAL DE LA ECOLOGÍA JURÍDICA <sup>1</sup>

*Alicia Monagas de Masiá*

Doctorando en Derecho (UCAB), Magister en Estudios Políticos y de Gobierno (UNIMET), especialista en Derecho Internacional Económico de la Integración (UCV) y Derecho Administrativo (UCAB).

## Resumen

El presente ensayo pretende modelar una ecología jurídica desde la perspectiva de la filosofía liberal, para lo cual será fundamental el abordaje de la propiedad como eje de una sociedad libre, para reflexionar en un régimen de privatizaciones de nuestras apreciadas reservas de biodiversidad siempre que sea posible, posición que a todas luces es contraria al régimen colectivizante, que con una maraña normativa ha condenado a nuestros recursos naturales y al medio ambiente venezolano a soportar tanto la tragedia de los [bienes] comunes, dilema planteado por James Garret Hardin en 1968, así como, la tesis del *free riders* o emisores de externalidades. Este tipo de ejercicio académico usualmente no ocurre en el seno de nuestras escuelas de Derecho, y mucho menos analizarlos bajo el prisma de los autores clásicos de la escuela austriaca de economía.

**Palabras clave:** ecología jurídica, propiedad, libertad, recursos naturales.

## THE CITY OF MACAWS: A LIBERAL VISION OF LEGAL ECOLOGY

## Abstract

This essay aims to model a legal ecology from the perspective of liberal philosophy, for which the approach to property as the axis of a free society will be fundamental, to reflect on a regime of privatizations of our appreciated biodiversity reserves whenever possible, a position that is clearly contrary to the collectivizing regime, which with a tangle of regulations has condemned our natural resources and the Venezuelan environment to endure both the tragedy of the commons, a dilemma posed by James Garret Hardin in 1968, as well as, the thesis of the free riders or emitters of externalities. This type of academic exercise usually does not occur within our Law schools, much less analyze them under the prism of the classical authors of the Austrian School of Economics.

**Keywords:** legal ecology, property, freedom, natural resources.

<sup>1</sup>Medina, *Caracas y las guacamayas, una relación indisoluble*, (2021), [https://www.niusdiario.es/internacional/latinoamerica/caracas-guacamayas-relacion-indisoluble-venezuela\\_18\\_3121395139.html](https://www.niusdiario.es/internacional/latinoamerica/caracas-guacamayas-relacion-indisoluble-venezuela_18_3121395139.html) [Consulta: 29 de abril de 2021]. Propuesta promovida desde la cátedra del seminario doctoral electivo de la UCAB denominado “Una nueva visión para el estudio del derecho privado”.

## I. INTRODUCCIÓN

El ensayo que me honra presentar como homenaje póstumo a nuestro maestro el profesor emérito Doctor Alfredo Morles Hernández, trujillano de origen, hijo adoptivo de nuestra hermosa ciudad Caracas quien, por un azar de la vida, compartiera ancestros y lazos comunes, cuando en su discurso de aceptación del doctorado honoris causa en Derecho otorgado por la Universidad Católica Andrés Bello, el día 25 de abril de 2017<sup>1</sup>, hizo alusión a su relación con los Monagas, así como, su lamento por no estar presente en ese inolvidable día, su hija María Alicia, que al ser mi tocaya me conecta con el significado de nuestro nombre que proviene del griego antiguo *alétheia*, que significa verdad, me puso en el camino correcto para presentar esta iniciativa que es una visión liberal de la ecología jurídica, con el mejor marco, nuestra ciudad.

Caracas es la “ciudad de las guacamayas” porque viven al menos 17 especies de estas aves multicolores, dado que les ofrece condiciones perfectas para su reproducción masiva, esto es, gran cantidad de plantas con flores y frutos, no hay depredadores y, tiene muchos árboles con huecos donde anidar, aunado a que migran desde Delta Amacuro y fueron introducidas como mascotas, esta circunstancia explica su facilidad de adaptación. Los expertos advierten que sus hábitos alimenticios naturales se están alterando, cuando se les proporciona comida inadecuada que afectará su calidad de vida. Estas son las razones por la que es mucho más común verlas en Caracas por la inmensidad de sus áreas verdes y, sea por ello, considerada la capital con más guacamayas en el mundo, con lo cual es muy probable que desaparezcan de su lugar natural pero acá no se extinguirán, tal como lo explica la bióloga y ornitóloga María González.<sup>2</sup>

La idea de abordar el presente tema surgió por un lado de la lectura de dos artículos, uno releído en tiempos pasados y el otro con un contenido esclarecedor, pero con un título difícil de olvidar. El primero es de la autoría del profesor Ricardo Manuel Rojas denominado

---

<sup>1</sup> Morles (2017), Discurso de aceptación del doctorado honoris causa en Derecho otorgado por la Universidad Católica Andrés Bello al profesor emérito Alfredo Morles Hernández en Caracas, el día 25 de abril de 2017.

<sup>2</sup> Medina (2021), *Caracas y las guacamayas...*

“El Poder represivo del Estado ¿Se justifica la existencia del Derecho Penal?”<sup>3</sup> Y el segundo del profesor Enrique Ghersi titulado ¿Por qué no se extinguen las gallinas?<sup>4</sup> Además, porque la ecología jurídica forma parte de mi línea de investigación doctoral. Estos aspectos me inspiraron a presentar una nueva visión para el estudio de la ecología jurídica desde la perspectiva de la filosofía liberal, obviamente opuesto al régimen *ius publicista* que ha condenado a nuestros parques nacionales y en general, a nuestros recursos naturales a soportar las consecuencias de la tragedia de los [bienes] comunes y, la del *free riders* o emisores de externalidades<sup>5</sup>, siendo esta una buena oportunidad para proponer esta visión, enfocada en la institución de la propiedad y de la libertad, que descansa básicamente “...en una teoría de la acción humana y de las decisiones individuales...”<sup>6</sup>

## II. ¿ES POSIBLE UNA VISIÓN LIBERAL DE LA ECOLOGÍA JURÍDICA?

La palabra *ecología* se deriva del griego *oikos*, que quiere decir «casa», y «lógos» que significa «tratado» o «estudio», siendo concretamente el estudio del ambiente en el hogar, que incluye a todos los organismos que en él habitan y a los procesos funcionales que lo hacen habitable. Por tanto, literalmente *ecología* comportará el estudio de “la vida en casa” haciendo énfasis en “las relaciones de los seres vivos entre sí y con su entorno”, por citar una definición estándar de la palabra. (Real Academia de la Lengua Española *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición)<sup>7</sup>. A su vez, el Diccionario Panhispánico del Español

---

<sup>3</sup> Rojas, *El Poder represivo del Estado ¿Se justifica la existencia del Derecho Penal?* (THEMIS Revista De Derecho, n° 35 junio, 1997), 109-125, Tomado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11762> [Consulta: 2 de mayo de 2021].

<sup>4</sup> Ghersi, *Capítulo 6 – ¿Por qué no se extinguen las gallinas?* (2011), Conferencia dictada el 15 de abril de 2008 en la Universidad Francisco Marroquín, Auditorio F.A. Hayek, tomado de <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-6-%C2%BFpor-que-no-se-extinguen-las-gallinas/> [Consulta: 1 de mayo de 2021].

<sup>5</sup> Benegas, *Bienes públicos, externalidades y los free-riders: el argumento reconsiderado* (2016), tomando de <https://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/Benegas-Lynch-6.pdf> [Consulta: 2 de mayo de 2021].

<sup>6</sup> Tomado de notas realizadas en la cátedra por la profesora Dra. Andrea I. Rondón García denominada *Hacia una Teoría del Derecho*, fechado 30 de marzo de 2021, pendiente su publicación en “Apuntes de Postgrado” UCAB, [Consulta: 02 de mayo de 2021].

<sup>7</sup> Eugene P. Odun y Gary W. Barret, *Fundamentos de la ecología*, (Cengage Learning Editores, S.A., 2006), p2.

Jurídico<sup>8</sup> tiene dos acepciones del término *ecología*, por un lado, la define como una “...Área del conocimiento que estudia las relaciones de los seres vivos entre sí y con su entorno...” y una segunda relativa al ejercicio de una competencia para la “...defensa y protección de la naturaleza y del medioambiente...”.

Conviene indicar que la palabra *economía* que también se deriva de la raíz griega *oikos*, y “nomós” significa “regulación”, “gobierno” o “administración”, y *economía* será “la administración o gobierno de la casa” tal como lo afirman (Eugene P. Odun y Gary W. Barret 2006). Tanto la *ecología* como la *economía* serán disciplinas paralelas que en la actualidad se han conformado en una disciplina intermedia denominada *economía ecológica*. Está claro que es una disciplina amplia y de niveles múltiples, que posee conexiones de gran utilidad, dado que por ejemplo, aborda el manejo de recursos, la *ecología agrícola*, la *biodiversidad*, la *ecología de la conservación*, la *ingeniería ecológica*, la *salud del ecosistema*, la *ecotoxicología*, la *ética ambiental* y *ecología de la restauración*.<sup>9</sup>

De un tiempo para acá el término también ha sido acuñado a la *ingeniería natural* llamada “*ambientalismo*”, por lo que está siendo utilizada indistintamente con el término *ecología*, lo cual preocupa pues el *ambientalismo* se aproxima a una visión instrumental de la naturaleza, esto es, solo a su composición, reduciéndola a un simple depósito de recursos naturales o materias primas, apartado de lo que debería ser una visión armónica y equilibrada entre la humanidad y la naturaleza; mientras que la *ecología* trata sobre:

...el equilibrio dinámico de la naturaleza, sobre la interdependencia de lo vivo y lo inanimado (...) está interesada por la esencia del vasto desequilibrio que ha surgido de la separación entre la humanidad y el mundo natural. (...) Y como ambos mundos interactúan (...) se ha vuelto tan importante hablar de una *ecología social* como hablar de una *ecología natural*.<sup>10</sup>

De esta manera es lógico sostener que la *ecología* se enriquece de estas conexiones expandiendo, la habilidad de los expertos. Sin embargo, para que el conocimiento dentro de

---

<sup>8</sup> Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario Panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/ecolog%C3%ADa> [Consulta: 04 de mayo de 2021].

<sup>9</sup> Eugene P. Odun y Gary W. Barret, *Fundamentos...*, p 10.

<sup>10</sup> Bookchin, *La ecología de la libertad*, (Malaga: Nossa y Jara Editorial, S.L.,1999), p.100.



la conexión se transforme en una nueva disciplina tiene que aportar algo lo suficientemente novedoso, como un nuevo concepto o tecnología de punta en su ramo y ello ocurrió con la introducción en la economía ecológica del concepto de bienes y servicios no comerciales, tema que analizáramos más adelante, con ocasión de la tragedia de los bienes [comunes] y los *free riders*.

Queda claro entonces que un enfoque pragmático hacia la ecología y al libre mercado dependerá de las visiones de lo que constituye una buena política ambiental, y en ese sentido, la interrogante sería determinar si individuos bien intencionados armados con suficiente información dominan las decisiones políticas que afectan los recursos naturales y el medio ambiente y, acá el quid del asunto es que la institucionalidad burocrática no los resuelve, puesto que tal como lo sostienen Anderson y Leal (2001) quizás los mercados podrían hacerlo mejor mediante la creación de un sistema de controles y contrapesos en ambos procesos<sup>11</sup>.

Una visión alternativa del ecologismo de libre mercado evitaría que se produjera la tragedia de los [bienes comunes] porque mejoraría los incentivos como consecuencia de permitir cobrar tarifas a los usuarios y mantener esas tarifas para reinversión en el mejoramiento de la biodiversidad de los parques y reservas forestales, incluso en la asignación del agua, la entrada de los peces, la vida silvestre y, en particular, la recreación. En cuanto a la contaminación bien podría considerarse regulaciones amplias donde se honre las negociaciones entre las partes involucradas para efectivamente lograr responsabilizar a los contaminadores, situación que no se logra con la aplicación de una legislación penal ambiental, porque como lo advierte Rojas (1997):

...Por ejemplo, en una comunidad donde en nombre de la teoría de los intereses difusos se ha estatizado la acción por contaminación ambiental, donde existen organismos estatales a los que hay que denunciar cualquier acto de contaminación, los que teóricamente realizan inspecciones periódicas y aplican sanciones que van desde multas, inhabilitaciones hasta prisión –todas ellas impuestas por cuenta y en nombre del Estado–, la consecuencia es la natural apatía de la gente por denunciar estos actos y el aumento en la corrupción de los funcionarios que deben efectuar los controles...<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Anderson y Leal, *Free Market Environmentalism*, (PALGRAVE, New York, 2001), p.7-8.

<sup>12</sup> Rojas, El Poder represivo del Estado ¿Se justifica la existencia del Derecho Penal? ..., p.123

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Esta realidad me inquietó porque conocemos el daño que la industria petrolera causa al medio ambiente por los constantes derrames afectando sensiblemente la biodiversidad marina al occidente del país, específicamente en el Parque Nacional Morrocoy, que además genera enfermedades hasta altos niveles de plomo en la sangre en sus trabajadores.<sup>13</sup>

Tal como lo aduce Rojas (1997) quizás había llegado la hora “...en el proceso de civilización del Derecho, de sustituir la naturaleza misma de los procedimientos en casos criminales, de eliminar el castigo eminentemente estatal y restituir a los particulares la acción para actuar en su propio nombre y beneficio...”<sup>14</sup>, para lo cual sustenta su argumentación en el hecho de que de acuerdo a los orígenes del derecho romano y el anglosajón, se constató que no existía una distinción categórica entre el Derecho Penal y el Civil, y por ello, la regla era la acusación privada, y ese sentido, expresó que “...el primero no era un Derecho totalmente público, sino que tenía como titular de la acción a la víctima...”<sup>15</sup>, ya que, en su opinión era más razonable que una persona se vea obligada a trabajar para la víctima hasta resarcirla del perjuicio que le ocasionó, antes que encerrarla en una celda en nombre del estado de derecho.

De igual forma, el profesor Rojas (1997) no encuentra distinción entre el derecho civil y el penal en los orígenes del derecho anglosajón, pues acá los particulares damnificados por un crimen debían demandar en nombre propio ante los jueces la satisfacción de la ofensa recibida, proliferando abogados que compraban las acciones a las víctimas que estaban poco interesadas de perseguir los delitos, y buscaban ellos una reparación, abogados que actualmente son los fiscales de hoy en día.

Esta visión histórica permite aducir que se podía encontrar en el origen de casi todos los sistemas judiciales, un derecho penal que era ejercido directamente por la víctima en su propio nombre, con lo cual su privatización traería más ventajas respecto de la eficiencia en la persecución de los crímenes, y ello lo prueba cuando aborda la contaminación ambiental

---

<sup>13</sup> Figueroa y Quintero, *PDVSA contamina más de lo que produce*, (2020), <https://alianza.shorthandstories.com/pdvsa-contamina-mas-de-lo-que-produce/index.html> [Consulta: 4 de mayo de 2021).

<sup>14</sup> Rojas, *El Poder represivo del Estado ¿Se justifica la existencia del Derecho Penal? ...*, p.120.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

y lo ineficiente de una legislación penal ambiental para garantizar un medio ambiente sano equilibrado ecológicamente.

Con lo cual una estrategia de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental<sup>16</sup> exigen una respuesta inteligente del Derecho, que parta de la necesidad de tutelar a las víctimas de estos daños ambientales y, en todo caso, procure evitar la producción de conductas gravemente lesivas del ambiente, mediante la adopción de acciones de responsabilidad extracontractual para obligar al agente contaminante que pague una indemnización. La idea es no sólo reparar a una víctima sino también obligar a internalizar el costo ambiental dentro de la contabilidad de la empresa o actividad contaminadora, lo cual incrementará el precio de sus productos y los hace económicamente menos deseables. Ello obviamente no solo soluciona el problema inmediato de un individuo afectado, sino que la acción de responsabilidad extracontractual tiene como subproducto, por la vía del mercado, un efecto disuasivo que tiene un valor social y que constituye un aporte a la lucha de la sociedad por la preservación del ambiente.

Trazegnies Granda (1994) nos explica que los antiguos romanos, habían previsto la posibilidad de responsabilidades cuyo causante no pudiera ser determinado individualmente, como, por ejemplo, las acciones contra los que arrojasen excrementos desde una ventana y que los Códigos modernos han olvidado. Sin embargo, lo interesante era el principio de responsabilidad difusa que estaba implícito y que ahora vuelve a cobrar interés en el caso del medio ambiente; pero sin lugar a dudas, uno de los intentos más efectivos de canalizar judicialmente la rebelión de las masas en defensa del medio ambiente ha sido la llamada *acción de clase*, creada por el Derecho norteamericano, que permite obtener un financiamiento bancario para procesos que exigen pruebas muy costosas y la necesidad de representación de los intereses difusos, figura está interesante del Derecho contemporáneo, porque supone una acción ciudadana, individualmente o agrupado en organizaciones representativas exija con energía que se respete lo que consideran su derecho, lo cual se

---

<sup>16</sup> Trazegnies Granda, Fernando de. 1994. Estrategias De Derecho Privado Para Conservar La Naturaleza Y Luchar Contra La Contaminación Ambiental. *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 30 (noviembre), 207-19. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11444>. 1994).

analizará más adelante porque está relacionado con el ejercicio de su derecho a la propiedad privada.

Por tanto, una nueva visión liberal de la ecología jurídica permitiría identificar quién está liberando contaminantes en el suelo, el agua o el aire y determinar cuáles serían los impactos de esos contaminantes, con lo cual las incapaces legislaciones penales ambientales darían paso a negociaciones entre los perjudicados y los perjudicados que están causando la contaminación. Solo pensemos como lo hizo el doctrinario Ricardo Manuel Rojas en privatizar la acción penal y, que además se reconociera el derecho a demandar por parte de los perjudicados por los impactos de la contaminación, entonces la industria contaminante se vería hostigada por constantes demandas “...de personas que actúan en nombre propio y buscando su propio beneficio. De este modo, su análisis de costo-beneficio seguramente le dirá, en algún momento, que le conviene dejar de contaminar antes de seguir haciendo frente a tantas demandas...”<sup>17</sup>

Adicionalmente, reconocer los derechos de propiedad de los recursos naturales permitiría a quienes quieran tierra, agua o aire más limpios responsabilizar por los costos a quienes, por el contrario, quieran usarlo para la eliminación de desechos, hay que reconocer que obviamente medir y monitorear la contaminación no siempre será tarea fácil, pero la tecnología y la innovación podrá reducir los costos de responsabilizar a los contaminadores.

Esta visión liberal mejoraría la calidad ambiental porque se podría ir más allá del *statu quo* de la regulación política y aprovechar las fuerzas del mercado, y los empresarios ambientales ocuparían nichos de mercado donde los recursos naturales de los cuales sean propietarios, los ejercerían de manera más eficiente y proporcionaría las comodidades ambientales que demanda. Obviamente estas fuerzas también requerían de intercambios voluntarios entre propietarios que promuevan la cooperación y el compromiso, en contraste con las regulaciones políticas que han evidenciado históricamente una estatización que no favorece a la sociedad en general y menos al sano equilibrio del medio ambiente.

---

<sup>17</sup> Rojas, *El Poder represivo del Estado ¿Se justifica la existencia del Derecho Penal? ...*, p. 123.

En consecuencia, es forzoso concluir que el ecologismo de libre mercado adoptado como una nueva disciplina jurídica que se inspire de estos temas, sería sin dudas, una alternativa que canalizaría mejor la conciencia ecologizante hacia soluciones beneficiosas para todos que pueden sostener el crecimiento económico, mejorar el medio ambiente calidad y promover la armonía.

### **III. ¿CÓMO SE ABORDA LA PROPIEDAD PRIVADA DE LOS RECURSOS NATURALES Y EN GENERAL DEL MEDIO AMBIENTE PARA PROCURAR LA VISIÓN LIBERAL DE LA ECOLOGÍA JURÍDICA?**

Tal como se sugiriera con anterioridad, esta nueva visión del ecologismo jurídico dependerá en gran medida también de derechos de propiedad de los recursos naturales y, por tanto, del medio ambiente claramente especificados y las señales de precios que los acompañan, para lo cual se deben encontrar formas en que el gobierno pueda facilitar la evolución de los derechos de propiedad privada, para lo cual será oportuno revisar las tesis que sostienen Richard Pipes y Juan Ramón Rallo.

Previamente Rojas (2018) en su obra «El fundamento praxeológico del derecho» nos advierte, que cuando se abordan los conceptos como el de la «libertad» y la «propiedad» se hace desde un contexto político que supone que alguna autoridad superior que los reconozca o proteja “...y que en las corrientes liberales han sido definidas siguiendo el colectivismo metodológico. Su estudio bajo una visión del orden social elaborado desde la praxeología, haría innecesaria tal autoridad superior, y por lo tanto, ambos conceptos necesitan ser redefinidos...”<sup>18</sup>

Así Rojas (2018) sostiene que la libertad debería enfocarse a partir de acuerdos contractuales, normas consuetudinarias e instituciones que excluyan la coacción, con lo cual su desarrollo conceptual se daría desde el individuo hacia el grupo y no a la inversa, como suele estudiarse en los tratados de filosofía política o filosofía del derecho, porque a ella se

---

<sup>18</sup> Rojas, *Fundamentos praxeológicos del derecho* (Madrid, España: Editorial Unión, 2018).

llega "...buscando los medios cooperativos que evitan que se pueda ejercer coacción sobre el individuo que actúa..."<sup>19</sup>

Ahora bien, el concepto de propiedad sobre bases praxeológicas -tal como lo concibe Rojas- sugiere rescatarlo desde la vista de los economistas, quienes no ven a la propiedad como un «principio superior» o un «derecho fundamental» definido y defendido en abstracto, sino más bien como una categoría conceptual que reconoce la acción e interacción humana, la expresión de los logros obtenidos a través de esas acciones y los acuerdos voluntarios con otras personas, y por tanto, el ejercicio de la propiedad será básicamente, los contratos y otras manifestaciones de disposición sobre bienes y relaciones. Dejando en claro que los reclamos surgidos de ella, será resuelto en el orden jurídico, lo cual favorecerá un concepto de «derechos de propiedad» que nazca de la acción individual y no de postulados colectivos.

Pasemos de inmediato a revisar entonces la posición de Richard Pipes y Juan Ramón Rallo acerca del medio ambiente versus propiedad privada, para delinear una ecología jurídica más liberal.

### **3.1. La protección del medio ambiente según Richard Pipes<sup>20</sup>**

Pipes en su obra luego de la revisión histórica de la propiedad y libertad desde sus orígenes griegos, romanos, pasando por la edad media, comienzos de la edad moderna, siglo XVII en Inglaterra, siglo XVII en Francia, siglo XX, asegura que el centro de la discusión pasa por considerar que la propiedad es algo natural, que en modo alguno es producto de las convenciones sociales.

Al respecto, Pipes (1999) sostiene que la aparición de la propiedad sobre la tierra no era una propiedad estrictamente, sino más bien era un recurso susceptible de explotación, que podía no poseerse ni venderse, convirtiéndose en mercancía por el aumento de la población que exige métodos de explotación más racionales, y su explotación no resguardada de los recursos naturales provocaría su agotamiento.

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> Pipes, Richard. *Propiedad y libertad*. España, México: Turner, Fondo de Cultura Económica, 1999.

Así, acerca la existencia de un derecho de propiedad informal o extralegal en el caso específico de aquellos recursos que no han sido sometidos a derechos de propiedad o que, por su propia naturaleza, aduce que no pueden ser tratados de esa forma y, para ilustrar este caso, utiliza lo ocurrido en el período de transición, específicamente en California pues toda su extensión era propiedad del gobierno federal, carecía de gobierno, tribunales de justicia y menos de procedimientos para establecer derechos de propiedad, obviamente tampoco tenían reglas referidas a la explotación de los recursos naturales en tierras públicas. Por tanto, advierte que se implantó una práctica común entre los mineros de realizar reuniones en las que, por mayoría de los votos, se les reconocía el derecho a explotar una porción de la mina, convirtiendo a la postre en un título de propiedad que podía luego venderse, hasta acá fue el propio interés económico que transformó la propiedad común en privada. Y al tiempo se fortalecería el sentido de propiedad en los temas de la agricultura.

Pipes (1999) además, se pasea por diversas etapas históricas de propiedad para indicar que:

...la causa decisiva para su aparición fue la transición de la organización social basada en el parentesco y en la economía preagraria (...) en el territorio y en el cultivo de la tierra, forzada, (...) por la presión que ejerció el crecimiento de la población y el aumento resultante de la competencia por la obtención de recursos naturales. (...) La siguiente fase en el desarrollo de la propiedad privada es resultado del comercio y del desarrollo de las ciudades. (...) [Es categórico cuando afirma] Inglaterra fue la primera en desarrollar la propiedad privada y proporcionó al mundo el modelo de la democracia política, mientras Rusia, al haber tardado en aceptar la propiedad privada, e incluso cuando lo hizo en forma irregular, no pudo crear instituciones capaces de proteger a su pueblo de la autoridad despótica del Levitán...<sup>21</sup>

Resulta fascinante cómo aborda la historia inglesa desde la Inglaterra prenormanda, el poder normando, el papel del derecho consuetudinario (Common Law), los Tudor, los primeros Estuardo, la República de Cromwell (The Commonwealth), los últimos Estuardo, llegando al papel de los parlamentos en Europa continental con el consiguiente declive de la Corona, con el contraste ruso que ante la ausencia de propiedad los privó de mecanismos

---

<sup>21</sup> Pipes, Richard. *Propiedad y libertad*. España, México: Turner, Fondo de Cultura Económica, 1999.

para limitar el poder de los reyes, como sí ocurrió en Inglaterra, sin contar que la noción de derechos individuales estaba vedada por la noción de deberes hacia el monarca y eso “...demuestra cómo su ausencia posibilita la perpetuación de gobiernos arbitrarios y despóticos...”<sup>22</sup>

Pipes (1999) experto en el tema ruso, relata profundamente la historia de la institución de la propiedad en Rusia, pero acá simplemente indicaré que “...la evolución de la propiedad privada de la tierra (...) siguió un curso diametralmente opuesto al resto de Europa...”<sup>23</sup> porque por ejemplo, fue abolida cualquier propiedad de inmuebles en la ciudad de Rusia y por ende, cualquier institución que aludiese vagamente a una autonomía urbana, siempre era condicional. Destaca que Pedro El Grande en 1703, para asegurar madera en la construcción de la marina, decretó que los bosques pertenecían al estado y no a las personas en cuyas tierras estuviesen, y el derribo de un solo roble era castigado con pena de muerte, mientras que su esposa Catalina La Grande en 1782, emitió dos decretos para establecer los derechos de propiedad de los dueños de haciendas extendiéndose al subsuelo, agua y bosques, derechos de propiedad que fueron conformados en 1795 en la “Carta de Derechos, Privilegios y Prerrogativas del Noble Dvorianstvo Ruso”, reconocimiento que llegó seiscientos años después que la monarquía inglesa se lo hubiese reconocido a sus súbditos.

Como la historia es absolutamente atrayente, mejor me planto acá para no perder la brújula de este ensayo, porque estamos claro que “...La experiencia de Rusia [demostró] que la libertad no puede ser legislada: ha de crecer gradualmente, en estrecha relación con la propiedad y la ley...”<sup>24</sup>, llegamos así a la revisión de la propiedad en el siglo XX y al proceso colectivizante ideado por Lenin, producto de haber nacionalizado todas las tierras cultivables, convirtiendo a los campesinos en trabajadores asalariados, estableciendo como única propiedad autorizada sobre la tierra para los pequeños huertos adjuntos a sus cabañas, constituyéndose así:

...[en] una catástrofe sin precedentes en la historia del mundo: [puesto que] ningún gobierno había causado jamás tal destrucción de vidas y recursos sobre

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 237.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 270.



su propio pueblo. (...) [afianzando] la seguridad del aparato unipartidista. (...) [porque] toda la población (...) trabajaba para el gobierno. (...) lo que hizo posible el sistema totalitario (...) [traducido en] el monopolio sobre los recursos y la contratación...<sup>25</sup>

Pipes (1999) sobre el estado de bienestar social apuntó que “...la agresión sobre los derechos de propiedad no siempre es evidente, porque se lleva a cabo en nombre del “bien común”, un concepto elástico, definido por aquellos a cuyos intereses sirve...”<sup>26</sup>, por lo que ante el deseo de ganar el respaldo electoral de los votantes de las clases bajas, recién dotados del derecho al sufragio, mezclado con el miedo al socialismo, produjo un nuevo énfasis en la política social donde la peor parte la recibió, la libertad y propiedad que comenzaron a pesar menos que la justicia social e igualdad.

Así, se aumentaron las responsabilidades del estado y su participación e injerencia en la vida de la sociedad, amenazándose la libertad, y esto lo apuntó Frederick Hayek, y así lo destaca Pipes porque sostuvo que:

... (1) el pueblo normalmente no puede llegar a un acuerdo con relación a unas pocas tareas; (2) para ser democrático, el gobierno debe ser consensual; (3) un gobierno democrático, por tanto, sólo es posible cuando el Estado limita sus actividades a aquellas pocas sobre las cuales el pueblo puede llegar a un acuerdo; (4) de aquí que cuando el Estado aspira a acometer funciones importantes adicionales se encuentra que sólo puede hacer esto mediante la coerción, y se destruirán tanto la libertad como la democracia...<sup>27</sup>

Por tal razón, Pipes (1999) invocará leyes sobre el medio ambiente para limitar el uso de las tierras y la construcción de viviendas.

Por ello nos advierte que, en el mundo moderno, la propiedad privada, tradicionalmente considerada como el más efectivo bastión de la libertad, debía restringirse en bien de la sociedad, pero contrariamente se aumentó el poder del estado, dejando a la propiedad entredicha a una garantía de libertad, y su protección a un derecho humano

---

<sup>25</sup> Pipes, Richard. *Propiedad y libertad...*, p. 277.

<sup>26</sup> *Ibíd*, p. 290.

<sup>27</sup> *Ibíd*, p. 294

fundamental de la sociedad que no podrá violar y, al mismo tiempo, garantizar una elemental justicia social.

La secuela de la línea de tiempo que realiza Pipes (1999) sobre la institución del derecho de propiedad, acerca del tema de la protección del medio ambiente lo hace en los siguientes términos:

...Las incautaciones o expropiaciones directas por parte del gobierno requieren de una justificación y de una adecuada compensación. Sin embargo, en la práctica, las expropiaciones a menudo se asemejan a la confiscación. Por ejemplo, los gobiernos adoptan una visión muy amplia de lo que constituye “el bien común”, y con este pretexto se apoderan de tierras con fines cuestionables, tales como centros comerciales y planes de vivienda que benefician a individuos o grupos y no a toda la sociedad. En segundo lugar, la compensación a menudo se establece de manera bastante arbitraria, a veces por debajo de su valor para el propietario...<sup>28</sup>

Por tanto, la protección del medio ambiente se realizaba desde el control urbanístico de la propiedad, dado que la consideraba como una expropiación parcial, porque sostiene que:

...Desde la década de 1930 los tribunales han tenido la tendencia a permitir las diversas transgresiones del gobierno contra los derechos de los individuos a sus bienes en nombre del “interés público”. Sin llegar a expropiar propiedades en el más estricto sentido de la palabra, el gobierno restringe el uso que el propietario puede hacer de ellas mediante regulaciones que, según la opinión de algunas autoridades legales, equivalen a una ‘expropiación reglamentaria’...<sup>29</sup>

En virtud de lo anterior, quizás en otra oportunidad hubiese sido de interés confrontar esta visión; sin embargo, me limito a indicar que la protección del medio ambiente es la denuncia como un culto pagano de la naturaleza desde 1970, por la “...histeria ecologista (...) [que] proporciona una poderosa razón emocional para la usurpación de los derechos de propiedad. [hasta el punto de que debían] sacrificarse en nombre de la supervivencia de la vida en la tierra...”.

---

<sup>28</sup> Pipes, Richard. *Propiedad y libertad...*, p. 318.

<sup>29</sup> *Ibíd.*

Recurre además, al examen de la principal legislación que afectó el uso de las tierras y de otros recursos naturales, a saber: la Ley del Aire Puro (1970), la Ley Federal de Control de la Contaminación del Agua (1972), y la Ley de las Especies en Peligro de Extinción (1973), que crearon una gran autoridad a la burocracia federal (Agencia de Protección Ambiental) conocidas por sus siglas en inglés EPA, que limitan de forma irracional, la utilización de los recursos por parte de sus propios dueños, y esto sin mediar compensación alguna, entonces la perspectiva que utiliza Pipes es la depreciación de las propiedades, y ello por supuesto, me aparta de la reflexión sobre un régimen de privatizaciones de nuestras apreciadas reservas de biodiversidad, bajo el amparo de una ecología jurídica que procure un libre mercado.

En ese sentido, tal como lo advertía Rojas (2018), tenemos que:

...Si un recurso ha de ser mantenido en común –esto es, si todas las personas han de tener derecho igual para explotar el uso de esa propiedad– entonces ninguna persona se la podría excluir del uso del recurso. Pero sin ese derecho de exclusión que es característico de la propiedad privada, es imposible que los beneficios para el inversor en mantener recursos superen a los esfuerzos. Ello provocará dos consecuencias contraproducentes: 1) nadie querrá invertir dinero en mantener la seguridad o evitar daños allí donde no tiene derecho de exclusión; 2) cada persona tratará de maximizar su propio consumo de ese bien, antes de que otros lo aproveché primero y se termine...<sup>30</sup>

Por tal razón, tal como anota Rojas, (2018):

...cuanto mejor definidos estén los derechos de propiedad y la facultad de actuar de cada persona, mejor custodiados estarán los bienes y menores probabilidades existirán para que se provocan daños. Eso explica por qué se producen más crímenes en los parques públicos que en los centros comerciales (a pesar de que en los centros comerciales hay mucho más dinero disponible para robar), o por qué hay más accidentes de tránsito en las calles de una ciudad que las de un barrio cerrado...<sup>31</sup>

En nuestra percepción el tema de la conservación del ambiente es serio, por lo tanto, para que se procure un tratamiento adecuado será crucial que se imponga una conciencia ecologizante en todos y cada uno de nosotros, en el entendido que, gracias a los logros

---

<sup>30</sup> Rojas, R: *Fundamentos praxeológicos del derecho*, (Madrid, España.Unión Editorial: 2018)

<sup>31</sup> Rojas, R: *Fundamentos praxeológicos del derecho*,... p. 184.

tecnológicos, se valoran más las cosas fabricadas por los seres humanos que benefician principalmente al individuo, pero se concede menos valor monetario a los bienes y servicios de la naturaleza que nos benefician como sociedad en general.

### **3.2. El medio ambiente según Juan Ramón Rallo<sup>32</sup>**

El autor arranca reconociendo lo siguiente:

...[que para] la mayoría de la gente, la protección del medio ambiente se ha convertido en una competencia casi exclusiva del sector público [porque estiman] que el Estado es el único ente capaz de proteger a nuestro entorno de la depredación a la que inexorablemente sería sometido por el capitalismo; y es que, al parecer, las fuerzas naturales del mercado conducen al agotamiento de los recursos y al deterioro ecológico...<sup>33</sup>

Siendo esta la razón por la cual se interviene y «protege» el medio ambiente mediante de todo tipo de regulaciones sobre las personas y sobre las empresas (legislaciones sobre espacios naturales, sobre caza y pesca, sobre vías pecuarias, sobre conservación de fauna y flora silvestre, sobre montes, sobre residuos y contaminación, sobre calidad del aire, sobre protección de aguas subterráneas, sobre costas o sobre impacto medioambiental, etcétera).

Sin embargo, advierte el autor que en el caso del medio ambiente no es tan evidente cómo funcionaría la autonomía de la voluntad para lograr su respeto, ello porque podrían dos o más personas pactar no destruir el medio ambiente, solo que en lo que aparezca un tercero que se niegue a sumarse a ese consenso privado, parecería que en principio podría dañarlo con absoluta impunidad.

En ese sentido, conviene en indicar lo siguiente:

...[que] si el medio ambiente no se salvaguarda sólo podrá ser porque se coloque al ser humano dentro de un contexto institucional en el que se le incentive a maltratar a su entorno [ello ocurre en un contexto donde] la propiedad privada sobre el entorno no está bien definida. Por ejemplo, si la contaminación que emite una persona le perjudicara exclusivamente a esa persona, es obvio que tendría fuertes incentivos en reducirla, pero si, en

---

<sup>32</sup> Rallo, J: *Una revolución liberal para España*, (Barcelona, España. Deusto Centro Libros PAPP, S.L.U: 2014)

<sup>33</sup> *Ibíd*, p. 80

cambio, puede trasladar ese deterioro enteramente a otros, sentirá la tentación de contaminar sin límites. Asimismo, si el consumo de recursos naturales que realiza una persona sólo reduce la porción disponible para el resto, pero no la disponible para sí mismo (...) también tendrá fuertes motivos para sobreexplotar el entorno...”<sup>34</sup>

Y para evitar sobrepasar este uso de los recursos naturales, la economía y la biología acuñó la denominada tesis de «la tragedia de los comunes» tras el famoso ensayo de Garrett Hardin (1968), que publicó en la revista *Nature*, donde se analizan los problemas de sobreconsumo de los bienes públicos, el deterioro de su calidad, e incluso su eventual desaparición o extinción. Se entendía que el término *comunes* se refería a esa parte del ambiente abierto, que podía ser usado por cualquiera y al mismo tiempo por todos, de manera que ninguna persona resulte responsable de cuidarla, mientras que la palabra *tragedia* se refería a lo que ocurre cuando es imposible continuar haciendo que los costos los asuman todos y que las utilidades sean de unos cuantos, así como tampoco se puede seguir posponiendo el costo ambiental y humano del rápido crecimiento y el veloz desarrollo, sin ver que podemos incurrir en daños generalizados a nuestros sistemas de apoyo de vida a escala mundial. Dicho en palabras de Rallo (2014) ocurre «la tragedia de los comunes» “...cuando se privatizan los beneficios de explotar el medio ambiente pero se socializan las pérdidas, todas las personas tienden a deteriorar el entorno...”<sup>35</sup>

Me detengo acá para apuntar un problema adicional de los bienes públicos, tiene que ver con el problema financiero, relacionado en cómo tratamos de evitar su mantenimiento, y a este hecho se le denomina el fenómeno del polizante; o mejor conocido como el fenómeno del *free rider*, que Ghersi (2011) lo define como aquella persona que se mete en bus, avión o barco y no paga el pasaje y es llevada gratuitamente por los demás, con lo cual ocurre el fenómeno cuando se pueda evitar contribuir al pago de los impuestos, porque a fin de cuentas sabemos que otros lo harán y entonces nos serviremos del pago que hacen los demás por ese bien o servicio, con lo cual se produce:

...un grave problema a largo plazo, porque los bienes públicos no solo se sobreconsumen, además se deterioran porque nadie los mantiene, no hay

---

<sup>34</sup> Rallo, J: *Una revolución liberal para España*,..., p. 82.

<sup>35</sup> *Ibid.*

incentivos para que los mantengan porque no te beneficiaran a ti que contribuyes con el mantenimiento en absoluto, benefician a todos los demás. El polizante y la tragedia de los comunes son dos características inmanentes de los bienes públicos: todo bien tiene un problema de tragedia de comunes, de sobreconsumo, y del polizante...<sup>36</sup>

La propuesta de Ghersi (2011) sería convertir los bienes públicos en bienes privados mediante el desarrollo evolutivo de derecho reales que permiten solucionar los dos problemas económicos centrales de los bienes públicos: el sobreconsumo y el polizante. Solución en la que participa también Rallo (2014), cuando sostiene que al asignar y definir derechos de propiedad privada individual sobre todo el medio ambiente, los costes del deterioro también quedarían privatizados, con lo cual el contaminador tendría incentivos para reducir su polución. Adicionalmente, se refiere al rol de las fundaciones ecologistas como propietarios individuales que protegerán el medio ambiente, como lo hizo la norteamericana *Rosalie Edge* por ejemplo, quien en medio de la gran depresión prestó dinero de un benefactor de su «Comité para la Conservación de Emergencia», una organización sin fines de lucro, para arrendar la *Montaña Hawk* en Pennsylvania en 1934. Luego contrató a otro amigo y aliado, Maurice Broun, para que este fuese el guardabosque, retirando a los cazadores y pistoleros del lugar. Al año siguiente ella aseguró los fondos para comprar la montaña y la convirtió en un santuario permanente para la vida silvestre, primera reserva ecológica protegida en los Estados Unidos de América y del mundo para las aves de rapiña silvestres.<sup>37</sup>

Por consiguiente, la propiedad privada de individuos particulares y de asociaciones privadas sobre el entorno permite solventar muchos de los problemas medioambientales, pero no todos, puesto como lo aduce Rallo (2014) aquellos entornos con múltiples usuarios y cuya utilización sea indivisible y genere numerosas externalidades sobre terceros serán difícilmente gobernables en régimen de propiedad privada individual, por ejemplo, un río será difícil que pueda trocearse en numerosas propiedades privadas individuales, dado que el

---

<sup>36</sup> Ghersi, E., *Capítulo 6 – ¿Por qué no se extinguen las gallinas?*, 2011, <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-6-%C2%BFpor-que-no-se-extinguen-las-gallinas/> [Consulta: 10 de mayo de 2021].

<sup>37</sup> Book, J., *Ponga su dinero donde está su montaña*, 5 de febrero de 2021, <https://www.elcato.org/ponga-su-dinero-donde-esta-su-montana>, [Consulta: 10 de mayo de 2021].

uso que se efectúe en su curso alto afectará inevitablemente a los usuarios ubicados en los cursos medios y bajos.

Por tal razón, Rallo (2014) afirma lo siguiente:

...[que] la solución que históricamente se ha tendido a desarrollar ha sido la propiedad privada comunal sobre los ecosistemas (tierras de labranza, caladeros de pesca, acuíferos, bosques o cuencas hidrográficas). La propiedad privada comunal mantiene, por un lado, varias de las ventajas de la propiedad privada individual (la protección del medio ambiente [que] coincide con el interés de los comuneros) y, por otro, evita algunos de sus defectos (la dificultad de internalizar las externalidades), y es que el poder de actuación de los comuneros dentro del ecosistema no es ilimitado, sino que queda sometido a las instituciones comunales, entendidas éstas como el conjunto de normas y de órganos gestores que se han desarrollado a través de la negociación entre los comuneros, de su conocimiento, de su experiencia y de su adaptación ante los cambios del entorno. El propósito de esas instituciones comunales es el de repartir los frutos del ecosistema entre los comuneros, pero evitando degradar el ecosistema que proporciona tales frutos...<sup>38</sup>

Para lo cual refiere diversos ejemplos exitosos de propiedades privadas comunales, sólo que acá para aunar sobre el caso suizo, me referiré a la comuna suiza de Törbel, que cuenta con unos 600 habitantes, donde desde 1483, sus habitantes cultivan en sus propias tierras verduras, cereales y frutas, además de heno para alimentar a sus vacas durante el invierno. Acá vale destacar que, en Suiza, más del ochenta por ciento (80%) del país está gestionada bajo un sistema mixto que combina la propiedad privada para la agricultura con la gestión de espacios comunes como prados, bosques y eriales. En los meses de verano, las vacas pastan en prados alpinos de propiedad comunal. Con la leche de estas vacas se produce el sustento básico de la economía a saber: el queso. La explotación se realiza bajo normas específicas de:

...mantenimiento de los prados, los bosques, los sistemas de irrigación y los caminos que unen las tierras privadas con las comunales, solo está permitido a los residentes. Las reglas también evitan el sobrepastoreo: nada de llevar más vacas de los que se pueda alimentar con los pastos disponibles. (...) [que] tal y como explica Jeremy Rifkin en su libro *La sociedad del coste marginal cero*, los beneficios se reparten así: *Las vacas enviadas a la montaña para pastar en verano se cuentan al principio de la estación para determinar la cantidad de*

---

<sup>38</sup> Rallo, J: *Una revolución liberal para España*,..., p. 84.

*queso que recibirá cada familia en el reparto anual. La asociación de miembros del procomún celebra asambleas anuales para hablar de la gestión, revisar los acuerdos y elegir a la junta. La asociación también se encarga de poner multas, organizar el mantenimiento de caminos y carreteras, reparar infraestructuras y cobrar cuotas a los miembros para pagar los trabajos realizados. En general, estas cuotas son proporcionales al número de vacas que posee cada familia. La asociación también marca los árboles que se van a talar para leña o para la construcción, y los asigna al azar a las familias para que se encarguen de la tala. (...) Sin duda, un ejemplo envidiable de gestión sostenible y de lo que se puede lograr cuando la sociedad se organiza como mejor le conviene. Una mezcla armónica entre sentido comercial y sentido social...»<sup>39</sup>*

Rallo (2014) afirma que el rasgo compartido por todas las instituciones comunales que han protegido exitosamente el entorno durante siglos ha sido la flexibilidad normativa de los órganos comunales para especificar claramente cuándo, dónde, cómo y quién puede hacer uso de los bienes comunales, así como para establecer tantos sistemas de supervisión donde participen todos los comuneros rotativamente, cuántos esquemas sancionatorios graduales y obviamente la flexibilidad normativa implica que el estado no debe intervenir en la confirmación de todas estas reglas, fortaleciéndose así la propiedad privada comunal, como herramienta tradicional por excelencia para resolver los problemas medioambientales dentro de una comunidad:

...Y lo ha logrado por ser «propiedad privada», esto es, porque sus copropietarios gozaban de un uso exclusivo sobre ciertos ecosistemas y tenían permitido excluir del condominio tanto a terceros como a comuneros que deseaban hacer un uso contrario al determinado por las instituciones comunales. (...) evitado su sobreexplotación, [incentivando] su gestión responsable y, sobre todo, se ha incardinado la administración de esos ecosistemas dentro de la sociedad civil y del mercado, logrando una amplia y dinámica coordinación con el resto de necesidades humanas: por ejemplo, algunas aldeas japonesas han escogido vender o alquilar sus tierras comunales a hoteles o estaciones de esquí ante la enorme demanda que estos servicios poseían y, por tanto, el alto precio que sus compradores estaban dispuestos a abonarles; otras, en cambio, han preferido conservarlas. Lo importante es que,

---

<sup>39</sup> Parra, S., *El pueblo suizo donde todo es de todos (o casi)*, 2015, <https://www.diariodelviajero.com/europa/el-pueblo-suizo-donde-todo-es-de-todos-o-casi> [Consulta: 10 de mayo de 2021].



finalmente, las tierras terminaron destinándose a aquellos usos sociales que resultaban más valiosos...<sup>40</sup>

Así, en un sistema con propiedad privada, serán los precios de mercado los que facilitan la coordinación social entre todos los agentes y su entorno, pues los precios permiten comparar el coste de los recursos (incluyendo el coste medioambiental) con el precio de venta de las posibles mercancías que podrían producirse con ellos (precios de venta que reflejan la valoración de estas mercancías para las distintas personas) y ello desataría un proceso de experimentación descentralizado sobre distintas formas de abordar los problemas ecológicos más frecuentes, dando como resultado una competencia regulatoria que permitiría descubrir qué conjunto normativo resulta menos distorsionador. Sería, por tanto, la negociación entre partes (o, en su defecto, un tribunal de arbitraje) la que permitiría terminar internalizando todos los costes y hallar en cada caso la solución óptima.

En consecuencia, Rallo (2014) concluye que el estado no podría desplegar política alguna con respecto al medio ambiente, dado que le compete a los individuos, asociaciones y grupos humanos que componen una sociedad mediante el debido respeto hacia la propiedad privada individual o comunal y en caso, de que haya externalidades muy difusas que impidan internalizar y que resulte más asequible regular antes que soportar, solo entonces podría el estado subsidiariamente dictaminarlas unas siempre contingentadas normativas bajo el principio de la mínima intervención necesaria, aunque es pesimista al advertir que será muy probable que "...el Estado también fracase a la hora de coordinar coactivamente a los individuos si éstos fracasaron previamente en sus negociaciones voluntarias..."<sup>41</sup>

#### **IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN, ENTONCES, ¿POR QUÉ NO SE EXTINGUEN LAS GUACAMAYAS EN CARACAS?**

Las razones por las cuales no se extinguen las guacamayas en Caracas, está vinculada con una nueva visión de la ecología jurídica, desconocida generalmente por los abogados porque nos dedicamos exclusivamente a analizar la institución de la propiedad desde el derecho civil, sin reflexionar sobre su historia y su relación directa con la libertad, ingrediente

---

<sup>40</sup> Rallo, J: *Una revolución liberal para España*,..., p. 86.

<sup>41</sup> Rallo, J: *Una revolución liberal para España*,..., p. 92.

indispensable de la prosperidad. Comprenderlo así devolvería a la institución de la propiedad a su lugar original e integral porque cualquier limitación en su uso, impuesta bajo el concepto indeterminado del «interés público» sería una expropiación que debería ser compensada adecuadamente. Entonces, la existencia de bienes públicos que no sean propiedad de nadie (conocida por su acepción latina “*res nullius*”), tendrán un gran impacto económico a la luz de la teoría económica del derecho, sólo pensemos en el mar, en las grandes extensiones de parques nacionales, en las riquezas de los subsuelos, y en los recursos naturales en general.

El problema, por tanto, será recuperar “...la conciencia de los efectos perjudiciales que la restricción de los derechos de propiedad tendrá, a la larga, sobre sus vidas...”<sup>42</sup>, con lo cual reflexionar sobre las privatizaciones de nuestras apreciadas reservas de biodiversidad será una oportunidad para procurar su conservación siempre que sea posible, bien sea mediante la propiedad privada individual o la propiedad privada comunal, y liberarlas tanto la tragedia de los [bienes] comunes, así como, la tesis del *free riders* o emisores de externalidades.

Hay que realizar esfuerzos para que en nuestras escuelas de Derecho enseñe la historia del derecho y de la Constitución, bajo principios de libertad y prosperidad de la institución de la propiedad, bajo el prisma de los autores clásicos de la escuela austriaca de económica, y con una propuesta de derecho que descansa sobre fundamentos praxeológicos, ello por supuesto aliviaría la destrucción de nuestra biodiversidad, ocasionada por la explotación irresponsable del estado a través del monopolio estatal de los hidrocarburos (PDVSA), así como, la derivada de las concesiones otorgadas para la extracción de minerales al sur del país en el denominado «Arco Minero del Orinoco», que ocupa parte del norte del estado Bolívar, una menor porción del noreste del estado Amazonas y parte del estado Delta Amacuro, que cuenta con 7000 toneladas de reservas de oro, cobre, diamante, coltán, hierro, bauxita y otros minerales.

Sería una teoría del derecho [ecología jurídica] que podría énfasis en un libre mercado de un sistema de derechos de propiedad sobre los recursos naturales y ambientales, por

---

<sup>42</sup> Pipes, Richard. *Propiedad y libertad...*, p. 370.

supuesto, en manos de individuos, corporaciones, grupos ambientales sin fines de lucro o comunidades grupos nacionales, que impondría una disciplina a sus usuarios porque la riqueza del dueño de la propiedad estaría en juego si se tomaran malas decisiones. Obviamente el gobierno tendría un papel integral que desempeñar solo en la definición y aplicación de los derechos de propiedad.

Es una visión disruptiva de un ecologismo de libre mercado que bien podría ser una alternativa que canalizaría la mayor conciencia ambiental hacia soluciones beneficiosas para todos, que favorecería el crecimiento económico del país, y lo más importante mejoraría a preservar el medio ambiente. Así, en aquellos casos donde la regulación gubernamental estén firmemente arraigada, obviamente la privatización será más difícil, pero no será imposible, en razón de lo cual, el ecologismo de libre mercado sería una solución o guía para procurar cambios institucionales prácticos, y en ese sentido, incentivar la toma de decisiones en los sectores público y privado; recopilar información sobre demandas ambientales a través de transacciones de mercado; y por último, fortalecer los derechos de propiedad privada siempre que sea posible.

En virtud de lo anterior, si entendemos que las vacas, los perros o los gatos no se extinguirán porque son de propiedad privada, en el caso de las guacamayas tampoco ocurrirá, puesto que, es de la propiedad privada comunal de los caraqueños, dado que su subsistencia depende tanto de lo que le proporciona la naturaleza concentrada en el Parque nacional El Ávila, [Waraira Repano], localizado en la cadena litoral dentro de la cordillera de la Costa, cuyo verdor se extiende a nuestra ciudad Caracas, todo el norte del estado Miranda y sur del estado La Guaira, y también porque llegan a nuestras ventanas, balcones y terrazas para ser alimentadas.

La capital con más guacamayas en el mundo podría garantizarse, con la intervención de organizaciones ecológicas y el reconocimiento de la propiedad privada comunal del Parque nacional El Ávila, [Waraira Repano] haría la diferencia en el esfuerzo de conservación del medio ambiente y convertirla en una reserva de guacamayas, porque se detendría «la tragedia de los comunes» y el *free rider* siguiendo una visión liberal de la ecología jurídica, que privatizarían los beneficios de explotar el medio ambiente pero también

**Alicia Monagas de Masiá**

se socializarían las pérdidas, la mejor manera de realizar esfuerzos para proteger nuestro medio ambiente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Ahiana Figueroa y Luisa Quintero. «PDVSA contamina más de lo que produce.» Caracas: Tal Cual y International Center for Journalists, 25 de septiembre de 2020.
- Book, Joakim. «Ponga su dinero donde está su montaña.» *elcato.org*. 5 de febrero de 2021. <https://www.elcato.org/ponga-su-dinero-donde-esta-su-montana> (último acceso: 10 de mayo de 2021).
- Bookchin, Murray. *La ecología de Nola libertad*. Málaga: Nossa y Jara Editores, S.L., 1999.
- Eugene P. Odun y Gary W. Barret. *Fundamentos de ecología*. México: Cengage Learning Editores, S.A., 2006.
- García, Andrea I. Rondón. «Hacia una Teoría del Derecho.» *Apuntes de Postgrado UCAB*. 30 de marzo de 2021. (último acceso: 02 de mayo de 2021).
- Gherzi, Enrique. «Capítulo 6 – ¿Por qué no se extinguen las gallinas?» *EG Enrique Gherzi*. 25 de agosto de 2011. <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-6-%C2%BFpor-que-no-se-extinguen-las-gallinas/> (último acceso: 1 de mayo de 2021).
- Medina, Ángel Rafael Cedeño. «<https://www.niusdiario.es>.» 17 de abril de 2021. [https://www.niusdiario.es/internacional/latinoamerica/caracas-guacamayas-relacion-indisoluble-venezuela\\_18\\_3121395139.html](https://www.niusdiario.es/internacional/latinoamerica/caracas-guacamayas-relacion-indisoluble-venezuela_18_3121395139.html) (último acceso: 29 de abril de 2021).
- Morles Hernández, Alfredo. «Discurso de aceptación del doctorado honoris causa en Derecho otorgado por la Universidad Católica Andrés Bello .» 25 de abril de 2017. <https://docplayer.es/76427404-Doctorado-honoris-causa-alfredo-morles-hernandez.html> (último acceso: 19 de septiembre de 2021).
- Parra, Sergio. «El pueblo suizo donde todo es de todos (o casi).» *Diario del viajero*. 8 de enero de 2015. <https://www.diariodelviajero.com/europa/el-pueblo-suizo-donde-todo-es-de-todos-o-casi> (último acceso: 10 de mayo de 2021).
- Pipes, Richard. *Propiedad y libertad*. España, México: Turner, Fondo de Cultura Económica, 1999.

- Rallo, Juan Ramon. *Una revolución liberal para España*. Barcelona, España: Deuto (Centro Libros PAPF, S. L. U.), 2014.
- Rojas, Ricardo Manuel. *Fundamentos praxeológicos del derecho*. Madrid, España: Unión Editorial, 2018.
- Rojas, Ricardo Manuel. *El poder represivo del estado ¿Se justifica la existencia del Derecho Penal?* THEMIS Revista De Derecho, n.º 35 (junio) de 1997.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11762> (último acceso: 29 de abril de 2021).
- Rondón García, Andrea I. «Apuntes de Postgrado: Reinvidicación del Derecho Privado.» *UCAB*. 04 de febrero de 2021. <https://postgrado.ucab.edu.ve/apuntes-de-postgrado-reivindicacion-del-derecho-privado/> (último acceso: 29 de abril de 2021).
- Terry L. Anderson y Donald R. Leal. *Free Market Environmentalism*. New York: PALGRAVE, 2001.
- Trazegnies Granda, Fernando de. «Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental.» *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 30 (noviembre), 207-19. noviembre de 1994.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11444> (último acceso: 8 de mayo de 2021).

## **DERECHO PRIVADO**

## EL PRINCIPIO DE LA RESERVA LEGAL EN MATERIA MERCANTIL

*Diego Thomás Castagnino*

Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Mercantil en pre y postgrado, UCAB y UCV. Miembro Fundador y Secretario General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Email: diego.castagnino@gmail.com

### **Resumen:**

El presente trabajo tiene por finalidad explicar el principio constitucional de la reserva legal mercantil en Venezuela, reseñando las distintas posiciones en torno a la posibilidad de delegar la facultad legislativa a favor del Presidente de la República, y enumerando irregularidades que han ocurrido durante el ejercicio de leyes habilitantes, proporcionando recomendaciones para el futuro.

**Palabras claves:** Reserva legal, mercantil, constitucional.

## THE PRINCIPLE OF LEGAL RESERVE IN COMMERCIAL MATTERS

### **Abstract:**

The purpose of this paper is to explain the constitutional principle of the commercial legal reserve in Venezuela, outlining the different positions regarding the possibility of delegating the legislative power in favor of the President of the Republic, and listing irregularities that have occurred during the exercise of enabling laws, providing recommendations for the future.

**Keywords:** Legal reserve, commercial, constitutional.



## **DEDICATORIA**

Agradezco al equipo editorial de la Revista de la Facultad de Derecho por haberme invitado a participar en la edición Nro. 75, en homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, a quien siempre admiraré por su disciplina y curiosidad jurídica, su desprendimiento y amabilidad para compartir sus experiencias y conocimientos, así como, por la pasión y el respeto que siempre demostró hacia el Derecho Mercantil.

El tema del presente trabajo tiene su origen en una conversación que sostuve con el profesor Morles el 11 de noviembre de 2016, durante las Jornadas de Derecho de Seguros en honor a la profesora Gladys Rodríguez de Bello, que organizamos desde la cátedra y la especialización en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela.

En dicho evento el profesor Morles expuso sobre deslegalización de la materia del contrato de seguro, y fue enfático al señalar que la regulación en la materia mercantil pertenece al grupo de materias que, por su relevancia, solo puede ser regulada legislativamente por el parlamento, por lo que cualquier limitación o restricción tiene que adaptarse a la configuración constitucional de la protección del derecho respectivo.

Así mismo, señaló que, la reserva legal mercantil tiene su sustento en el principio constitucional de libertad de empresa y en el principio de autonomía de la voluntad, derivados ambos del principio general de libertad. Por ello, la regulación en materia mercantil debe ser competencia exclusiva del poder legislativo.

Al concluir su ponencia recuerdo que nos pidió denunciar continuamente las vulneraciones al principio de reserva legal mercantil. Es por ello que, el presente artículo se lo dedico al profesor Alfredo Morles Hernández, el jurista más importante que hemos tenido en el derecho mercantil venezolano, autor de las obras más relevantes y fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), desde donde seguiremos su ejemplo a través de la promoción, defensa y actualización de nuestra disciplina jurídica.

## **INTRODUCCIÓN**

El principio de reserva legal tiene su origen en el surgimiento de los primeros Parlamentos medievales, cuando el poder del Monarca se limitaba al atribuirse a las Asambleas electivas toda decisión que afectara los derechos personales y patrimoniales de los súbditos<sup>1</sup>.

Luis María Díez-Picazo Giménez señala que la reserva de ley consiste “en exigir que determinadas materias y, muy en especial, las relativas a ámbitos relacionados con la libertad y la propiedad de los ciudadanos sólo puedan ser reguladas por los representantes de estos últimos reunidos en el Parlamento”.<sup>2</sup>

Por su parte, Miguel Carbonell, define a la reserva de ley como “la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule determinada materia”<sup>3</sup>. Dicho autor considera que se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

La reserva legal también es concebida como una garantía. Autores como Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Mario Roberto Molano López, indican que la reserva legal debe entenderse como aquella garantía conforme a la cual, en determinadas materias expresamente señaladas por la Constitución, sólo la Asamblea Legislativa de manera excluyente tiene la competencia para su regulación.<sup>4</sup>

Tal y como señala Miguel Carbonell, la reserva legal cumple dos funciones primordiales: a) una función liberal o garantista consiste en que, a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del poder ejecutivo, y b) una

---

<sup>1</sup> Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, “El hecho imponible y su cobertura por el principio constitucional de la legalidad Tributaria”, *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal*, México, Año III, No. 8, Julio (1999): p. 35.

<sup>2</sup> Luis María Díez-Picazo Giménez, “Sistema de derechos fundamentales”, 4 ed., Aranzadi/Thomson Reuters, (2013): pp. 99-100.

<sup>3</sup> Miguel Carbonell, “Sobre la reserva de ley y su problemática actual”, *Vinculo Jurídico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, México, No. 42, Abril – Junio (2000): p. 33.

<sup>4</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Mario Roberto Molano López, “La relación especial de sujeción: estudios”, Universidad Externado de Colombia (2007): p 123.

función democrática, ya que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del poder legislativo, el cual es representante del pueblo<sup>5</sup>.

Respecto a la función democrática de la reserva legal, Francisco Balaguer Callejón ha señalado que la ley hace viable la articulación del pluralismo social y es precisamente ese carácter lo que diferencia a la ley de otras fuentes del derecho, pues las fuentes legales recogen el sentido democrático constitucional de la producción jurídica en lo que atañe a la forma misma de esa producción<sup>6</sup>.

En todo caso, es necesario advertir que no se debe confundir entre el principio de reserva legal con el principio de legalidad. Mientras el primero implica una orden constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias, el principio de legalidad se refiere a que los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo pena de invalidez<sup>7</sup>.

Así, el principio constitucional de reserva legal se refiere a una orden constitucional de que determinadas materias deban ser reguladas exclusivamente por normas sancionadas por el órgano legislativo. Se trata de una verdadera garantía del orden democrático, que procura proteger el principio de representatividad de la ciudadanía en el poder legislativo, para que, mediante debates plurales, se pueda definir y regular, materias de especial relevancia.

En Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999<sup>8</sup> (en lo sucesivo: “Constitución”, “Constitución de 1999”), se modificó el régimen de la delegación legislativa para que el Ejecutivo Nacional quede habilitado para dictar decretos con fuerza de ley, pasando de un sistema de delegación con claros límites a un sistema mucho más amplio, lo cual he generado críticas en la doctrina y decisiones de la Sala Constitucional del

---

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, “Sobre la reserva de ley y su ...”

<sup>6</sup> Francisco Balaguer Callejón et al., “Manual de derecho constitucional”, vol. I, 3.a ed., Tecnos (2008): p. 145.

<sup>7</sup> Luciano Parejo Alfonso, “El concepto del derecho administrativo”, 2.a ed., Universidad Externado de Colombia (2009): p. 28.

<sup>8</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia, especialmente cuando se trata de delegar materias consideradas de reserva legal, como es el caso de las leyes mercantiles.

Por otro lado, la gestión de la habilitación legislativa mercantil por parte del Ejecutivo Nacional ha estado plagada de irregularidades, que han vulnerado los derechos fundamentales de los comerciantes. A continuación, se analizarán las distintas posiciones respecto a la posibilidad de delegar la función legislativa en materia de reserva legal (como es el caso de las leyes mercantiles), se demostrará mediante la enumeración de una selección de casos, las irregularidades por parte del Ejecutivo Nacional en la gestión de la delegación legislativa en materia mercantil, y se proporcionarán recomendaciones para el futuro.

## **I. POSICIONES RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE DELEGAR LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN MATERIAS DE RESERVA LEGAL**

El principio de reserva legal es una garantía establecida en la Constitución para que determinadas materias sean reguladas únicamente mediante ley, entendida como el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador<sup>9</sup>, integrado por diputados que son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto<sup>10</sup>, elegidos en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional<sup>11</sup>.

De acuerdo con la Constitución<sup>12</sup>, se entiende por leyes orgánicas las que se dictan para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirven de marco normativo a otras leyes. Sin embargo, también existe la posibilidad de que la Asamblea Nacional mediante una Ley Habilitante le delegue al Presidente de la República la posibilidad de legislar.

Con la Constitución de 1999 se modificó el régimen de la delegación legislativa para que el Ejecutivo Nacional quede habilitado para dictar decretos con fuerza de ley, pasando

---

<sup>9</sup> Artículo 202 de la Constitución.

<sup>10</sup> Artículo 201 de la Constitución.

<sup>11</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 186 de la Constitución.

<sup>12</sup> Artículo 203 de la Constitución.

de un sistema de delegación con claros límites en cuanto a su contenido material<sup>13</sup>, a un sistema amplio sin mayores limitaciones, más allá de: (i) la mayoría calificada exigida para dictar la ley habilitante<sup>14</sup>, (ii) de la exigencia de que se fije el plazo de su ejercicio<sup>15</sup>, y (iii) que se establezcan las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente.

### **Críticas respecto al régimen de delegación legislativa establecido en la Constitución de 1999**

La mayoría de la doctrina patria ha criticado el sistema de delegación incorporado en la Constitución de 1999, por su amplitud, vulneración del principio de reserva legal, imposición de restricciones a derechos humanos y violación a los principios democráticos, por los motivos siguientes:

- La delegación contemplada en la Constitución de 1999 no tiene precedentes en el constitucionalismo contemporáneo, por la amplitud como está concebida<sup>16</sup>.
- Las leyes dictadas en ejercicio de facultades concedidas por leyes habilitantes no tienen carácter de leyes conforme a las cuales se pueden imponer restricciones a los derechos humanos, es decir, aquellas leyes emanadas del Poder Legislativo<sup>17</sup>.
- La amplitud de la habilitación legislativa establecida en la Constitución de 1999 no se adapta a la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos, ya que no impone límites ni controles a la delegación<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Se limitaba a autorizar al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, exclusivamente, previa habilitación por el Congreso (artículo 190.8 de la Constitución de 1961).

<sup>14</sup> De acuerdo con el artículo 203 de la Constitución, la Asamblea requiere de las 3/5 partes de sus miembros para dictar Leyes Habilitantes en las materias delegadas al Presidente, quien podrá dictar Decretos Leyes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236.8 ejusdem.

<sup>15</sup> Artículo 203 de la Constitución.

<sup>16</sup> Allan R. Brewer Carías, “El Régimen Constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de Gobierno” (conferencia, VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, noviembre 2001). Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/892.-839.-EL-REGIMEN-CONSTITUCIONAL-DE-LOS-DECRETOS-LEYES-Y-DE-LOS-ACTOS-DE-GOBIERNO-San-Crist%C3%B3bal.pdf>

<sup>17</sup> Pedro Nikken, “Constitución venezolana de 1999: la habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 83; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas julio-septiembre (2000): pp. 12-14.

<sup>18</sup> Pedro Nikken, “Constitución venezolana de 1999: la habilitación... p. 14.

- El abuso del instrumento de la habilitación afecta la calidad de la democracia, el principio de la consulta obligatoria de los proyectos de ley, el principio de la participación institucional y ciudadana en el proceso legislativo, la seguridad jurídica<sup>19</sup>, y el principio de representación que es el fundamento del concepto de ley como expresión de la voluntad general<sup>20</sup>.

- Se trata de un sistema contrario al principio de representación, en virtud del cual la ley es expresión de la voluntad general y no del poder ejecutivo, por lo que es contrario al principio de separación de poderes<sup>21</sup>.

- La delegación legislativa al Presidente de la República no puede configurarse como un mecanismo para evadir el cumplimiento de la obligación constitucional de consulta pública, por lo que los proyectos de decreto-ley deben consultarse en la misma forma exigida en la Constitución para la Asamblea Nacional, con el fin de promover la participación ciudadana en la gestión pública<sup>22</sup>.

- Las materias que componen, tradicionalmente, la noción de estricta reserva legal, están, en el diseño de los tipos normativos en la Constitución, reservados a las leyes orgánicas<sup>23</sup>.

- Si bien las materias en las cuales pueden dictarse los decretos-leyes deben ser especificadas en la ley habilitante con detalle suficiente como para asegurar que los decretos-leyes queden vinculados y limitados a la ley, hay materias que, conforme a los principios republicanos, deben quedar fuera de esa habilitación<sup>24</sup>.

- Las leyes habilitantes que dicte la Asamblea Nacional delegando la potestad legislativa al Presidente de la República no pueden referirse a normativa alguna que implique

---

<sup>19</sup> Alfredo Morles Hernández. “La deslegalización de la materia del contrato de seguro”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nro. 3 (2019).

<sup>20</sup> José Ignacio Hernández: “La ley habilitante 2013: un atentado a los principios republicanos”, en *Revista de Derecho Público*, N° 136; Editorial Jurídica Venezolana, octubre-diciembre (2013): p. 143.

<sup>21</sup> José Ignacio Hernández: “La ley habilitante 2013: un atentado a los... pp. 142-147.

<sup>22</sup> Allan R. Brewer Carias, “El Régimen Constitucional de los Decretos Leyes y de los...”

<sup>23</sup> Carlos E. Weffe H, “Delegación Legislativa y Libertad. La Ley Habilitante de 2010 y su relación con la Libertad”, en *Revista de Derecho Público, estudios sobre los decretos leyes 2010-2012*, Editorial Jurídica Venezolana N° 130 abril junio (2012): p. 56.

<sup>24</sup> José Ignacio Hernández: “La ley habilitante 2013: un atentado a los... p. 144.

**Diego Thomas Castagnino**

la limitación de derechos y garantías constitucionales, ya que violaría el principio de la reserva legal como garantía constitucional fundamental de tales derechos<sup>25</sup>.

El sector de la doctrina que considera que la reserva legal es indelegable recomienda modificar el texto constitucional para impedir que continúe cobrando fuerza esta tendencia de la rama ejecutiva de arrebatar la función legislativa<sup>26</sup>.

### **Posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha sostenido que la reserva legal nacional ha sufrido “considerables matizaciones”, una vez superado el dogma según el cual sólo el órgano parlamentario -depositario de la voluntad popular- podría válidamente dictar normas dirigidas a la colectividad<sup>27</sup>, pues la Constitución de 1999, por intermedio de decreto con fuerza de ley propiamente dicho, permite al Presidente de la República en Consejo de Ministros regular materias, en principio o por regla general, reservadas a la Asamblea Nacional, en otras palabras, le permite “incidir en aspectos que en principio le están vedados”<sup>28</sup>.

Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional, no existe un límite material en cuanto al objeto o contenido del decreto ley<sup>29</sup>.

Para Peña Solís<sup>30</sup> la reserva legal nacional comporta una obligación para el Parlamento de legislar en determinadas materias, pero considera que dicho concepto se ha

---

<sup>25</sup> Allan R. Brewer Carías, “El Régimen Constitucional de los Decretos Leyes y de los...

<sup>26</sup> Tomás Arias Castillo, “Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República (1999-2012)”, *Revista de Derecho Público*, N° 130; Editorial Jurídica Venezolana, abril-junio (2012): pp. 398-399.

<sup>27</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 10 de julio de 2007. Caso: L.B. Aguilera en solicitud de revisión. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 25 de marzo de 2008. Caso: B.D. Huisse en apelación.

<sup>28</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 8 de junio de 2006. Caso: Juicio de Confederación Venezolana de Industriales (Conindustria).

<sup>29</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1716 del 19 de septiembre de 2001. Caso: Revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

<sup>30</sup> José Peña Solís, “La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana”, *Colección de Estudios Jurídicos*, No. 10. Tribunal Supremo de Justicia (2005): p. 116.

relativizado con el otorgamiento de la potestad normativa a los gobiernos, en las Constituciones, mediante la figura del decreto con fuerza de ley propiamente dicho.

Un sector de quienes coinciden con el criterio de la Sala Constitucional, recomienda modificar la Constitución, pero para crear un procedimiento expreso de elaboración de decreto con fuerza de ley por parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros, que incorpore la participación del pueblo en el proceso de formación de los decretos con fuerza de ley, especialmente, en materias consideradas de reserva legal nacional en sentido amplio<sup>31</sup>.

## **II. LA RESERVA LEGAL MERCANTIL**

El Derecho Mercantil es un conjunto de normas de derecho privado que regula la realización de una serie de actos clasificados por la ley como de comercio y establece obligaciones para quienes los ejecutan de una manera profesional. Históricamente, el Derecho Mercantil ha sido el derecho de los comerciantes y el derecho de los actos de comercio.

El ejercicio del comercio tiene implicaciones directas en el acontecer económico. El carácter lucrativo de los actos de comercio que son ejecutados ya sea por el comerciante individual como por el comerciante moral, nos recuerdan que el comerciante es definitivamente un sujeto peculiar, que requiere de una atención especial por parte del Estado, sea para promoverlo, protegerlo o limitarlo, pero siempre con ánimo de garantizar que exista un cierto equilibrio en el mercado.

El artículo 299 de la Constitución señala que el Estado junto con la iniciativa privada, deberá promover el desarrollo armónico de la economía. Así, la propia Constitución emplaza al Estado a intervenir en la economía, pero siempre en pro del beneficio colectivo, del crecimiento económico y de su estabilidad duradera.

---

<sup>31</sup> Loiralith Chirinos Portillo, Fabiola del Valle Tavares y Michelle Lagioia Fossi, “Participación y reserva legal nacional en sentido amplio en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, *Omnia*, Año 21, Nro. 2 (mayo-agosto, 2015): pp. 36 – 52.



**Diego Thomas Castagnino**

Resulta indudable la importancia y el impacto que tienen los empresarios en la economía, razón por la cual, a medida en que el Estado les respete sus derechos constitucionales, se contribuirá con la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos de bienes y servicios, se generarán empleos, y se pagarán impuestos.

Por otro lado, la exposición de motivos de la Constitución señala que se reconoce como esencial la acción reguladora del Estado para establecer un marco normativo estable que brinde seguridad jurídica a la actividad económica, postulando una economía abierta a las inversiones extranjeras y garantizando que estas estarán sujetas a las mismas condiciones que la inversión nacional.

No cumplir con tales postulados se produciría una pérdida de la confianza por parte de los empresarios, se ahuyentarían a los inversionistas extranjeros, no se generarían nuevos puestos de empleos, se disminuiría la oferta de bienes y servicios, se afectaría el sano equilibrio entre oferta y demanda, generando desabastecimiento y escasez.

La legislación mercantil es considerada constitucionalmente de reserva legal, ya que el artículo 156.32 de la Constitución la considera de competencia del Poder Público Nacional, y el artículo 187 *ejusdem* señala que le corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de competencia nacional.

La reserva legal en materia mercantil tiene múltiples justificaciones, entre ellas, garantizar el respeto al principio constitucional de libertad de empresa y libertad económica, por lo cual, cualquier vulneración a la reserva legal en materia mercantil debe ser considerado como un acto inconstitucional.

El profesor Alfredo Morles Hernández ha señalado que la intervención del Estado en la economía se manifiesta de dos maneras: mediante una intervención normativa, a través de la regulación de la actividad económica, y por medio de la intervención directa, en la realización de actividades económicas por el Estado o por entes públicos<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Alfredo Morles Hernández, “Curso de Derecho Mercantil. Introducción. La empresa. El empresario”, Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello, (2014): p. 171.

Señala José Ignacio Hernández que, los actos de comercios y los comerciantes además de estar regulados por el Código de Comercio, con la Constitución de 1999 pasaron a regirse también por normas de derecho público, específicamente por normas imperativas que limitan la autonomía empresarial privada como consecuencia de los emplazamientos que derivan de la cláusula del Estado social establecida en el artículo 2º de la Constitución<sup>33</sup>.

De esta manera, existe un conjunto de normas de derecho público que disciplinan al comerciante y al ejercicio de los actos de comercio. Resulta importante destacar que para el ejercicio de la libertad económica hace falta la presencia del Estado, materializada mediante un ordenamiento normativo que lejos de afectar a la libertad económica, la potencie y la refuerce.

Señala Allan Brewer-Carías<sup>34</sup> que las limitaciones a la libertad económica de los particulares están directamente relacionadas con las potestades interventoras que el ordenamiento jurídico ha venido dando al Estado, siendo que la clásica forma de intervención del Estado en el proceso económico ha sido la regulación, por razones de interés público o social. Así, el legislador tiene un rol de árbitro del interés social, y sancionará una limitación a la libertad económica según la oportunidad y conveniencia.

La propia Constitución de 1999 realiza una remisión constante a la “ley” como fuente de regulación o limitación, por ejemplo:

1. Toda persona tiene el derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho (artículo 52 de la Constitución).
2. Toda persona tiene el derecho de reunirse, pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas. Las reuniones en lugares públicos se regirán por la ley (artículo 53 de la Constitución).

---

<sup>33</sup> José Ignacio Hernández, “Regulación económica y derecho mercantil venezolano a comienzos del siglo XXI”, *Revista Foro Derecho Mercantil*, N° 21, octubre – diciembre (2008): pp. 07-47.

<sup>34</sup> Allan R. Brewer-Carías: “La intervención del Estado en la actividad mercantil”. *Jornada de derecho mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello (1978): p. 531.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 60 de la Constitución).

4. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia (artículo 98 de la Constitución).

5. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social (artículo 112 de la Constitución).

6. El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos serán penados severamente de acuerdo con la ley (artículo 114 de la Constitución).

7. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes (artículo 115 de la Constitución).

8. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y

a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos (artículo 117 de la Constitución).

Si bien son múltiples los casos en donde la Constitución remite expresamente a la ley como fuente de limitación para las garantías constitucionales, y es la propia Constitución la que define a la ley como el acto sancionado por la Asamblea Nacional como órgano legislador, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que no existe limitación en cuanto a la jerarquía del decreto ley que pueda dictarse con ocasión de una ley habilitante, por lo cual podría adoptar no sólo el rango de una ley ordinaria sino también de una ley orgánica<sup>35</sup>. Sin embargo, nos preguntamos, ¿habrá sido esta la verdadera intención del constituyente?, ¿por qué entonces el constituyente calificó de reserva legal a determinadas materias como la mercantil?

Lo cierto es que la interpretación del máximo Tribunal de la República para el momento de elaboración del presente trabajo, es que el Ejecutivo Nacional puede legislar mediante decretos leyes inclusive en materias calificadas de reserva legal. Posición que no comparte quien suscribe este artículo por los motivos siguientes:

1. La Constitución al calificar de reserva legal a la materia mercantil, hace referencia al conjunto normativo que tiene por objeto regular al comerciante (individual o colectivo) y a su actividad, que no es otra cosa que la ejecución de actos de comercios (objetivos o subjetivos).
2. Al regular al comerciante y a su actividad, se debe tomar en cuenta que se pueden afectar intereses económicos y sociales.
3. Toda regulación en materia mercantil debe garantizar los derechos constitucionales a la libertad de empresa, libertad económica, derecho de propiedad, libre asociación, y libre contratación, en caso contrario se estaría

---

<sup>35</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1716 del 19 de septiembre de 2001. Caso: Revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

**Diego Thomas Castagnino**

afectando no solo los intereses individuales de los comerciantes, sino que impactaría negativamente en el desarrollo armónico de la economía.

4. Por los impactos que puede causar la regulación mercantil, resulta indispensable que sean los diputados como representantes de los ciudadanos, quienes discutan sobre su conveniencia y articulado, hagan consultas públicas, escuchen a las partes involucradas, reciban propuestas por parte de las cámaras de comercio, y que garanticen que se trate de un proceso de elaboración de ley transparente e incluyente, con propósito de impactar positivamente en la economía y respetando, en todo momento, los derechos constitucionales.
5. La figura del decreto ley debe interpretarse como una fuente de derecho excepcional, y que pueda ejercerse únicamente en casos de verdadera y auténtica urgencia y necesidad.
6. Respetar el orden de producción de las leyes es respetar la separación de los poderes públicos, lo cual viene a ser un termómetro de la calidad democrática de un país.

### **III. LA GESTIÓN DE LA HABILITANTE POR PARTE DEL EJECUTIVO NACIONAL**

La problemática de la reserva legal en Venezuela no se limita únicamente en la posibilidad o no de que sea delegada por la Asamblea Nacional a favor de Presidente de la República en virtud de una ley habilitante. Tal y como se reseñará a continuación, el Poder Ejecutivo haciendo uso de las facultades delegadas incumple constantemente con los mínimos exigidos para su correcto ejercicio, provocando, entre otras cosas, vulneración a derechos fundamentales y un grave atentado a la seguridad jurídica.

Así, el principio constitucional de reserva legal es violado continuamente, y en el ámbito específico del derecho mercantil genera un ambiente de indefensión, vulnera la garantía de libertad económica, y produce desconfianza en el sistema, ahuyentando a los inversionistas, generando desempleo, desabastecimiento, escasez y competitividad en el mercado.

A los fines de demostrar que la gestión de las leyes habilitantes por parte del Ejecutivo Nacional ha estado plagada de irregularidades, a continuación, se enumerarán algunos casos en donde queda en evidencia la vulneración de principios fundamentales:

**Decreto N° 1.550 con fuerza de ley de los fondos y sociedades de capital de riesgo<sup>36</sup>**  
**Falta de especificidad en cuanto a la materia delegada mediante la ley habilitante**

En el marco de la primera ley habilitante<sup>37</sup> sancionada durante la vigencia de la recién promulgada Constitución de 1999, el Ejecutivo Nacional dictó el decreto ley de fondos y sociedades de capital riesgo junto con otros 48 decretos-leyes.

Dejando de lado la polémica ya explicada respecto a la posibilidad de delegar en el Presidente de la República la facultad de legislar en materias de reserva legal, específicamente en materia mercantil, en este caso se criticó la amplitud de la delegación otorgada. Resulta, que la ley habilitante fue redactada de manera amplia, abierta e imprecisa, vulnerando las exigencias mínimas que debe tener toda ley habilitante.

Al respecto se ha pronunciado Gerardo Fernández<sup>38</sup>, señalado que toda ley de habilitación debe precisar claramente el ámbito de su habilitación, de lo contrario, se le estaría otorgando al Ejecutivo Nacional un cheque en blanco, por lo que la ley habilitante no debe ser general ni abstracta.

**Decreto N° 1.415 con rango, valor y fuerza de ley antimonopolio**

**Violación a la temporalidad fijada en la ley habilitante y a la garantía constitucional de la legalidad de las penas y sanciones**

La Asamblea Nacional aprobó el 19 de noviembre de 2013 otorgarle al Presidente de la República una ley habilitante para un lapso de 12 meses, bajo la justificación de la lucha contra la corrupción, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6112 del 19 de noviembre de 2013.

---

<sup>36</sup> Gaceta Oficial N° Extraordinario 5.554 del 13 de noviembre de 2001.

<sup>37</sup> Ley Habilitante sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la Gaceta Oficial Nro. 37.076, de fecha 13 de noviembre de 2000.

<sup>38</sup> Gerardo Fernández, “La facultad Extraordinaria del Artículo 190, Ordinal 8° de la Constitución”, *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Administrativo*, Nro. 3, Editorial Jurídica Venezolana, (1992): 116.

Haciendo uso de dicha ley habilitante, el Presidente de la República dictó 56 Decretos-Ley, entre los cuales se encuentra el decreto con rango, valor y fuerza de ley antimonopolio, cuyo objeto es: promover, proteger y regular el ejercicio de la competencia económica justa, con el fin de garantizar la democratización de la actividad económica productiva con igualdad social, que fortalezca la soberanía nacional y propicie el desarrollo endógeno, sostenible y sustentable, orientado a la satisfacción de las necesidades sociales y a la construcción de una sociedad justa, libre, solidaria y corresponsable, mediante la prohibición y sanción de conductas y prácticas monopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandas concertadas, concentraciones económicas y cualquier otra práctica económica anticompetitiva o fraudulenta.

Sin embargo, tal y como lo señala Alejandro Gallotti<sup>39</sup>, en el marco de dicha ley habilitante, algunos de los decretos fueron emitidos y publicados en Gaceta Oficial fuera del lapso concedido por la Asamblea Nacional. La habilitación vencía el 19 de noviembre de 2014, pero, el Presidente continuó publicando durante días y hasta semanas después el texto de numerosas leyes habilitadas (siempre colocando como fecha 18 o 19 de noviembre de 2014).

Un ejemplo de ello es precisamente el decreto con rango, valor y fuerza de ley antimonopolio, el cual fue publicado en la Gaceta Oficial N° 6.151 Extraordinario con fecha del 18 de noviembre de 2014, pero, en realidad circuló públicamente el 24 de noviembre de 2014<sup>40</sup>, y, además, fue objeto de reimpresión en la Gaceta Oficial N° 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

Resulta un grave incumplimiento al límite objetivamente impuesto por la Asamblea Nacional de acuerdo con lo establecido en el artículo 203 de la Constitución de 1999. Es por lo que, los decretos leyes dictados fuera del plazo deben ser considerados nulos de nulidad absoluta por inconstitucionalidad.

---

<sup>39</sup> Alejandro Gallotti, “La reiterada inobservancia a los límites de la delegación legislativa”. *Revista de Derecho Público*. N° 140, (2014): p. 93.

<sup>40</sup> Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana, “Introducción. Decretos Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2013-2014”. *Revista de Derecho Público*, Nro. 140, (2014): p. 22.

**Diego Thomas Castagnino**

Por otro lado, el decreto con rango, valor y fuerza de ley antimonopolio viola la garantía constitucional de la legalidad de las penas y sanciones, consagrada en el artículo 49.6 de la Constitución, al establecer, por ejemplo, en su artículo 54, que toda infracción a la ley y a sus reglamentos “no castigada expresamente, será sancionada con multa entre el uno por ciento (1%) y el veinte por ciento (20%) del valor del patrimonio del infractor, según la gravedad de la falta, y a juicio de la Superintendencia Antimonopolio”.

### **Decreto N° 2.092 con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos<sup>41</sup>**

#### **Violación a la prohibición de establecer delitos y penas privativas de libertad**

Desde el decreto ley de costos y precios justos publicado en la Gaceta Oficial N° 39.715 del 18 de julio de 2011, luego el Decreto N° 600 mediante el cual se dictó el decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos publicado en la Gaceta Oficial N° 40.340 de fecha 23 de enero de 2014, reformado parcialmente mediante decreto 1.467 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.156 de fecha 19 de noviembre de 2014 y este último Decreto 2.092 con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos publicado inicialmente en la Gaceta Oficial N° 6.202 de fecha 8 de noviembre de 2015 y corregido mediante aviso oficial publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015, se ha pretendido establecer regulaciones relacionadas con la determinación de precios, limitaciones al margen de ganancias, la fiscalización de la actividad económica y comercial de toda persona nacional o extranjera que haga vida en nuestro país, entre otros particulares.

El Decreto N° 2.092 con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos fue dictado por el Presidente de la República valiéndose de la Ley Habilitante que le fue conferida por la Asamblea Nacional bajo la Gaceta Oficial N° 6.178 Extraordinario, de fecha 15 de marzo de 2015, promulgada con el propósito de reforzar los derechos de soberanía y protección del pueblo venezolano y el orden constitucional de la República.

---

<sup>41</sup> Gaceta Oficial N° 40.340 del 23 de enero de 2014.



Señala Nayibe Chacón Gómez<sup>42</sup> que no se conocen antecedentes legislativos donde se estableciera por autoridad alguna, un monto máximo del porcentaje para el margen de ganancia, como lo hace el artículo 32 de este decreto-ley, donde se establece como competencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), atendiendo criterios científico, tomando en consideración las recomendaciones emanadas de los ministerios del poder popular con competencia en las materias de comercio, industrias y finanzas, la fijación de dicho margen de ganancia de cada actor de la cadena de comercialización, que en ningún caso excederá de 30 puntos porcentuales de la estructura de costos del bien o servicio.

Establecer un límite máximo al margen de ganancia significa limitar la libertad económica. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>43</sup> ha señalado que es posible la regulación de los precios en el marco de una economía social de mercado siempre y cuando se respete la reserva legal.

Sin embargo, siguiendo a José Ignacio Hernández, la libertad de empresa y la propiedad privada al ser derechos constitucionales, su limitación no puede afectar el conjunto de atributos básicos que conforman su núcleo duro, es decir, los atributos que caracterizan a esos derechos tal y como fueron recogidos en la Constitución. Tales atributos están conformados por la autonomía privada, razón por la cual, la libertad de empresa debe ser consecuencia del ejercicio de la autonomía del empresario, incluso, en cuanto al uso, goce y disposición de sus bienes<sup>44</sup>.

De tal manera que, la ley orgánica de precios justos al limitar el margen de ganancia de las empresas y eliminar en consecuencia la libertad de precios, desnaturaliza los atributos básicos de la libertad de empresa, incrementando cada vez más el número de empresarios que prefieren cerrar operaciones antes que tener que lidiar con este tipo de limitaciones,

---

<sup>42</sup> Nayibe Chacón Gómez, “Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que «precios justos»”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 9, (2017): p. 152.

<sup>43</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional en sentencia N° 2641 del 01 de octubre de 2003. Caso: Inversiones Parkimundo, C.A.

<sup>44</sup> José Ignacio Hernández, “La Constitución económica y los decretos Leyes dictados en ejecución de la Ley Habilitante 2013”, *Revista de Derecho Público*. Nro. 140, (2014): p. 198.

afectando, además, el derecho de los consumidores y usuarios a seleccionar bienes y servicios de su preferencia.

En cuanto al establecimiento de sanciones administrativas y penas privativas de libertad mediante decretos leyes, Juan Domingo Alfonzo Paradisi<sup>45</sup> advierte que se vulnera el principio de reserva legal, según el cual sólo a través de leyes pueden establecerse delitos y penas privativas de libertad tal y como lo prevé el artículo 49.6 de la Constitución vigente: “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

Independientemente de que el artículo 236.8 de la Constitución de 1999 no previó límites constitucionales al establecer el mecanismo de delegación, ello no puede desconocer las limitaciones constitucionales que se establecen en otras normas de la Constitución, como, por ejemplo, el citado artículo 49.6.

### **Decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora<sup>46</sup>**

#### **Violación a la temporalidad establecida en la ley habilitante**

En la ley habilitante de 2015<sup>47</sup>, la Asamblea Nacional autorizó al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en materia de garantía reforzada de los derechos de soberanía y protección del pueblo venezolano y el orden constitucional de la República.

La habilitación otorgada al Presidente de la República para legislar estuvo vigente desde su publicación en la Gaceta Oficial hasta el 31 de diciembre de 2015. El día 30 de diciembre de 2015, se dictó el decreto presidencial N° 2.178 sobre la actividad aseguradora, el cual fue publicado en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.211 de 30 de diciembre de 2015.

---

<sup>45</sup> Juan Domingo Alfonzo Paradisi, “Comentarios en cuanto al decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015”, *Revista de Derecho Público*, Nro. 143-144, (2015): p. 238

<sup>46</sup> Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.211 del 30 de diciembre de 2015.

<sup>47</sup> Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.178 del 15 de marzo de 2015.

**Diego Thomas Castagnino**

El referido decreto-ley fue reimpresso por “fallas en los originales”, en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.220 de 15 de marzo de 2016. De acuerdo con el artículo 4° de la Ley de Publicaciones Oficiales<sup>48</sup> cuando haya evidente discrepancia entre el original y la impresión de una ley se la volverá a publicar corregida en la Gaceta Oficial, acompañando un Aviso Oficial señalando en que consistió el error. Así mismo, dispone la referida Ley de Publicaciones Oficiales que, bajo dicho supuesto, la ley se tendrá por promulgada desde su primera publicación, pero no podrá darse efecto retroactivo a la corrección.

En la reimpresión del decreto-ley sobre la actividad aseguradora se omitió incluir el Aviso Oficial exigido por la Ley de Publicaciones, pero de una simple comparación entre ambos textos se puede verificar la omisión de títulos, epígrafes o denominaciones de artículos, lo cual no resulta preocupante. Sin embargo, también se detecta que en la versión del 30 de diciembre de 2015 se contó con la disposición derogatoria primera, la cual derogaba expresamente a la Ley de la Actividad Aseguradora publicada en la Gaceta Oficial N° 39.481 de fecha 5 de agosto de 2010, pero en el texto de la reimpresión se omitió toda referencia a la derogatoria de dicha ley, y se incluyó una derogatoria genérica a todas las leyes anteriores a ésta.

Señala Alfredo Morles Hernández que, al derogar la Ley del Contrato de Seguro sin excepción alguna, el decreto-ley de la actividad aseguradora resucitó las normas que sobre seguros se encuentran en el Código de Comercio desde 1842 hasta el 30 de octubre de 2001, salvo que alguna fuera contraria a la Ley de la Actividad Aseguradora<sup>49</sup>.

Resulta que con la derogatoria genérica de la Ley del Contrato de Seguro, se derogó su disposición derogatoria única, colocada después del artículo 128, norma que disponía: “Se derogan los artículos comprendidos entre el 548 y 611, ambos incluidos, del Título XVIII, Libro Primero del Código de Comercio vigente a partir del 19 de diciembre de 1919, reformado parcialmente por leyes del 30 de julio de 1938, 17 de agosto de 1942, 19 de

---

<sup>48</sup> Gaceta Oficial N° 20.546 del 22 de julio de 1941.

<sup>49</sup> Alfredo Morles Hernández. “La deslegalización de la materia del contrato de seguro...”

septiembre de 1942 y 23 de julio de 1955, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 475”.

Con este caso queda en evidencia una mala praxis recurrente por parte tanto del Ejecutivo Nacional como de la Asamblea Nacional, de modificar un texto legal bajo la excusa de “reimpresión por fallas en los originales”.

Independientemente de la posición que se asuma respecto a la posibilidad de que mediante una ley habilitante se delegue al ejecutivo la potestad de legislar en materia mercantil, no debería existir debate en torno a rechazar prácticas como la ocurrida con el decreto ley sobre la actividad aseguradora, en virtud de la cual, 3 meses después reimprimen el decreto con cambios que van mas allá de una simple corrección, afectando materialmente su contenido, y por ende, violando los parámetros de temporalidad de la ley habilitante y por consecuencia, violando el principio constitucional de reserva legal.

### **Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora<sup>50</sup>**

#### **Subdelegación ilegal de las facultades legislativas**

Con el decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora se presentó otro problema. El Presidente de la República subdelegó implícitamente en la Superintendencia de la Actividad Aseguradora las facultades legislativas que recibió en virtud de la ley habilitante del 2015, al darle la facultad de dictar normas que regulen el contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora.

Además, le otorgó a la Superintendencia un lapso para que se dictaran esas normas cuya extensión excedió a la temporalidad otorgada por la Asamblea Nacional en la ley habilitante. Dejando de lado el debate sobre si el Presidente estaba facultado o no para subdelegar a la Superintendencia, las normas fueron dictadas fuera del lapso de 180 días fijados por la disposición transitoria del decreto-ley sobre la actividad aseguradora publicada el 30 de noviembre de 2015, norma que no fue modificada en la reimpresión posterior.

---

<sup>50</sup> Resolución N° FSAA-9-00661 de fecha 11 de julio de 2016, emitida por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicada en la Gaceta Oficial N° 40973 de fecha 24 de agosto de 2016.

**Diego Thomas Castagnino**

Así, las Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora fueron dictadas mediante la Resolución N° FSAA-9-00661 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora de fecha 11 de julio de 2016, y publicada en la Gaceta Oficial N° 40.973 de fecha 24 de agosto de 2016. De tal manera que, la Superintendencia ejerció la actividad subdelegada de manera extemporánea.

Advierte Alfredo Morles Hernández que si bien no se cuenta con una norma expresa en la Constitución que permita que el Presidente pueda delegar las facultades de legislar que le hayan sido atribuidas por ley habilitante, es de la esencia de dicha habilitación que la potestad delegada será ejercida por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y no por otras personas<sup>51</sup>.

En todo caso, se debe resaltar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 156.32 de la Constitución, la legislación en materia de bancos y seguros es de la competencia del Poder Público Nacional, que como se indicó anteriormente, se trata de la Asamblea Nacional.

En el presente caso se evidencia una degradación del rango constitucional de la ley de la materia de seguros. Resulta inadmisibles concebir que los reglamentos puedan regular materias objeto de reserva legal o infringir normar con dicho rango.

Tal y como lo señala Manuel Rodríguez Costa<sup>52</sup>, la deslegalización de las normas que regulan el contrato de seguro, impuesta por el decreto-ley de la actividad aseguradora, resulta absolutamente inconstitucional y en consecuencia las Normas dictadas por el organismo de supervisión resultan nulas de nulidad absoluta por violar el principio de reserva legal.

Luego de revisar los casos antes señalados, se llega a la conclusión de que en la actualidad ha quedado demostrado que permitir la delegación al Ejecutivo Nacional de asuntos considerados de reserva legal, ha provocado graves violaciones a garantías constitucionales, especialmente a las libertades económicas, razón por la cual, se recomienda que ante una eventual modificación del Texto Constitucional se tome en cuenta que, tal y

---

<sup>51</sup> Alfredo Morles Hernández. “La deslegalización de la materia del contrato de seguro...”

<sup>52</sup> Manuel Rodríguez Costa, “Constitucionalidad de las normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nro. 3, (2019).

como lo señala José Ignacio Hernández, la reserva legal no es puramente un concepto formal, en tanto es también un concepto material que exige la concurrencia del representante del pueblo. En ciertos temas, no basta por ello con una ley formal: la reserva exige que sea el Poder Legislativo, como representante del pueblo, quien dicte la ley<sup>53</sup>.

## CONCLUSIONES

1. El principio constitucional de reserva legal se refiere a una orden constitucional de que determinadas materias deban ser reguladas exclusivamente por normas sancionadas por el órgano legislativo. Se trata de una verdadera garantía del orden democrático, que procura proteger el principio de representatividad de la ciudadanía en el poder legislativo.

2. Con la Constitución de 1999 se modificó el régimen de la delegación legislativa para que el Ejecutivo Nacional quede habilitado para dictar decretos con fuerza de ley, pasando de un sistema de delegación con claros límites en cuanto a su contenido material, a un sistema amplio sin limitaciones.

3. El actual régimen de delegación legislativa a favor del Presidente de la República ha sido criticado por su amplitud, no adaptación a la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos, por afectar la calidad de la democracia, violar los principios de la consulta obligatoria de los proyectos de ley, participación institucional y ciudadana en el proceso legislativo, seguridad jurídica, y el principio de representación.

4. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que, la reserva legal nacional ha superado el dogma según el cual sólo el órgano parlamentario podría válidamente dictar normas dirigidas a la colectividad, pues la Constitución de 1999, por intermedio de decreto con fuerza de ley propiamente dicho, permite al Presidente de la República en Consejo de Ministros regular materias, en principio o por regla general, reservadas a la Asamblea Nacional.

---

<sup>53</sup> José Ignacio Hernández, "La ley habilitante 2013: un atentado a los...", p. 144.

5. De acuerdo con el nuevo régimen constitucional, no existe un límite material en cuanto al objeto o contenido del decreto ley.

6. El artículo 299 de la Constitución emplaza al Estado a intervenir en la economía.

7. La legislación mercantil es considerada constitucionalmente de reserva legal, ya que el artículo 156.32 de la Constitución la considera de competencia del Poder Público Nacional, y el artículo 187 *ejusdem* señala que le corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de competencia nacional.

8. Para el ejercicio de la libertad económica hace falta la presencia del Estado, materializada mediante un ordenamiento normativo que lejos de afectar a la libertad económica, la potencia y la refuerza.

9. Toda limitación a una garantía constitucional debe tener una naturaleza legal.

10. Si es la propia Constitución la que define a la ley como el acto sancionado por la Asamblea Nacional como órgano legislador, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que no existe limitación en cuanto a la jerarquía del decreto ley que pueda dictarse con ocasión de una ley habilitante, por lo cual podría adoptar no sólo el rango de una ley ordinaria sino también de una ley orgánica.

11. El Poder Ejecutivo haciendo uso de las facultades delegadas incumple constantemente con los mínimos exigidos para su correcto ejercicio, provocando, entre otras cosas, un grave atentado a la seguridad jurídica.

12. En la actualidad ha quedado demostrado que permitir la delegación al Ejecutivo Nacional de asuntos considerados de reserva legal, ha provocado graves violaciones a garantías constitucionales, especialmente a las libertades económicas.

13. Ante una eventual modificación del Texto Constitucional se recomienda que se tome en cuenta que la reserva legal no es puramente un concepto formal, en tanto es también un concepto material que exige la concurrencia del representante del pueblo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús. “El hecho imponible y su cobertura por el principio constitucional de la legalidad Tributaria”, *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal*, México, Año III, No. 8, Julio (1999).

Arias Castillo, Tomás, “Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República (1999-2012)”, *Revista de Derecho Público*, N° 130; Editorial Jurídica Venezolana, abril-junio (2012).

Balaguer Callejón, Francisco, et al., “Manual de derecho constitucional”, vol. I, 3.a ed., Tecnos (2008).



Brewer-Carías, Allan R., “La intervención del Estado en la actividad mercantil”. *Jornada de derecho mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello (1978).

Brewer-Carías, Allan R., “El Régimen Constitucional de los Decretos Leyes y de los actos de Gobierno” (conferencia, VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, noviembre 2001). Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/892.-839.-EL-REGIMEN-CONSTITUCIONAL-DE-LOS-DECRETOS-LEYES-Y-DE-LOS-ACTOS-DE-GOBIERNO-San-Crist%C3%B3bal.pdf>

Carbonell, Miguel, “Sobre la reserva de ley y su problemática actual”, *Vinculo Jurídico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, México, No. 42, Abril – Junio (2000).

Chirinos Portillo, Loiralith, Fabiola del Valle Tavares y Michelle Lagioia Fossi, “Participación y reserva legal nacional en sentido amplio en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, *Omnia*, Año 21, Nro. 2 (mayo-agosto, 2015)

Chacón Gómez, Nayibe, “Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que «precios justos»”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 9, (2017).

Diez-Picazo Giménez, Luis María, “Sistema de derechos fundamentales”, 4 ed., Aranzadi/Thomson Reuters, (2013).

Fernández, Gerardo, “La facultad Extraordinaria del Artículo 190, Ordinal 8° de la Constitución”, *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Administrativo*, Nro. 3, Editorial Jurídica Venezolana, (1992).

Gallotti, Alejandro, “La reiterada inobservancia a los límites de la delegación legislativa”. *Revista de Derecho Público*. N° 140, (2014).

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Mario Roberto Molano López, “La relación especial de sujeción: estudios”, Universidad Externado de Colombia (2007).

**Diego Thomas Castagnino**

Hernández, José Ignacio, “Regulación económica y derecho mercantil venezolano a comienzos del siglo XXI”, *Revista Foro Derecho Mercantil*, N° 21, octubre – diciembre (2008).

Hernández, José Ignacio, “La ley habilitante 2013: un atentado a los principios republicanos”, en *Revista de Derecho Público*, N° 136; Editorial Jurídica Venezolana, octubre-diciembre (2013).

Hernández, José Ignacio, “La Constitución económica y los decretos Leyes dictados en ejecución de la Ley Habilitante 2013”, *Revista de Derecho Público*. Nro. 140, (2014).

Morles Hernández, Alfredo, “Curso de Derecho Mercantil. Introducción. La empresa. El empresario”, Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello, (2014).

Morles Hernández, Alfredo, “La deslegalización de la materia del contrato de seguro”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nro. 3 (2019).

Nikken, Pedro, “Constitución venezolana de 1999: la habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 83; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas julio-septiembre (2000).

Parejo Alfonso, Luciano, “El concepto del derecho administrativo”, 2.a ed., Universidad Externado de Colombia (2009).

Rodríguez Costa, Manuel, “Constitucionalidad de las normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nro. 3, (2019).

Silva Aranguren, Antonio y Gabriel Sira Santana, “Introducción. Decretos Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2013-2014”. *Revista de Derecho Público*, Nro. 140, (2014).

Solís, José Peña, “La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana”, *Colección de Estudios Jurídicos*, No. 10. Tribunal Supremo de Justicia (2005).

Weffe H, Carlos E., “Delegación Legislativa y Libertad. La Ley Habilitante de 2010 y su relación con la Libertad”, en *Revista de Derecho Público, estudios sobre los decretos leyes 2010-2012*, Editorial Jurídica Venezolana N° 130 abril junio (2012).

## **Legislación**

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

Decreto N° 1.415 con rango, valor y fuerza de ley Antimonopolio. Gaceta Oficial N° 6.151 Extraordinario con fecha del 18 de noviembre de 2014, pero, en realidad circuló públicamente el 24 de noviembre de 2014. Reimpresión en la Gaceta Oficial N° 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

Decreto N° 1.550 con fuerza de ley de los Fondos y Sociedades de Capital de Riesgo. Gaceta Oficial N° Extraordinario 5.554 de 13 de noviembre de 2001.

Decreto N° 2.092 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial N° 40.340 de 23 de enero de 2014.

Decreto-ley N° 2.178 sobre la actividad aseguradora. Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.211 de 30 de diciembre de 2015.

Ley de Publicaciones Oficiales. Gaceta Oficial N° 20.546 del 22 de julio de 1941.

Ley Habilitante sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la Gaceta Oficial Nro. 37.076, de fecha 13 de noviembre de 2000.

Ley Habilitante sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6112 del 19 de noviembre de 2013.

Ley Habilitante sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la Gaceta Oficial N° 6.178 Extraordinario, de fecha 15 de marzo de 2015.

**Diego Thomas Castagnino**

Ley Habilitante sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.178 de 15 de marzo de 2015.

Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora. Resolución N° FSAA-9-00661 de fecha 11 de julio de 2016, emitida por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y publicada en la Gaceta Oficial N° 40973 de fecha 24 de agosto de 2016.

### **Jurisprudencia**

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1716 del 19 de septiembre de 2001. Caso: Revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares de 2001.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 2641 del 01 de octubre de 2003. Caso: Inversiones Parkimundo, C.A.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 8 de junio de 2006. Caso: Juicio de Confederación Venezolana de Industriales (Conindustria).

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 10 de julio de 2007. Caso: L.B. Aguilera en solicitud de revisión.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 25 de marzo de 2008. Caso: B.D. Huisse en apelación.



# 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 THE 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.

**Key words:** 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 1963<sup>1</sup> y modificado en 1965<sup>2</sup> –muy bien recibido por la doctrina comparada<sup>3</sup>– 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 Aranguren<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 103 ss.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 debates<sup>5</sup> en el entonces Congreso de la República, la Ley fue promulgada el 6 de agosto de 1998<sup>6</sup> y entró en vigor el 6 de febrero de 1999<sup>7</sup>. 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”<sup>8</sup>.

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 1897<sup>9</sup>. 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 Venezuela<sup>10</sup>, 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.

Legislativamente, el Derecho internacional privado ocupó desde muy temprano la atención de los juristas<sup>11</sup>. En 1912, Pedro Manuel Arcaya, quien para entonces formaba parte

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> <https://www.mdipc-ucv.com/> (15/07/2020).

<sup>11</sup> 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.



**Claudia Madrid Martínez**

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 Privado<sup>12</sup>. Esfuerzo notable si recordamos que, en el mundo, la primera Ley autónoma de Derecho internacional privado se promulgó en Polonia en 1926<sup>13</sup>.

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 estatutario<sup>14</sup>. 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)<sup>15</sup>, instrumentos modernos como los Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales, aprobados el 19 de marzo de 2015<sup>16</sup> o la Ley Modelo de la OHADAC sobre Derecho internacional privado<sup>17</sup>. Veamos.

---

<sup>12</sup> Texto en: F. Parra Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado...*, ob. cit., 65 ss.

<sup>13</sup> Ley de 2 de agosto de 1926 sobre el Derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales (Gaceta Oficial de Polonia, No. 101).

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> 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.

## **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 Europa<sup>18</sup> 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 Américas<sup>19</sup>, 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)<sup>20</sup>.

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 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,

---

<sup>18</sup> 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).

<sup>19</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

<sup>20</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

**Claudia Madrid Martínez**

y las necesidades de una de las instituciones de más delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional”<sup>21</sup>.

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 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 diverso<sup>22</sup>. Desde luego, “...resulta indispensable que la elección del Derecho sea lógicamente

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Giral Pimentel, José Alfredo, *El contrato internacional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos No. 71, p. 193.

**Claudia Madrid Martínez**

consistente, que se refiera a elementos del contrato que puedan estar sometidos a distintos Derechos sin causar contradicciones”<sup>23</sup>.

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 peruano<sup>24</sup>, 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”<sup>25</sup>. Le siguió México con la reforma al Código Civil de 1988<sup>26</sup>, 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 1989<sup>27</sup>, 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, en 2014 fueron promulgadas la Ley paraguaya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales<sup>28</sup>, normativa inspirada en los ya citados Principios de La Haya; la Ley de

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf> (15/07/2020).

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> [https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion\\_registral/Ley%20del%20Organismo%20Judicial.pdf#](https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion_registral/Ley%20del%20Organismo%20Judicial.pdf#) (15/07/2020).

<sup>28</sup> 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.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Claudia Madrid Martínez**

Derecho internacional privado de la República Dominicana<sup>29</sup>; el Código Civil y Comercial de la Nación argentina<sup>30</sup>; y Ley que adopta el Código de Derecho internacional privado de la República de Panamá<sup>31</sup>. 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 doctrina<sup>32</sup>, no ha podido desprenderse de la aplicación del Derecho del lugar de constitución de la obligación, consagrada en el artículo 9 de la Ley de introducción a las normas de Derecho brasileño<sup>33</sup>.

---

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.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> “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 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.

<sup>33</sup> 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](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”.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Claudia Madrid Martínez

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”<sup>34</sup>. A pesar de las reformas, el artículo 2399 del Código Civil<sup>35</sup> 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 doctrina<sup>36</sup>– 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 autor, “...*this exception is better explained as a recognition of renvoi rather than an express endorsement of a choice of law*”<sup>37</sup>.

En ambos, de hecho, la autonomía conflictual es admitida en materias específicas. En el caso de Brasil, la Ley de arbitraje<sup>38</sup> 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

---

<sup>34</sup> Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 76.

<sup>35</sup> 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”.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Lei No. 9.307, 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem, *Diário Oficial da União*, 24 de setembro de 1996.

**Claudia Madrid Martínez**

“...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 arbitraje<sup>39</sup>, 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 valores<sup>40</sup>, 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”<sup>41</sup>. Este cambio podría cristalizar con la promulgación de la Ley general de Derecho internacional privado, cuyo proyecto ya cuenta con la aprobación de la Cámara de Representantes<sup>42</sup>. 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.

---

<sup>39</sup> Ley No. 19.636 Arbitraje Comercial Internacional, *Diario Oficial*, No. 29.992, 26 de julio de 2018.

<sup>40</sup> *Diario Oficial* No. 24.555, 12 de junio de 1996.

<sup>41</sup> Albornoz, 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.

<sup>42</sup> Versión de 7 de octubre de 2016. En: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/1789064.PDF> (15/07/2020).

**Claudia Madrid Martínez**

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 grupo<sup>43</sup>.

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 autores<sup>44</sup> 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 público<sup>45</sup>, cuyo artículo 1 admite la elección del Derecho aplicable en los contratos con el Estado<sup>46</sup>. Además, esta facultad es admitida en materia de arbitraje comercial internacional<sup>47</sup>.

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 2000<sup>48</sup>, 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

---

<sup>43</sup> Ver principales características de estos sistemas en: Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 56-73.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> *Diario Oficial*, 28 de octubre de 1978.

<sup>46</sup> 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”.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia No. 217, 29 de junio de 2000, *Teresa García Franco v Societá Italiana per Condotte D’Acqua Spa*.



**Claudia Madrid Martínez**

Derecho público ecuatoriano, el autor entiende que se trata de un enfoque que debe adoptarse con cierto grado de cuidado<sup>49</sup>.

En Colombia, por su parte, el artículo 101 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional<sup>50</sup> 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 Comercio<sup>51</sup> 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 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 Colombia<sup>52</sup>.

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

---

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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.

**Claudia Madrid Martínez**

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 arbitral<sup>53</sup>.

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 Interamericana<sup>54</sup>, 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 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”<sup>55</sup>.

Ahora bien, el artículo 2 de los Principios dispone que las partes podrán 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

---

<sup>53</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 37.

<sup>54</sup> Art. 7 *in fine*: “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

<sup>55</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p.

**Claudia Madrid Martínez**

aceptada por la doctrina en la interpretación de los textos correspondientes<sup>56</sup>. 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”<sup>57</sup>.

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 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 internacionales<sup>58</sup>.

El artículo 45 de la Ley Modelo<sup>59</sup> 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

---

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Conferencia de La Hay, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 40-41.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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”.

**Claudia Madrid Martínez**

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 contrato<sup>60</sup>.

#### **A. Forma de expresión de la voluntad de elegir el Derecho aplicable**

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”<sup>61</sup>. Es común –aunque no obligatorio, pues puede ser oral<sup>62</sup>– 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 contratación<sup>63</sup>; puede estar

---

<sup>60</sup> Comentarios al texto articulado, en: J.C. Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., pp. 528-529.

<sup>61</sup> Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 85.

<sup>62</sup> “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.

<sup>63</sup> 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.

**Claudia Madrid Martínez**

en el propio contrato a que se refiere o contenida en un acuerdo separado<sup>64</sup> 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 principal<sup>65</sup>. 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 normativo<sup>66</sup>. Puede también haber elección por referencia a un “factor externo”, como el lugar del establecimiento de una de las partes, entre otros<sup>67</sup>.

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 aplicable<sup>68</sup>. 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 obvia<sup>69</sup>.

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

---

<sup>64</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 145.

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 45.

<sup>68</sup> Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., pp. 85-86.

<sup>69</sup> 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.

**Claudia Madrid Martínez**

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 contrato<sup>70</sup>.

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 elemento más, pero de ninguna manera el determinante, para saber si hubo una elección tácita del Derecho aplicable<sup>71</sup>.

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”<sup>72</sup>. Así, usar un tipo contractual que solo existe en un Estado determinado<sup>73</sup>, usar el lenguaje propio de un ordenamiento jurídico en particular o referirse a sus disposiciones en el texto del contrato<sup>74</sup> son considerados ejemplos de elección tácita. Ello, aunque en los comentarios oficiales a los principios acertadamente se reconoce que no

---

<sup>70</sup> Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina...*, ob. cit., p. 86.

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 44.

<sup>73</sup> 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”.

<sup>74</sup> 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”.

**Claudia Madrid Martínez**

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 concreto<sup>75</sup>.

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 admite respecto de los acuerdos arbitrales, los cuales “...no equivalen a la elección del Derecho

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 momento<sup>76</sup>.

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**

---

<sup>75</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 46-47.

<sup>76</sup> En: Fernández Rozas, (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 529.

**Claudia Madrid Martínez**

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.

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”<sup>77</sup>. 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*<sup>78</sup>, 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”<sup>79</sup>. 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

---

<sup>77</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 155.

<sup>78</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 155.

<sup>79</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 61.



**Claudia Madrid Martínez**

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 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 contrato<sup>80</sup>.

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 contrato<sup>81</sup>, 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

---

<sup>80</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., p. 189.

<sup>81</sup> Así se acepta en: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. p. 146.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Claudia Madrid Martínez**

para la elección del Derecho aplicable, para lo cual habrá de recurrirse al Derecho presuntamente elegido por las partes (art. 6.1.a)<sup>82</sup>. Si ese Derecho confirma la validez de la 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"<sup>83</sup>. 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"<sup>84</sup>. Esta norma, reproducida por el artículo 7 de la Ley paraguaya, constituye "...una clara defensa a favor del cambio..."<sup>85</sup>, 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 escrito<sup>85</sup>, 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, incluidas 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),

---

<sup>82</sup> 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 consideración de las circunstancias del caso concreto, no resulte razonable aplicar el Derecho considerado como elegido por las partes.

<sup>83</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 53.

<sup>84</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 50.

<sup>85</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. pp. 146-147.

**Claudia Madrid Martínez**

basándose en el principio subyacente de favorecer la validez de los contratos (favor negotii)<sup>86</sup>.

## **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 controversias<sup>87</sup>.

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 previsibilidad<sup>88</sup>, destacan el lugar

---

<sup>86</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 51.

<sup>87</sup> dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 100-101. Ver también: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 169.

<sup>88</sup> Madrid Martínez, Claudia, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, p. 453.

**Claudia Madrid Martínez**

de celebración del contrato –aunque en menor medida en la actualidad<sup>89-</sup> y el lugar de su ejecución<sup>90</sup>. 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 útiles<sup>91</sup>, 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

---

<sup>89</sup> 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 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.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> 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**

tenga la relación más estrecha con la relación contractual, es decir, por la aceptación del llamado principio de proximidad, criterio desarrollado por Paul Lagarde<sup>92</sup>, 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 característica<sup>93</sup>.

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 caso<sup>94</sup>. 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, el Convenio de Roma,

---

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> 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**

como su principal fuente de inspiración<sup>95</sup>. 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...”<sup>96</sup>.

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)<sup>97</sup>– tiene que ver con la determinación de lo que ha de entenderse por elementos objetivos y subjetivos del contrato.

Con fundamento en el Informe Siqueiros<sup>98</sup>, Giral Pimentel<sup>99</sup> 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 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

---

<sup>95</sup> En: Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI.5 - CIDIP-V/12/93 - 28 de diciembre 1993, pp. 10, 18 y 37.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> 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”.

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> Giral Pimentel, *El contrato internacional...*, ob. cit., pp. 214-223.

**Claudia Madrid Martínez**

conectan al contrato con la posible aplicación de diversos ordenamientos jurídicos. Además, Giral Pimentel admite la procedencia de una especie de agrupamiento de contactos<sup>100</sup>, 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

---

<sup>100</sup> Así lo hemos entendido en: Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., p. 460.

Claudia Madrid Martínez

cláusulas y circunstancias, anteriores, concomitantes y posteriores al contrato<sup>101</sup>.

Lo que en todo caso parece cierto, según hemos afirmado en otras ocasiones<sup>102</sup>, 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 David<sup>103</sup>– haya afirmado que una fórmula amorfa como la conexión más estrecha significa “...*nothing except, perhaps, that the answer is not ready at hand*”<sup>104</sup>.

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”<sup>105</sup>. 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”<sup>106</sup>.

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 – principio de proximidad–, tal flexibilidad puede “...obstaculizar la realización el objetivo

<sup>101</sup> Moreno Rodríguez, *Arbitraje comercial y de inversiones...*, ob. cit., p. 108.

<sup>102</sup> Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., p. 461.

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> 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.

<sup>106</sup> Albornoz, Une relecture de la Convention interaméricaine..., ob. cit. p. 28.



general de proporcionar seguridad jurídica”<sup>107</sup>. 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 internacionales<sup>108</sup>.

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 material con lo cual se la evalúa como una cláusula contractual cuya validez es sometida al Derecho que rige el contrato.

---

<sup>107</sup> Ver: Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 531.

<sup>108</sup> Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 532.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Claudia Madrid Martínez**

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 ratificación<sup>109</sup>. 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)<sup>110</sup>.

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, 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

---

<sup>109</sup> Ver: Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit. pp. 48-49.

<sup>110</sup> 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**

México y 31 LDIPV– y se limitara, paralelamente, tal posibilidad a las partes contratantes<sup>111</sup>. 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 contractual<sup>112</sup>.

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 preparatorios<sup>113</sup>. 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 arbitraje<sup>114</sup>.

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

---

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> Hernández-Bretón, Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos..., ob. cit., p. 26

<sup>113</sup> Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 108.

<sup>114</sup> 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 Nderland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal, C.A.*, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/172223-rc.000738-21214-2014-14-257.html> [15/07/2020]).

**Claudia Madrid Martínez**

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 contrato<sup>115</sup>.

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 internacional<sup>116</sup>. 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 internacional<sup>117</sup>.

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 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 contrato<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., pp. 472-473.

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> Albornoz, Une relecture de la Convention interaméricaine ..., ob. cit., p. 27.

<sup>118</sup> 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

**Claudia Madrid Martínez**

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 funciones<sup>119</sup>. 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 contrato<sup>120</sup>.

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 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

---

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.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> Ver: Madrid Martínez, *Medios electrónicos de pago...*, ob. cit., pp. 474-475.

**Claudia Madrid Martínez**

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”<sup>121</sup>.

En efecto, el artículo 3 de los Principios de La Haya admite que “[l]as 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 oficiales<sup>122</sup>, 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 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

---

<sup>121</sup> Moreno Rodríguez, José, *Arbitraje comercial y de inversiones. Marco normativo paraguayo. Ley paraguaya sobre contratos internacionales y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2019, pp. 102-103.

<sup>122</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 41-43.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Claudia Madrid Martínez**

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 su aplicación, en definitiva, depende de la autonomía material de las partes<sup>123</sup>. Si los contratantes no han elegido el Derecho aplicable, “...el contrato se rige por las leyes y usos

---

<sup>123</sup> 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**

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 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



**Claudia Madrid Martínez**

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 internacional<sup>124</sup>.

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 consumo<sup>125</sup>, como ocurre por ejemplo con los Principios UNIDROIT<sup>126</sup>. 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 considerada en su momento como exitosa<sup>127</sup>. 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 aplicación<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> Vid. Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., p. 305.

<sup>125</sup> 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.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> 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).

<sup>128</sup> Ver: Siqueiros, *Ley aplicable en materia de contratación internacional...*, ob. cit., pp. 10, 18 y 37.

**Claudia Madrid Martínez**

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 consumo<sup>129</sup>, 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 consumidores<sup>130</sup>, 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.
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.

---

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> 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](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_227_LXXXIX-O-16.pdf) (15/07/2020).

Claudia Madrid Martínez

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”<sup>131</sup>, sigue frustrado.

En el ámbito interamericano, la Ley Modelo OHADAC establece su solución con base en el *Günstigkeitsprinzip*<sup>132</sup>, 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 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

<sup>131</sup> CIDIP VII – Protección al Consumidor. Propuesta conjunta brasileña. [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII\\_proteccion\\_al\\_consumidor\\_propuesta\\_conjunta\\_brasilena.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_propuesta_conjunta_brasilena.htm) (15/07/2020).

<sup>132</sup> 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**

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 consumidor<sup>133</sup>.

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 público<sup>134</sup>. 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, 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 Haya<sup>135</sup>. 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

---

<sup>133</sup> Fernández Rozas, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe...*, ob. cit., 259.

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> "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".

**Claudia Madrid Martínez**

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”<sup>136</sup>.

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”<sup>137</sup>. 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 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

---

<sup>136</sup> Conferencia de La Haya, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 29-30.

<sup>137</sup> 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.

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 subsidiarias<sup>138</sup>. 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 contrata<sup>139</sup>.

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 consumo<sup>140</sup>. 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”.

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

---

<sup>138</sup> Kropholler, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 138.

<sup>139</sup> Boutin, *El régimen jurídico de los contratos...*, ob. cit., pp. 223-224.

<sup>140</sup> Uzal, *Los contratos internacionales en la Argentina...*, ob. cit., pp. 322-323.

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 estableciéndose claramente el Derecho de la residencia habitual del consumidor como aplicable a falta de elección, poco espacio queda para aquella<sup>141</sup>.

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

[l]os contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen:

---

<sup>141</sup> 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.

**Claudia Madrid Martínez**

- 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 adquirieran 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 consumidores<sup>142</sup>.

## 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.

---

<sup>142</sup> 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.



**Claudia Madrid Martínez**

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, 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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, 2006, pp. 203 ss., especialmente, p. 221.

**Claudia Madrid Martínez**

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).

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*.

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

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.

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).

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.

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.

Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

**Claudia Madrid Martínez**

Giral Pimentel, José Alfredo, *El contrato internacional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos No. 71, p. 193.

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.

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.

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.

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.

Hernández-Bretón, 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.

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.

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**

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.

Ley de 2 de agosto de 1926 sobre el Derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales (Gaceta Oficial de Polonia, No. 101).

Ley No. 19.636 Arbitraje Comercial Internacional, *Diario Oficial*, No. 29.992, 26 de julio de 2018.

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.

Ley No. 9.307, 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem, *Diário Oficial da União*, 24 de setembro de 1996.

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.

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, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: P. Borba

**Claudia Madrid Martínez**

- 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.
- 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.
- Moreno Rodríguez, José, *Arbitraje comercial y de inversiones. Marco normativo paraguayo. Ley paraguaya sobre contratos internacionales y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2019, pp. 102-103.
- 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
- 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.
- 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.
- 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
- 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.
- T. Maekelt / E. Hernández- Bretón / C. Madrid Martínez (coords.), *Ley de Derecho internacional privado, derogatorias, concordancias y comentarios*, Caracas,

**Claudia Madrid Martínez**

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Tatiana Maekelt, 8<sup>a</sup> ed. aumentada y corregida, 2020, pp. 83-84.

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.

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

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.

## ROL DEL DERECHO COMPARADO EN LOS PROCESOS DE CODIFICACIÓN NACIONAL. APORTES DEL PROF. ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ

*Victor Hugo Guerra Hernández*

Doctor en Derecho y Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Magistri in Legibus de la Universidad de Harvard. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andres Bello y Central de Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, y del Magdalena, Bogotá-Sta. Marta, Colombia.

### **Resumen:**

La era global ha reforzado la importancia que tiene el Derecho Comparado en los procesos de revisión y codificación nacional. El fenómeno del multilateralismo suma soluciones novedosas al panorama regulatorio, y al ejercicio de la comparación, así como a sus diversas formas de implementación local. El esquema propuesto por la legislación modelo de carácter internacional, invita a los países a mejora de su normativa interna, lo cual se traduce también en la armonización normativa, parcial o total. El derecho comercial, y especialmente el derecho comercial internacional, ha sido un abanderado del uso del Derecho Comparado en la búsqueda de sus soluciones. La regulación del arbitraje comercial internacional, el régimen aplicable a las sociedades mercantiles y a los títulos de crédito, dan cuenta del esfuerzo armonizador, y del rol del Derecho Comparado. Este artículo explora la labor del Parlatino y de sus leyes modelos en la armonización del Derecho, y su vinculación con el Derecho Comparado.

**Palabras clave:** Derecho Comparado. Codificación. Multilateralismo. Leyes modelos. Armonización.

## ROLE OF COMPARATIVE LAW IN DOMESTIC CODIFICATION PROCESSES. CONTRIBUTIONS OF PROF. ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ

### **Abstract:**

The globalization has reinforced the importance of the Comparative Law in the national assessment and codification processes. The phenomenon of multilateralism adds new solutions to the regulatory landscape, and to the application of comparison, as well as its various forms of local implementation. The scheme proposed by international model legislations invite countries to improve their internal regulations, which also translates into partial or total regulatory harmonization. Commercial law, and especially international commercial law, has been a standard bearer for the use of Comparative Law in the search for its solutions. The regulation of international commercial arbitration, the regime applicable to commercial companies and credit instruments, account for the harmonizing effort, and the role of Comparative Law. This article explores the work of the Parlatino and its model laws in the harmonization of Law, and its relationship with the Comparative Law.

**Keywords:** Comparative Law. Codification. Multilateralism. Model laws. Harmonization.



**Victor Hugo Guerra Hernández**

*“La sociedad está bien ordenada cuando los ciudadanos obedecen  
a los magistrados, y los magistrados a las leyes.”*

Solón (638-558 A.C.)

*“Porque la parquedad en las palabras es lo más allegado al silencio preguntaron por qué los  
espartanos eran tan parcós en palabras.”*

Licurgo (800-730 A.C.)

## INTRODUCCIÓN

Agradezco el espacio brindado por mi Alma Mater, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, en ocasión de esta publicación que rinde merecido tributo al Maestro Alfredo Morles Hernández.

En las siguientes líneas expondré algunas nociones sobre el Derecho Comparado, especialmente su rol en la redacción de legislación modelo. Explicaré, igualmente, un caso práctico, a través de la labor realizada por el Parlamento Latinoamericano y Caribeño (“**Parlatino**”), en materia de legislación modelo para la región.<sup>1</sup>

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En términos generales se dice que el Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el ordenamiento jurídico de un determinado país, o de un conjunto de ellos.<sup>2</sup>

La naturaleza del Derecho Comparado es un tema debatido. Nos preguntamos si nos encontramos antes una disciplina jurídica o, por el contrario, si estamos ante la presencia de un método jurídico. El Derecho Comparado puede calificarse hoy como una disciplina *sui generis* del Derecho, la cual desborda los distintos métodos que se pueden utilizar en una comparación.

---

<sup>1</sup> Ver <https://parlatino.org/>

<sup>2</sup> Paolo G. Carozza, Mary Ann Glendon, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell. 3<sup>rd</sup> Edition* (St. Paul, MN. West Academic Publishing Co., Estados Unidos, 2008).

**Victor Hugo Guerra Hernández**

El Derecho Comparado carece de sanciones que sólo el Estado puede coaccionar, como ocurre cuando hay una violación, o un no cumplimiento de normas civiles, mercantiles, internacionales, etc. Es decir, el Derecho Comparado no es una rama del Derecho, como lo podrían ser el Derecho Civil, Mercantil, Constitucional o Penal.<sup>3</sup> Pero tampoco es un simple método jurídico, ya que el Derecho Comparado no se agota en sus métodos de estudio.<sup>4</sup>

Históricamente se le atribuye al jurista alemán del Siglo XVIII, Pablo Anselmo de Feuerbach, la denominación de esta disciplina como Legislación Comparada o Derecho Comparado. Si bien la expresión Derecho Comparado tiene un sentido más amplio, la misma puede resultar confusa, pues como hemos indicado se corre el riesgo de quererla asimilar con otras ramas de la ciencia jurídica, tal y como lo alertó el famoso comparatista francés René David.<sup>5</sup>

Los ejercicios de comparación entre normas o soluciones jurídicas se han realizado desde la antigüedad, y no por simple curiosidad, sino más bien para beneficiarse de las experiencias de otros ordenamientos jurídicos. La tradición atribuye a Solón y a Licurgo el haberse inspirado en el derecho extranjero para elaborar el sistema jurídico con el que, respectivamente, dotaron a las ciudades griegas de Atenas y Esparta.

Se dice que Aristóteles realizó un estudio de las 153 constituciones de Grecia y otras ciudades para ver cuál era el mejor sistema de gobierno. En el caso de la elaboración de la Ley de las XII Tablas en Roma se envió una delegación a Grecia para estudiar su derecho, e inspirarse en él. Enrique VIII creó en 1547 las cátedras reales de Derecho Romano en las universidades de Cambridge y Oxford. Montesquieu trató por medio de la comparación de penetrar en el espíritu de las leyes con objeto de establecer los principios comunes por los que debe guiarse un buen gobierno.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Alan Josué Ramírez Barrón y Karen Rocío Ramírez Sandoval, *El Derecho Comparado* (México, UNAM, 2016), acceso el 30 de julio de 2021, <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2016/05/30/el-derecho-comparado/>

<sup>4</sup> Giorgio Lombardi, *Introducción al Derecho Público Comparado* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987), 11 y ss.

<sup>5</sup> René David, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Madrid, Editorial Jurídica Aguilar, 1969).

<sup>6</sup> José Luis Cascajo Castro y Manuel García Álvarez, *Constituciones extranjeras contemporáneas* (Madrid, Tecnos, 1991), 13 y ss.

**Victor Hugo Guerra Hernández**

El interés por el Derecho Comparado se extendió a Francia, donde se empezó a impartir la cátedra de Legislación Comparada en 1832, fundándose en 1869 en París, la Sociedad de Legislación Comparada. Con el inicio del nuevo siglo, en 1900, se celebró en esta misma ciudad, y en el marco de la gran Exposición Universal, el Primer Congreso Mundial de Derecho Comparado.<sup>7</sup>

Desde la antigüedad hasta nuestros días ha habido una evolución muy importante en el contenido y técnicas del Derecho Comparado. Vale la pena mencionar, por ejemplo, la labor que cumplen actualmente las asociaciones y secciones de institutos dedicados al Derecho Comparado. Uno de ellos es la *American Society of International Law (ASIL)*<sup>8</sup>, cuya misión es fomentar el estudio del Derecho Internacional y Comparado, con el fin de promover el establecimiento y mantenimiento de relaciones internacionales sobre la base del derecho y la justicia.

Otro ejemplo es el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*<sup>9</sup>, en cuyo seno se ha sostenido que la existencia de diferentes países y culturas y, por lo general, también de diversas regulaciones, exige que las áreas del derecho privado y comercial busquen soluciones que no sólo puedan derivarse de los sistemas jurídicos de cada país, si no que, por el contrario, sean el fruto del análisis y comparación de los distintos ordenamientos jurídicos.

El desarrollo del mercado único europeo, la globalización propiciada por la actividad comercial de las empresas transnacionales, así como la creciente internacionalización de nuestra vida diaria, justifican, la existencia y utilidad del Derecho Comparado. Los académicos del Instituto Max Planck se ocupan de analizar las diferencias y similitudes entre diferentes sistemas legales, para desarrollar una base legal común, que permita una comprensión internacional del Derecho, y su aplicación a circunstancias transfronterizas.

---

<sup>7</sup> Diego López-Medina, «El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina», 26 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2015): 117-159, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

<sup>8</sup> <https://www.asil.org/catalog.cfm>

<sup>9</sup> <https://www.mpg.de/150209/private-law> véase también *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* <https://www.mpg.de/150954/comparative-public-law-and-international-law>

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Victor Hugo Guerra Hernández**

Todo ello sin dejar de lado las actividades de este Instituto en materia de cuestiones metodológicas del Derecho Comparado y la unificación del Derecho.

Ahora, *¿Por qué es importante el Derecho Comparado?*

En primer lugar, porque ha habido un aumento exponencial de los intercambios económicos, personales, y culturales entre las naciones, con un incremento innegable de las relaciones jurídicas a nivel transnacional. Vivimos en la Cuarta Revolución Industrial, tal y como lo ha indicado el fundador del Foro Económico Mundial, Klaus Schwab, según la cual el internet de las cosas (IoT por sus siglas en inglés), la inteligencia artificial (AI por sus siglas en inglés) y el manejo masivo de data (Big Data por su denominación en inglés), forman parte de nuestro quehacer diario, y le imprimen una dinámica nueva, con un indudable alcance jurídico transfronterizo.<sup>10</sup>

En segundo lugar, por el carácter transfronterizo o transnacional de los fenómenos cotidianos, el cual demanda una disciplina jurídica que no sea meramente nacional y que, al contrario, le brinde al operador jurídico esa mirada más omnicompreensiva de la situación o problema a resolver. Ello se puede lograr a través del ejercicio comparado, por ejemplo, con el uso de cualquiera de sus métodos, la micro o la macrocomparación. Es decir, en la macrocomparación nos enfocaremos en los ordenamientos jurídicos considerados en su conjunto, por ejemplo, a través del estudio de las grandes familias del Derecho Comparado. Mientras que en la microcomparación nos ocuparemos de sectores o instituciones concretas del ordenamiento jurídico, por ejemplo, los diversos tipos o casos del comercio ilícito.

En tercer lugar, por la ampliación de los sujetos del Derecho Internacional Público, especialmente por la incorporación de los individuos, a partir del extraordinario desarrollo en materia de los Derechos Humanos, particularmente desde finales de la Segunda Gran Guerra Mundial. Las Convenciones europea, africana y americana de Derechos Humanos evidencian el rol que cumple y la importancia que tiene el Derecho Comparado, no sólo en la redacción de estos instrumentos internacionales, sino también en su reconocimiento e implementación por parte de las diversas Cortes de Derechos Humanos.

---

<sup>10</sup> Klaus Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, (New York, Crown Business, 2019).

**Victor Hugo Guerra Hernández**

Una cuarta razón proviene de la existencia del propio sistema multilateral, y específicamente del fenómeno de integración regional y subregional. La creación de la Unión Europea, del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) o del Mercado Común Andino (CAN), son ejemplos claros de una realidad económica, política y cultural, que invita al uso del Derecho Comparado, no sólo para el desarrollo de regulaciones armonizadas e integradoras, sino además para la correcta interpretación y aplicación de tal sistema normativo.<sup>11</sup> Los ejercicios de comparación desbordan el ámbito meramente territorial de los países agrupados bajo un determinado régimen integracionista, estableciéndose también una compleja serie de vasos comunicantes entre ellos, en donde se nutre, dialécticamente, el objeto y fines del Derecho Comparado.

Por último, una perspectiva adicional debe agregarse en esta materia, a partir del planteamiento de los llamados Retos del Milenio del año 2000 de la Organización de las Naciones Unidas, convertidos hoy en los Objetivos y Metas de Desarrollo Sostenible.<sup>12</sup> En esta materia, el Derecho Comparado juega un rol fundamental en el planteamiento, análisis, comprensión e implementación del fenómeno multilateral y su necesaria interacción con los ordenamientos jurídicos locales.

Las razones anteriores son solamente algunos ejemplos de la importancia que tiene hoy el Derecho Comparado. No pretenden ser un catálogo cerrado de su relevancia, especialmente, en un mundo jurídico en permanente transformación.

## **II. EL DERECHO COMPARADO Y LA LEGISLACION MODELO**

Para Jean Paulin Niboyet, el comparatista no tiene por misión transformarse en un importador de cargamentos jurídicos. Al contrario, debe sacar del estudio de ciertos derechos extranjeros un provecho cultural, estar atento y evitar la tentación de copiar el derecho de los

---

<sup>11</sup> Alfredo Morles Hernández, «El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones y sus efectos en la legislación mercantil», *Revista de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, n.º 127, (2007): 280-304. Texto en línea en: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/127/ucv\\_2007\\_127\\_279-304.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/127/ucv_2007_127_279-304.pdf) En este artículo, el Dr. Morles hace varias referencias claves al proceso de integración europeo, y a su regulación, comparándola con la regulación comunitaria andina.

<sup>12</sup> Objetivos y Metas de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

**Victor Hugo Guerra Hernández**

demás, tal y como lo encuentra, y en su lugar de inspirarse de él para crear un nuevo derecho o solución normativa.<sup>13</sup>

Esta advertencia fue resaltada por la Profesora Tatiana B. de Maekelt, en el marco de las Ponencias Venezolanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Budapest, Hungría. La Profesora Maekelt insistía en la importancia de tomar en cuenta los elementos humanos y culturales de cada ordenamiento jurídico, con el fin de poder comprender completamente una determinada norma jurídica. La Dra. Maekelt resaltaba la importancia que tiene la interacción entre el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado. En el mundo moderno se han acelerado los procesos migratorios, por efecto de las nuevas tecnologías y la creciente velocidad de los medios de comunicación y transporte, lo cual ha permitido una interacción cada vez mayor entre los distintos sistemas jurídicos, siendo este el campo fértil para el estudio y los aportes del Derecho Comparado.<sup>14</sup>

El uso del Derecho Comparado ha sido una pieza angular en la evolución del Derecho Mercantil venezolano. En tal sentido, y sin desmerito de la labor de otros importantes académicos y juristas en la materia, debo resaltar el invaluable aporte del Dr. Roberto Goldschmidt a la construcción de un Derecho Mercantil venezolano moderno. Para el Dr. Goldschmidt siempre existió una conexión clave entre el Derecho Mercantil y los estudios de Derecho Comparado.<sup>15</sup>

El Doctor Alfredo Morles, por su parte, conocía muy bien el Derecho Comparado. Fue magister de esta materia en la Universidad norteamericana *Southern Methodist* y sus conocimientos sobre el Derecho Comparado estuvieron reflejados en su labor académica y propuestas normativas. Por ejemplo, el Dr. Morles incorporó las orientaciones del Derecho

---

<sup>13</sup> Jean Paulin Niboyet, *Traité de Droit International Privé Français* (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948).

<sup>14</sup> Tatiana B. De Maekelt, *El Derecho Comparado, sus Métodos, La Unificación del Derecho*, (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1978), 75.

<sup>15</sup> Roberto Goldschmidt, *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*, (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1962). Véanse en esta obra especialmente los temas comparados para el Derecho Mercantil, Tránsito y Derecho de Autor. Igualmente, se puede consultar: Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, (Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, Universidad Católica Andres Bello, 2001), en particular el Capítulo sobre Legislación Comparada y Bibliografía y su Nota de Actualización, 37 y 50, respectivamente. Por último, se puede examinar el rol del Derecho Comparado en la obra de Roberto Goldschmidt, Raul Ramirez, Nayibe Chacón Gomez, *De la enajenación del fondo de comercio en el Derecho Venezolano*, (Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, Universidad Católica Andres Bello, 2010), 35 y ss.

**Victor Hugo Guerra Hernández**

Comparado en el proyecto de reforma de las sociedades mercantiles en Venezuela, a través del análisis doctrinal y regulatorio de legislaciones civiles continentales como la italiana, francesa, española, alemana, así como del sistema anglosajón, especialmente, el norteamericano.<sup>16</sup>

La doctrina extranjera señaló, pertinentemente, que el Dr. Morles era un jurista completo. Su comprensión global de las instituciones jurídicas, la evolución histórica de éstas, y las experiencias propias del Derecho Comparado, hicieron siempre parte de su ejercicio profesional.<sup>17</sup>

Aunque resulte cajonero, la base del Derecho Comparado es la comparación. Si no hay comparación no hay Derecho Comparado. Esta primera noción que parece innecesaria recordarla, es fundamental, pues sirve para terminar con la confusión entre Derecho Comparado y derecho extranjero y para distinguir también claramente el Derecho Comparado del Derecho Internacional Privado y de la unificación legislativa. Ahora bien, antes de seguir avanzando es importante recordar las diferencias que existen entre la noción de sistemas jurídicos y la de familias del Derecho.

Así, el Derecho Comparado cumple una función vital en la estructuración de los distintos sistemas jurídicos, siendo ese uno de sus objetos de estudio. Un sistema jurídico puede ser el conjunto de normas, costumbres, jurisprudencia que rigen en una determinada colectividad. Debido a su número es casi imposible estudiar y compararlos todos. De allí que el Derecho Comparado los reduzca a grupos o familias tomando en cuenta sus afinidades y sus elementos comunes. Una familia del Derecho o jurídica es un conjunto de sistemas jurídicos que comparten determinadas características. El vocablo sistema jurídico se refiere al derecho nacional de un Estado, en tanto que el término familia remite al conjunto de sistemas jurídicos que rebasan las fronteras de una nación.

---

<sup>16</sup> Alfredo Morles Hernández, *Tendencias de la Reforma Mercantil en materia de Sociedades*, (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1981), 176-179.

<sup>17</sup> Carlos García Soto, «La historia del derecho mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 1, (2018): 402. Texto en línea en: <https://www.sovedem.com/primer-edicion>

**Victor Hugo Guerra Hernández**

Los diversos sistemas jurídicos se han agrupado en las siguientes familias: i. La familia neo romanista, del cual hace parte el Derecho Venezolano y la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Algunos autores incluso han llegado a hablar de una familia jurídica del Derecho Latinoamericano. ii. La familia del *common law* o anglosajona, por ejemplo, el Derecho de los Estados Unidos de América, Canadá, Jamaica y Belice en nuestro Continente. iii. Los sistemas religiosos que no llegan a agruparse como familia, pero de los cuales el más importante de estos sistemas es el musulmán, que es el derecho de una comunidad de fieles que profesa la fe islámica. No existe una muestra relevante de este sistema en nuestro Continente. iv. Por último, la familia mixta o híbrida de la cual hacen parte el India, el Japón e Israel. Tampoco existe una muestra relevante en nuestro Continente.

Los comentarios anteriores sirven de antesala a la siguiente y última sección de este artículo, en la cual abordaré la importancia que tienen los estudios de Derecho Comparado en la elaboración de una legislación modelo. De esta manera, el desarrollo de una legislación modelo requiere de un verdadero estudio de Derecho Comparado, que no es como hemos dicho la simple copia o adaptación de un texto normativo doméstico, extranjero o internacional. Al contrario, debe hacerse un examen cauteloso y previo de los antecedentes y racionales que inspiran una determinada regulación, un lineamiento multilateral o una mejor práctica normativa. Entender así cuál ha sido su realidad política, económica y cultural; cuál ha sido su foro nacional o internacional de discusión y aprobación. Sólo analizando todas esas circunstancias se puede alcanzar un resultado óptimo desde el Derecho Comparado en la formulación de una legislación modelo.

### **III. UN CASO PRÁCTICO: LA LEGISLACIÓN MODELO DEL PARLATINO**

Como adelantamos en la introducción a este artículo, y en las líneas que siguen, expondremos un caso práctico en materia de legislación modelo. Para ello, hemos escogido la experiencia codificadora del Parlatino, en el marco de su misión y objetivos.

El Parlatino es un organismo regional, permanente y unicameral, integrado por los parlamentos nacionales de los países soberanos e independientes de América Latina y el



**Victor Hugo Guerra Hernández**

Caribe. Sus 23 representantes son elegidos democráticamente mediante sufragio popular, en los países que hacen parte del Parlatino, y que suscribieron, original o posteriormente, el correspondiente Tratado de Institucionalización del Parlatino.<sup>18</sup>

Este organismo regional parlamentario tiene dentro de sus propósitos el de *impulsar la armonización legislativa mediante la elaboración de proyectos de leyes modelo*. Para ello el Parlatino ha aprobado, en su Asamblea Ordinaria, el *Procedimiento para la Elaboración, Discusión y Aprobación de Proyectos de Leyes Modelo*, y cuenta además con unos *Lineamientos Metodológicos para la Realización de Estudios de Armonización Legislativa*.<sup>19</sup>

Tal y como lo indican los documentos del Parlatino, una de las acciones más importantes, y quizás también una de las más difíciles dentro de un proceso de integración regional, es la referente a la armonización legislativa. Sin embargo, el esfuerzo armonizador es indispensable para alcanzar la integración regional.

*¿Cuáles son los elementos, aspectos y/o pasos fundamentales que propone el Parlatino para la armonización normativa y el desarrollo de una legislación modelo?*

A. En primer término, propone realizar una recopilación, revisión y análisis de: i. los cuerpos jurídicos que norman y existan sobre la materia; ii. los estudios especializados y antecedentes que existan sobre el caso concreto; iii. la normativa y acuerdos internacionales, globales o sectoriales, interregionales, regionales y subregionales, de carácter público o privado que ya regulen, directa o indirectamente, el objeto de nuestro estudio; y iv. las mejores prácticas, lineamientos y precedentes arbitrales, jurisprudenciales y administrativos disponibles.

Las tareas de recopilación, revisión y análisis suponen la realización de actividades de clasificación, estudio crítico y comparación, así como la identificación y caracterización de las principales variables o elementos fundamentales alrededor de

---

<sup>18</sup> Suscrito el 16 de noviembre de 1987, en Lima, Perú por 18 países de nuestro continente. Véase Tratado de Institucionalización en <https://parlatino.org/pdf/documentos/tratado-institucionalizacion-parlatino.pdf>

<sup>19</sup> Procedimiento de Aprobación de Leyes Marco (2008) <https://parlatino.org/historia-y-objetivos/> y <https://parlatino.org/pdf/documentos/procedimiento-aprobacion-leyes.pdf> y véase igualmente <https://parlatino.org/leyes-modelo-aprobadas-por-el-parlatino/>

**Victor Hugo Guerra Hernández**

los cuales deberá gravitar la labor de armonización legislativa. Todo ello con el fin de poder definir mejor el campo de acción, estableciendo sus alcances y sus límites.

- B. En segundo lugar, propone definir e identificar los grandes principios y fundamentos aplicables al caso concreto. Esta es una tarea básica y primaria para orientar todo el trabajo armonizador posterior. Así, debe buscarse describir y analizar los principios fundamentales que deberán, necesariamente, ser considerados, incluyéndose los derechos básicos que obligatoriamente tendrán que estar precautelados, en todo tipo de legislación, conforme a la materia de que se trate.

Este paso incluye también un ejercicio de unificación teórica y conceptual, en cuanto a la definición de lo que son las materias bajo estudio, sus temas subsidiarios y los criterios para su clasificación.

Alcanzado este nivel, así como sus productos, ya pueden redactarse documentos de carácter referencial, como declaraciones u otros textos similares, en los cuales queden enunciados los principios y derechos esenciales de la normativa modelo que se pretenda alcanzar.

- C. En tercer lugar, se propone la búsqueda de la armonización de soluciones para ser plasmada ulteriormente en una regulación marco o modelo que podrían adoptar los países.

El escenario ideal es poder llegar a la homologación total o armonización absoluta de leyes, códigos y otros cuerpos jurídicos, gracias a las coincidencias identificadas a través de los principios generales y en el texto mismo de dichos cuerpos normativos. Ejemplo de ello son a la fecha de este artículo las más de 100 leyes modelo aprobadas por el Parlatino.<sup>20</sup>

Sin embargo, en ocasiones sólo pueden alcanzarse armonizaciones relativas, parciales o soluciones de compromiso. Así y con frecuencia, en las labores de armonización legislativa se presentan casos en los que, debido a la heterogeneidad que existe entre los diversos ordenamientos jurídicos, sea por sus criterios, sea por la formulación o el tratamiento de un tema determinado, que no resulta posible, en el corto o mediano plazo, proponer una

---

<sup>20</sup> <https://parlatino.org/leyes-modelo-aprobadas-por-el-parlatino/>

**Victor Hugo Guerra Hernández**

verdadera homologación o unificación de las normas jurídicas y llegar, consecuentemente, a la elaboración homologada de cuerpos jurídicos marco o leyes modelos.

Esta situación puede presentarse en los casos en los cuales las diferencias culturales, políticas y/o económicas presentes en un tiempo determinado, en un país o conjunto de ellos, dificultan la tarea armonizadora. Pensemos, por ejemplo, en las diferencias filosóficas existentes en materia de seguridad social en los sistemas de inspiración capitalista versus los de inspiración socialista.

En los casos de armonización relativa una conclusión pueda ser que “*no existe un sistema óptimo*” y que, por tanto, nos corresponde mirar la evolución gradual de la situación y de sus diversas soluciones normativas.<sup>21</sup> En los casos de una armonización relativa deben tenerse en cuenta los grandes principios generales y las reglas fundamentales identificadas en el paso C. anterior, lo cual resultará de gran utilidad para ir minimizando los potenciales conflictos y diferencias, en ocasiones aparentes o temporales, y propender con el tiempo a una armonización total o absoluta.

De esta manera, y cumplidos los pasos anteriores, para el Parlatino la labor armonizadora o unificadora de los cuerpos normativos puede reflejarse idealmente en códigos marco y leyes modelos, que servirán de inspiración a sus países miembros. La legislación modelo del Parlatino permitirá suplir los vacíos legales detectados, así como mejorar y actualizar las soluciones jurídicas existentes en un tema o materia específica.

Si bien las leyes modelo del Parlatino no tienen el carácter vinculante que pueden tener las decisiones y regulaciones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), o las de la Unión Europea (UE), sus leyes modelos si cumplen una labor inspiradora fundamental en la mejora y actualización de la normativa local, y en consecuencia, regional.

El proceso de adopción doméstica de una legislación modelo puede variar, y pasar por una incorporación total e integral de la ley modelo al sistema jurídico, o por su relativa

---

<sup>21</sup> Francisco de Oliveira, Ruy Braga e Cibele Rizek, *Hegemonia às avessas: economia, política e cultura na era da servidão financeira*, (São Paulo, Boitempo, 2010).

**Victor Hugo Guerra Hernández**

y/o parcial adopción en las reformas a cuerpos normativos ya existentes. En ambos supuestos operan siempre las obvias adaptaciones locales, constitucionales y legales, del caso.

Por ello y para el Parlatino, la legislación modelo debe ser concebida desde su inicio para que pueda ser adecuada a las particularidades y características de cada país, sin pretender afectar los principios doctrinarios, ni los aspectos metodológicos y de procedimiento de los países miembros. La legislación modelo debe responder, por tanto, a la información obtenida a través del análisis de los grandes principios y fundamentos, incorporando las más importantes experiencias y los últimos avances jurídicos que sobre la materia existan a nivel nacional e internacional.

Quiero concluir esta tercera sección del artículo resaltando el hecho que a principios del 2021, específicamente el 11 de febrero del 2021, el Parlatino publicó en su página oficial tres Leyes Modelos destinadas a la prevención y combate de las economías ilícitas.<sup>22</sup> Específicamente, aprobó una *Ley Modelo sobre Delitos Informáticos*, otra *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio*, y finalmente, un cuerpo normativo más general y omnicompreensivo del fenómeno ilícito, la *Ley Modelo para Combatir el Comercio Ilícito y la Delincuencia Transnacional*.<sup>23</sup>

Este último caso, la *Ley Modelo para Combatir el Comercio Ilícito y la Delincuencia Transnacional*, nos resulta de especial interés pues tuvimos el honor y la oportunidad de ser invitados a asesorar la comisión técnica de redacción y revisión de esta ley modelo.<sup>24</sup>

En su proceso de elaboración tomamos en cuenta y tal y como lo señala la metodología aprobada por el Parlatino, lo más novedoso en materia regulatoria sobre el tema, desde la óptica local e internacional. Por ejemplo, consideramos y analizamos: i. la *Ley No. 17-19 sobre la Erradicación del Comercio Ilícito, Contrabando y Falsificación de Productos*

---

<sup>22</sup> <https://parlatino.org/leyes-modelo-aprobadas-por-el-parlatino/>

<sup>23</sup> Véanse respectivamente <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2021/02/leym-delitos-informaticos.pdf>; <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2021/02/ley-extincion-dominio.pdf>; y <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2021/02/leym-combatir-comercioilicito-delincuencia.pdf>

<sup>24</sup> El proponente del Proyecto de esta Ley Modelo fue la Organización Regional *CBLA-Crime Stoppers* <https://cblacrimestoppers.com/es/inicio/> Véase igualmente sobre este tema la entrevista realizada a Alejo Campos, Director Regional de *CBLA-Crime Stoppers* <https://cblacrimestoppers.com/es/documents/1383/>

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Victor Hugo Guerra Hernández

Regulados de la República Dominicana;<sup>25</sup> ii. Convenciones internacionales como la *Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, y la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*;<sup>26</sup> y iii. las mejores prácticas y lineamientos multilaterales tales como los *Cross-Border E-commerce Framework of Standards* (Junio 2018) de la Organización Mundial de Aduanas, los *Roles and Responsibilities of Intermediaries: Fighting Counterfeiting and Piracy in The Supply Chain* (Marzo 2015) de la ICC/BASCAP, el *Draft Guidance to Counter Illicit Trade: enhancing transparency in Free Trade Zones* (revisión de Sept. 2018) de la OECD| OECD, el Índice del entorno global del comercio ilícito: TRACIT recomendaciones para combatir el comercio ilícito (Junio 2018), y también los reportes de FAFT/GAFI sobre *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones* (2010).

Adicionalmente, tomamos en cuenta la labor modelo previa del Parlatino. Por ejemplo, se analizaron: i. la *Ley Modelo para Prevenir, Sancionar y Combatir la Trata de Personas* (2010-2011); ii. la *Ley Modelo sobre Prevención y combate del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo* (2011); y iii. la *Ley Modelo Contra la Trata de Personas en el Marco de la Seguridad Ciudadana y de la Protección de los Derechos Humanos* (2017).<sup>27</sup>

En nuestro análisis no podíamos dejar de lado la revisión y ajustes necesarios del proyecto de *Ley Modelo para Combatir el Comercio Ilícito y la Delincuencia Transnacional* a la luz de la Agenda 2030, y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, especialmente desde una óptica latinoamericana.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Publicada en la G. O. No. 10934 del 28 de febrero de 2019, [https://www.micm.gob.do/images/pdf/transparencia/base-legal-de-la-institucion/leyes/LEY\\_17-19\\_.pdf](https://www.micm.gob.do/images/pdf/transparencia/base-legal-de-la-institucion/leyes/LEY_17-19_.pdf)

<sup>26</sup> Véase <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> y [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf) respectivamente

<sup>27</sup> Aprobadas en el seno de la Comisión de Seguridad Ciudadana, Combate y Prevención al Narcotráfico, Terrorismo y Crimen Organizado [https://parlatino.org/pdf/leyes\\_marcos/leyes/ley-trata-personas-pma-3-dic-2010.pdf](https://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/ley-trata-personas-pma-3-dic-2010.pdf); [https://parlatino.org/pdf/leyes\\_marcos/leyes/ley-prevenir-trata-personas-pma-2-dic-2011.pdf](https://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/ley-prevenir-trata-personas-pma-2-dic-2011.pdf); [https://parlatino.org/pdf/leyes\\_marcos/leyes/ley-prevencion-combate-activos-pma-2-dic-2011.pdf](https://parlatino.org/pdf/leyes_marcos/leyes/ley-prevencion-combate-activos-pma-2-dic-2011.pdf); y <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/trata-personas-marco-seguridad-ciudadana.pdf> respectivamente.

<sup>28</sup> <http://www.sela.org/media/2262361/agenda-2030-y-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible.pdf>

**Victor Hugo Guerra Hernández**

Cabe resaltar que esta *Ley Modelo para Combatir el Comercio Ilícito y la Delincuencia Transnacional* busca seguir fortaleciendo la integración política, económica y social regional, a través de una herramienta normativa homologada que permita materializar la voluntad política de nuestras naciones en la prevención y combate al comercio ilícito y el crimen transnacional. Se trata, como lo indica su *Exposición de Motivos*, de un fenómeno complejo que incluye una pluralidad de jurisdicciones, actividades y delitos subyacentes, que demandan la labor conjunta y coordinada de los sectores público y privado, con especial participación de la ciudadanía. Todo ello orientado hacia el objetivo común de hacer frente al flagelo del comercio ilícito y el crimen transnacional, y hacer sostenible el desarrollo de los países, ofreciendo una mejor calidad de vida y resiliencia para sus poblaciones.

Como colofón a los comentarios sobre esta *Ley Modelo para Combatir el Comercio Ilícito y la Delincuencia Transnacional*, quiero resaltar que, en el establecimiento de sus soluciones armonizadas, y producto del análisis comparado, se alcanzaron en su versión definitiva los siguientes objetivos:

- i. Una regulación general del comercio electrónico, específicamente para prevenir y combatir el comercio ilícito y el crimen transnacional en el ecosistema digital, y específicamente, a través del establecimiento de los principios normativos de progresividad, proporcionalidad y control adecuado por parte de la autoridad competente.
- ii. El establecimiento, ergo el reconocimiento de la necesidad de educar a la sociedad civil, específicamente a consumidores y usuarios sobre los temas de comercio ilícito y crimen transnacional;
- iii. La promoción de los mecanismos de cooperación y asistencia multisectorial, intergubernamental, regional e internacional.
- iv. La necesidad de diseñar programas y políticas públicas específicas para la lucha y prevención del comercio ilícito y el crimen transnacional.
- v. Por último, la creación de un espacio de trabajo mancomunado de los representantes relevantes del sector público, principalmente en materia de seguridad, judicial y de economía, pero además con la participación del sector

**Victor Hugo Guerra Hernández**

privado, denominado: el *Consejo Interinstitucional Público-Privado para la Prevención y el Combate del Comercio Ilícito y el Crimen Transnacional*.

Quiero finalizar resaltando que teniendo como base a esta *Ley Modelo para Combatir el Comercio Ilícito y la Delincuencia Transnacional*, la legislatura de la República del Ecuador, que apoyó y conocía muy bien de los avances de la Comisión de Seguridad del Parlato, sancionó y publicó el 27 de agosto del 2021 la *Ley Orgánica que Reforma Diversos Cuerpos Legales Para Reforzar la Prevención y el Combate al Comercio Ilícito, Fortalecer la Industria Nacional y Fomentar el Comercio Electrónico*.<sup>29</sup>

Probablemente, y dada la dinámica global actual, así como las necesidades económicas de integración latinoamericana, el logro de legislaciones comunes será cada vez más viable en el corto plazo, partiendo de los bloques subregionales, y expandiéndose paulatinamente al resto de la región.

## CONCLUSIONES

Los Profesores Klaus Schwab y Thierry Malleret han analizado los efectos de la pandemia del COVID-19 en el marco de la Cuarta Revolución Industrial. En tal sentido y pertinentemente, han sostenido que la humanidad navega en el mar de las incertidumbres, y en donde no ocurre siempre una toma de decisiones informadas. La primera pandemia de la era digital ha reafirmado la complejidad actual de las relaciones económicas, políticas y culturales, entre otras, y nos ratifican que la evolución de nuestra especie no ocurre de forma lineal.<sup>30</sup>

En mi opinión, la incertidumbre y su manejo han hecho parte, siempre, de nuestra realidad. Pensemos, por ejemplo, en la incertidumbre que significaron las exploraciones marítimas de los navegantes europeos Colón, Vesputio, Magallanes y da Gama en el Siglo XVI. O, la incertidumbre que tuvieron que enfrentar los astronautas Armstrong, Aldrin o

---

<sup>29</sup> Quinto Suplemento N° 525 - Registro Oficial, 27 de agosto de 2021.

<sup>30</sup> Klaus Schwab y Thierry Malleret, *COVID-19: The Great Reset*, (Estados Unidos, Forum Publishing, 2020).

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Victor Hugo Guerra Hernández**

Gagarin, por mencionar sólo algunos de ellos, durante los viajes espaciales de la década de los sesenta del Siglo XX.

En este marco complejo, incierto, y a veces hasta irracional, el Derecho Comparado aporta, sin dudar, la información necesaria para alcanzar el mejor resultado posible en los procesos de codificación nacional y creación normativa. El carácter global de las relaciones comerciales le impone, necesariamente, al Derecho Mercantil el uso del Derecho Comparado.

El ejemplo de la legislación modelo para alcanzar la integración regional, y el papel preponderante que cumple el sistema multilateral a través de los organismos regionales como el Parlatino, son muestra clave de cómo las piezas regulatorias, desarrolladas a través de procesos exhaustivos de comparación, son necesarias en la búsqueda de soluciones a los distintos flagelos que como humanidad enfrentamos. El comercio ilícito y el crimen transnacional son sólo una muestra de ellos.

La formulación de una legislación modelo, es decir, de una normativa armonizada y homologada, es un proceso dinámico y de carácter mixto: inductivo, en la medida que se origina en la recopilación de los instrumentos, prácticas y soluciones jurídicas existentes, y en la construcción de soluciones mayores a partir de ellas; y, deductivo, debido a que establece un marco general de principios y derechos fundamentales, que condicionan la redacción de la legislación modelo.

El proceso de desarrollo, redacción y aprobación de una ley modelo es complejo, incluso si lo asumimos como una armonización legislativa relativa. A todo evento, y al largo plazo, el objetivo debe ser alcanzar una armonización legislativa absoluta pues, ella resulta fundamental para la construcción de una legislación común para todos los países, factor que, a su vez, es parte esencial de la naturaleza y estructura de los diversos procesos de integración.

Concluyo nuevamente con mis palabras de admiración y sentido reconocimiento a la invaluable labor y aportes del Profesor Alfredo Morles, cuyas enseñanzas permanecerán por siempre en los anales del Derecho Mercantil venezolano, no sólo en mi Alma Mater, la



**Victor Hugo Guerra Hernández**

Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, sino también en todos los estudiantes y profesionales que tuvieron la oportunidad de conocer, leer y conectar con el Profesor Alfredo Morles.

## **BIBLIOGRAFIA**

Alfredo Morles Hernández, «El retiro de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones y sus efectos en la legislación mercantil», *Revista de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, n.º 127, (2007): 280-304. Texto en línea en: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/127/ucv\\_2007\\_127\\_279-304.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/127/ucv_2007_127_279-304.pdf)

Alfredo Morles Hernández, *Tendencias de la Reforma Mercantil en materia de Sociedades*, (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1981).

Alan Josué Ramírez Barrón y Karen Rocío Ramírez Sandoval, *El Derecho Comparado* (México, UNAM, 2016), acceso el 30 de julio de 2021, <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2016/05/30/el-derecho-comparado/>

Carlos García Soto, «La historia del derecho mercantil venezolano en la obra del profesor Alfredo Morles Hernández», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 1, (2018): 402. Texto en línea en: <https://www.sovedem.com/primer-edicion>

Diego López-Medina, «El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina», *26 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2015): 117-159, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

Diego P. Fernandez Arroyo, «Sobre la Existencia de Una Familia Jurídica Latinoamericana», *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, (1996): 93-110.

Francisco de Oliveira, Ruy Braga e Cibele Rizek, *Hegemonia às avessas: economia, política e cultura na era da servidão financeira*, (São Paulo, Boitempo, 2010).

Giorgio Lombardi, *Introducción al Derecho Público Comparado* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987).

Jean Paulin Niboyet, *Traité de Droit International Privé Français* (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948).

**Victor Hugo Guerra Hernández**

José Luis Cascajo Castro y Manuel García Álvarez, *Constituciones extranjeras contemporáneas* (Madrid, Tecnos, 1991).

Klaus Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, (New York, Crown Business, 2019).

Klaus Schwab y Thierry Malleret, *COVID-19: The Great Reset*, (Estados Unidos, Forum Publishing, 2020).

René David, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Madrid, Editorial Jurídica Aguilar, 1969).

Paolo G. Carozza, Mary Ann Glendon, Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*. 3rd Edition (St. Paul, MN., West Academic Publishing Co., Estados Unidos, 2008).

Roberto Goldschmidt, *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*, (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1962).

Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, (Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, Universidad Católica Andres Bello, 2001)

Roberto Goldschmidt, Raul Ramirez, Nayibe Chacón Gomez, *De la enajenación del fondo de comercio en el Derecho Venezolano*, (Caracas, Fundación Roberto Goldschmidt, Universidad Católica Andres Bello, 2010).

Tatiana B. De Maekelt, *El Derecho Comparado, sus Métodos, La Unificación del Derecho*, (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1978).

***Enlaces relevantes:***

*American Society of International Law (ASIL)* <https://www.asil.org/catalog.cfm>

*CBLA-Crime Stoppers* <https://cblacrimestoppers.com/es/inicio/>

*Max Planck Institute* <https://www.mpg.de/150209/private-law>  
<https://www.mpg.de/150954/comparative-public-law-and-international-law>

**Victor Hugo Guerra Hernández**

*Objetivos y Metas de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas*

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

*Parlatino*: <https://parlatino.org/>

## ¿PUEDE EL DEFENSOR AD LITEM QUEDAR CONFESO?

*Salvador R. Yannuzzi Rodríguez*

Profesor de la UCAB – UCV. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

### Resumen

Para garantizar el derecho a la defensa del demandado, ante la imposibilidad de imponerlo personalmente de la existencia de un juicio civil en su contra, la ley ordena que se le nombre un defensor de oficio (defensor ad-litem), a fin de que represente los intereses del accionado que no se ha podido localizar y no obstante el llamamiento por medio del procedimiento de carteles, dicho demandado no se ha apersonado, por lo que el defensor debe actuar en su nombre y representarlo. Sin embargo, si el defensor no cumpliera el encargo, ¿podría quedar confeso?, lo que obviamente perjudicaría al demandado en dicho juicio.

**Palabras claves:** Demanda, Contestación, Defensor. Confesión ficta.

## CAN THE DEFENDER AD LITEM CONFESS?

### Abstract

To guarantee the defendant's right to defense, given the impossibility of imposing it personally of the existence of a civil lawsuit against him, the law orders that a public defender (defender ad-litem) be appointed, in order to represent the interests of the defendant who could not be located and despite the appeal through the cartel procedure, said defendant has not appeared, so the defender must act on his behalf and represent him. However, if the defender did not fulfill the order, could he be confessed? which would obviously harm the defendant in said trial.

**Keywords:** Lawsuit, Answer, Defender. Fictitious confession.

## I. INTRODUCCIÓN.

Un aspecto que se debate en la doctrina es si el defensor ad-litem o defensor de oficio o defensor judicial, puede quedar confeso si no cumple con las cargas que asume al aceptar el compromiso, específicamente el de defender los intereses del demandado, especialmente no contestar la demanda de manera oportuna; por ello, es la exigencia que señala tanto la doctrina autoral como la jurisprudencial, de que el defensor debe desempeñar con diligencia las actividades exigidas por la ley, es decir, las asignaciones establecidas a los litigantes.

La doctrina jurisprudencial había venido sosteniendo que esto era posible, es decir, que el demandado representado por el defensor judicial quedara confeso al no haber este cumplido con los deberes que se derivan de la responsabilidad asumida al aceptar el cargo. Repentinamente, la jurisprudencia da un vuelco y cambia su óptica, para considerar que no es posible que el defensor judicial logre, con su conducta omisiva e irresponsable, perjudicar al demandado que no ha comparecido en el juicio, debido a que el accionado tiene el derecho a ser amparado, por lo que el defensor no puede causar ninguna lesión a sus intereses.

Por ello, procederemos a definir la institución del defensor ad-litem, las cargas que le incumben, y la manera como ha venido tratando la jurisprudencia en Venezuela en tiempos recientes, a los deberes que incumben al defensor; los derechos que le corresponden al defensor, con motivo del desempeño del cargo; conceptualizar la confesión ficta, para tratar el punto de si es posible que el defensor pueda quedar confeso con su inactividad en el juicio, es decir, si la tesis que anteriormente había sentado el Alto Tribunal de la Republica era la adecuada o por el contrario el cambio de doctrina es lo correcto de conformidad con la normativa constitucional.

En ese trayecto se trata de pormenorizar los derechos y deberes que le corresponden al defensor judicial, y cuáles serían las diversas alternativas que se le podrían presentar al representante oficioso del demandado para contactar a este y ejercer una defensa integral de su patrocinado, las derivaciones de la imposibilidad de relacionarse con el accionado, y las consecuencias que provendrían de la inacción del defensor ad-litem.

## II. ¿QUÉ ES EL DEFENSOR AD-LITEM?

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza, a todas las personas, la defensa y la asistencia jurídica, como derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso, lo que aplica a cualquier tipo de procedimiento, bien sea civil, penal o administrativo; así mismo, consagra el derecho que tiene toda persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un Tribunal competente.<sup>1</sup>

Para los efectos del presente trabajo, nos corresponde tratar el procedimiento civil, y como parte de su diseño tenemos que, ante la imposibilidad de citar al demandado, de manera personal, debe recurrirse a su emplazamiento mediante carteles, y si no obstante el llamamiento que se le haga por esa vía, el accionado no se hace presente, ni ha constituido apoderado judicial cuya representación se encuentre acreditada en el expediente, es necesario designar un defensor ad-litem, por los motivos siguientes:

- a) El defensor que se nombre, por efecto de la designación, se constituye en un verdadero representante del demandado en el juicio, y puede equipararse al apoderado que hubiese escogido el demandado, aunque la representación de dicho defensor derive de la decisión judicial, una vez se cumplan los extremos legales requeridos para ello, como veremos infra, y no de la voluntad del accionado.

El profesor Arístides Rengel Romberg, al referirse al nombramiento del defensor ad-litem, afirma lo siguiente: “El defensor es un verdadero representante del demandado en el juicio, equiparable a un apoderado judicial, con la diferencia de que su investidura no deriva de la voluntad del demandante, como en la representación voluntaria, sino directamente de la Ley”.<sup>2</sup>

Es decir, permite que el demandado, a quien no se ha podido citar personalmente y no ha comparecido a la convocatoria formulada a través de los carteles, se defienda, aunque no lo haga de forma personal. En efecto, el defensor judicial está investido de las mismas

---

<sup>1</sup> Ver ordinales primero y tercero del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>2</sup> RENGEL ROMBERG, A. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II. Teoría General del Proceso, Editorial Arte, Caracas, 1995, Págs. 255 y 256.

facultades que se otorgarían mediante el poder para actuar en juicio, lo que significa que puede cumplir con todos los actos del proceso, que no estén reservados a la propia parte, de acuerdo con las disposiciones legales. Sin embargo, dentro de sus potestades no puede convenir en la demanda, ni transigir, salvo en los casos que se indican infra para el demandado ausente o el no presente.

- b) Al realizar el nombramiento del defensor ad-litem, permite que sea con él con quien se entienda la citación (en nombre) del demandado, así como los demás trámites del proceso, cuya consecuencia es la continuación del juicio, en beneficio del demandante, porque de otra manera quedaría estancada la reclamación propuesta a través de la demanda. Es decir, se forma la relación jurídica procesal, lo que permite la validez del juicio. Por ello, el mencionado profesor Rengel, asevera lo siguiente: “Su designación es aplicación del principio de bilateralidad del proceso, que le imprime una estructura dialéctica y realización de la garantía constitucional de la defensa en juicio, que es un derecho inviolable”.<sup>3</sup> En efecto, no existe duda alguna que, en Venezuela, la defensa es un derecho inviolable para todas las personas, siempre y cuando estas lo ejerciten, porque su decisión puede ser el de no querer realizar la defensa de sus intereses y no existe manera de constreñir al interesado para que lo haga; ello queda dentro de la esfera de su libertad de decisión.

El defensor ad-litem cumple con el oficio de velar por los derechos del demandado en su condición de auxiliar de justicia, por lo que es necesario que preste el juramento de cumplir bien y fielmente con las funciones que se derivan del cargo.<sup>4</sup> En este sentido el aludido profesor Rengel opina que “por su origen, el defensor queda investido de una función pública de carácter accidental y colabora con la administración de justicia; pero por su

---

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> El artículo 7 de la Ley de Juramento, es del tenor siguiente: “Los Vocales de las Cortes Superiores, los Jueces de Primera Instancia, los Defensores Públicos de Presos y los Fiscales del Ministerio Público, prestarán el juramento ante el presidente del respectivo Estado y ante el Gobernador del Distrito Federal y del Gobernador del Territorio Federal correspondiente o ante el funcionario que estos comisionen.

Los Jueces y demás funcionarios judiciales accidentales, prestarán juramento ante el Juez o Tribunal que los haya convocado”. *Compilación Legislativa de Venezuela*. Editorial Andrés Bello. Caracas 1942.

El defensor ad-litem se encuentra dentro de los funcionarios judiciales accidentales, por lo que es necesario que preste el juramento.



función, que es la defensa de los intereses del demandado, tiene los mismos poderes que corresponden a todo poderista que ejerce un mandato concebido en términos generales, porque no tiene facultades de disposición de los intereses y derechos que defiende”.<sup>5</sup>

La Sala de Casación Civil al referirse a la figura del defensor ad-litem ha expresado lo siguiente:

“... que la institución de la defensoría privada opera bajo la figura del defensor ad litem, quien es la persona llamada y designada para representar al demandado no presente<sup>6</sup> que no ha sido localizado para su defensa en el proceso. La doctrina de este Alto Tribunal ha establecido que la institución de la defensoría privada tiene un doble propósito: Que el demandado que no pudo ser citado personalmente, sea emplazado a través de este defensor privado, formándose con él y en representación del no presente la relación jurídica procesal que permite la continuación del proceso y que el demandado que no ha sido emplazado o citado pueda defenderse mediante la representación de un defensor privado designado por el tribunal. En ninguno de estos casos el defensor obra como un mandatario del accionado sino como un auxiliar de justicia designado por el tribunal para su exclusiva defensa”.<sup>7</sup>

Por tanto, al no poder ubicarse al demandado personalmente y al no concurrir este al llamado efectuado mediante los carteles publicados en prensa, el defensor de oficio se convierte en una pieza clave del procedimiento, para que este pueda avanzar hasta su conclusión.<sup>8</sup>

### III. CARGAS QUE INCUMBEN AL DEFENSOR AD-LITEM.

Como se ha visto la función del defensor ad-litem es, por mandato judicial, el patrocinio del demandado en el juicio en el que se le designa para que asuma dicha ocupación, ante la imposibilidad de citar personalmente al accionado, y este tampoco haber comparecido a hacerse parte en el juicio, ni por sí ni por medio de apoderado, en virtud del llamamiento

---

<sup>5</sup> RENGEL ROMBERG, A. Ob. Cit. Págs. 255 y 256.

<sup>6</sup> El no presente es aquella persona que no se encuentra en el país, pero no se duda de su existencia. Ver lo que expresamos en el punto 6 de este trabajo.

<sup>7</sup> Sentencia RC.000489 de Sala de Casación Civil, Expediente número 10-259 de fecha 05 de noviembre de 2010. Tomada de la página web <http://lacionnotificacionenvenezuela.blogspot.com/p/jurisprudencia-sobre-el-defensor-ad.html>. Consulta realizada el 7 de julio de 2021.

<sup>8</sup> Es necesario destacar que si en el curso del juicio, el demandado se hiciere presente, por sí o por medio de apoderado, inmediatamente, el defensor ad-litem cesa en sus funciones.

efectuado por el tribunal, mediante el procedimiento de carteles, de conformidad con las previsiones legales.<sup>9</sup>

Obviamente que, al aceptar dicho encargo, el defensor debe asumir de manera responsable la defensa integral del demandado, por lo que su conducta está dirigida a realizar las actividades propias del encargo que le ha sido confiado, tales como contestar la demandada de manera adecuada, lo que implica la posibilidad de traer nuevos hechos al proceso, correspondiente a la excepciones que podría aducir; promover las pruebas que respalden sus alegatos; realizar las oposiciones que correspondan, y recurrir de cualquier decisión que pudiera ser adversa a los intereses que representa; en fin, debe actuar de modo eficaz en beneficio del demandado cuya tutela ha aceptado. Creemos que las oposiciones e interposición de recursos deben tener fundamento, porque de no tener un basamento serio, podría perjudicar los intereses del defendido. Es decir que la función del defensor no está dirigida a obstaculizar la actividad del demandante, sino de proceder de acuerdo con la verdad; por tanto, no debe promover incidentes cuando tenga conciencia de la falta de fundamentos, y tampoco debe realizar actos inútiles o innecesarios en la defensa del derecho que sostenga,<sup>10</sup> en este caso los intereses del demandado.

Aunque la normativa no indica de manera expresa las cargas u obligaciones que incumben al defensor ad-litem, consideramos que pueden señalarse las siguientes:

- a) Contactar al demandado, para lo cual debe concurrir a la dirección que aparezca en el expediente correspondiente a la residencia del legitimado pasivo, o ubicarlo en el sitio en el que ejerza su profesión u oficio, de ser estas conocidas.<sup>11</sup> La Sala de Casación Civil del Alto Tribunal comparte ese criterio y ha señalado -al referirse a las cargas del defensor-, específicamente en la ubicación del demandado, que constituyen las

---

<sup>9</sup> Ver artículos 223 y 224 del Código de Procedimiento Civil. El primero regula la citación por carteles del demandado que se encuentre en el país, mientras que el segundo establece las formalidades que deben cumplirse para emplazar al demandado que se tenga certeza de que se encuentra fuera de la República.

<sup>10</sup> Ver artículo 170 del Código de procedimiento Civil.

<sup>11</sup> Ver fallo proferido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 33, del 26 de enero de 2004. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 208, paginas 102 – 107.

“funciones importantes destinadas a la labor del defensor ad litem, entre ellas, exige la doctrina precedente, que este auxiliar de justicia debe en todo proceso, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para lograr recabar la información necesaria para su defensa en el juicio, así como para obtener los medios de prueba que permitan contradecir lo alegado por el demandante en el libelo. Lo anterior, pone de manifiesto que es necesario que el defensor entre en contacto personal con el defendido antes de realizar cualquier actuación en el expediente, pues sólo así entiende la Sala que la defensa privada podría preparar sus alegatos en el juicio. Esto quiere decir, que no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que debe ir en su búsqueda sobre todo si conoce la dirección donde ubicarlo.”<sup>12</sup>

Ciertamente, es indiscutible, que existe la imperiosa necesidad de que el defensor ubique al defendido, o haga las diligencias necesarias para ello. Dicho contacto lo puede hacer de manera personal o mediante la remisión de alguna misiva u otro sistema de comunicación, como podría ser enviarle un mensaje bien a su dirección de correo (e-mail) o a su teléfono móvil, de conocer el número de este. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha dictaminado “que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa. Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo”.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Sentencia N° RC.000489 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 10-259 de fecha 05 de noviembre de 2010. Tomada de la página web <http://lacionnotificacionenvenezuela.blogspot.com/p/jurisprudencia-sobre-el-defensor-ad.html>. Consulta realizada el 7 de julio de 2021.

<sup>13</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 33, proferida el 26 de enero de 2004, dictaminó como “un deber del defensor ad litem, *de ser posible*, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante”. (Resaltado nuestro). Nótese que coincide con lo expresado por la Sala de Casación Civil, en relación con contactar al demandado, al utilizar la misma frase “de ser posible”. No obstante, lo indicado por la sentencia, en la práctica actual, es muy escaso, por no decir nulo, el uso del telegrama, y es común el uso de otros sistemas de comunicación por medio tecnológicos. Sin embargo, en oportunidades no es posible contactar al demandado, por lo que el defensor debe seguir adelante con el cumplimiento de su encargo. Ese criterio de la Sala Constitucional fue reiterado en la sentencia 439, del 13 de marzo de 2007. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 242, paginas 247 – 250.

Debe observarse que la Sala Constitucional, acertadamente, expresa que la situación ideal es el contacto personal entre defensor y defendido, siempre y cuando ello sea posible. En consecuencia, de no existir esa posibilidad, el defensor debe “ofrecer el concurso de la cultura y de la técnica que posee” (Artículo 15 de la Ley de Abogados).

Si bien es cierto que lo expresado por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Civil, en las citadas sentencias, estimamos que deben considerarse siete hipótesis, a saber:

a.1) Que el defensor no haga ningún intento para tener contacto con el demandado, por lo que no puede acreditar en el expediente ninguna actuación con esa finalidad. Ante dicha circunstancia, somos de la opinión de que el juez debe compeler al defensor a que realice las diligencias necesarias para ubicar al demandado, cuyo objeto es que se implemente una defensa adecuada, de ser posible ubicar al accionado. La excepción para que el defensor no realice intento alguno para contactar al demandado es cuando se trate de sucesores desconocidos porque, precisamente, por dicha circunstancia, es decir, por ser ignotos, no se puede saber de quien o quienes se trata, por lo que no podría tratarse de ubicar a aquel cuya identidad se ignora.<sup>14</sup>

Una vez que el juez se entere de dicha situación, es decir, la pasividad del defensor en gestionar un encuentro con el defendido, lo que posiblemente sea en la oportunidad en que el defensor se apersona para contestar la demanda, pudiendo darse la circunstancia de que dicha ocasión corresponda al día de preclusión del lapso para contestar la demanda o este se encontrare muy avanzado, es decir, muy cercano a su fenecimiento; ante ese evento, el juez debería reponer el juicio al estado de que se inicie el lapso de contestación de la demanda, para permitir que el defensor encuentre al demandado, a fin de tratar de implementar una defensa apropiada,<sup>15</sup> si la hubiese, o al menos que ponga su empeño en tratar de ubicarlo, con ese objeto. Si el defensor no acreditara el intento de hallar al demandado, el juez debe revocar la designación de dicho defensor, con fundamento a lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil y designar un nuevo defensor judicial, a fin de evitar perjuicios al demandado, por la inacción del defensor revocado, y notificar de esa situación al tribunal disciplinario del Colegio de Abogados en el que se

---

<sup>14</sup> Ver artículos 231 y 232 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>15</sup> La Sala Constitucional, en sentencia número 96, del 31 de enero de 2007, dictaminó que se vulnera el derecho a la defensa, cuando el defensor contesta genéricamente la demanda, sin que previamente se comunicara con su representado, y también por no haber promovido pruebas. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 241, paginas 179 – 180.

encuentre inscrito, a fin de que se instruya el respectivo procedimiento en virtud de la negligencia del defensor.<sup>16</sup>

Si el defensor acreditara en el expediente que trató de ubicar al demandado, después de haber contestado la demanda, sin haber realizado ninguna diligencia, en ese sentido, para hallar al accionado previamente, estimamos que el juez debe proceder de la manera indicada anteriormente, porque es posible presumir la comisión de un fraude o, al menos, de una negligencia inexcusable por parte del defensor.

Es decir, el defensor debe tratar empeñadamente de contactar al demandado, si lograre hacerlo e impuesto el demandado de la pretensión que se le exige, implementará la defensa de la manera que considere conveniente, lo que dependerá de muchos factores, tales como la actitud que asuma el demandado ante la pretensión que se le requiere, de ser ciertos o falsos los hechos articulados por el demandante en el libelo, o de la existencia de excepciones que puedan alegarse, ya que de no haber fundamentos para excepcionarse, el defensor debe recurrir a la contestación genérica de la demanda, lo que es una manera de amparar al demandado y ejercer su derecho de defensa.

Si el defensor no logra relacionarse con el demandado, debe comprobarle al tribunal las diligencias razonables que realizó para ubicar al accionado, caso en el cual procederá a llevar a cabo la defensa de este, de acuerdo con lo que estime conveniente, lo que hará con el concurso de la cultura y la técnica que posea,<sup>17</sup> actuaciones que deben considerarse válidas, aunque posteriormente aparezca el demandado y afirme haber tenido otras defensas que oponer.

Si las actuaciones que realice en el juicio el defensor se consideraren incompletas o defectuosas, en nuestro concepto, no constituyen motivo de reposición de la causa, sino que permitiría exigir la responsabilidad del defensor, a quien corresponderá explicar las razones de esa actuación. En ese sentido, a nuestro entender correctamente, se ha manifestado la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, la que sostuvo el criterio siguiente:

---

<sup>16</sup> Ver artículos 61 y 62 de la Ley de Abogados.

<sup>17</sup> Ver artículo 15 de la Ley de Abogados.

“resulta claro para la Sala que la deficiente actuación del defensor ad litem designado, en modo alguno conlleva a que se practique nuevamente la citación del accionado, pues lo que no se verificó de manera adecuada fue la defensa del defensor ad litem”.<sup>18</sup>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mantiene una opinión diversa, y en fallos dictados por ella, al referirse a la defensa ineficiente del defensor ha sostenido el razonamiento siguiente:

“... ha sido criterio de la doctrina que el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil constriñe al Juez a evitar el perjuicio que se le pueda causar al demandado, cuando el defensor ad litem no ejerce oportunamente una defensa eficiente, ya sea no dando contestación a la demanda, no promoviendo pruebas o no impugnando el fallo adverso a su representado, dado que en tales situaciones la potestad del juez y el deber de asegurar la defensa del demandado le permiten evitar la continuidad de la causa, con el daño causado intencional o culposamente por el defensor del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal en desarrollo; por lo que corresponderá al órgano jurisdiccional -visto que la actividad del defensor judicial es de función pública- velar porque dicha actividad a lo largo de todo el iter procesal se cumpla debida y cabalmente, a fin de que el justiciable sea real y efectivamente defendido (...)”.<sup>19</sup>

La Sala Constitucional reitera su criterio y en fallo dictado en 2015, determinó en cuanto a la actividad incompleta o deficiente del defensor ad-litem, lo siguiente:

“ (...) debe insistir esta Sala, que ante la defensa deficiente del defensor ad litem, tal como no contestar la demanda, no promover pruebas, no impugnar el fallo que le fue adverso a su defendido, o como en el presente caso no ser diligente en localizar a su defendida, cuando conocía la dirección de residencia de la misma todo lo cual lesiona el derecho a la defensa, y que en virtud de su importancia corresponde ser protegido por el órgano jurisdiccional cuidando que dicha actividad a lo largo de todo el proceso se cumpla debida y cabalmente, en virtud que “la actividad del defensor judicial es de función pública”, y a fin de que el justiciable sea real y efectivamente defendido.

Consecuencialmente al advertir el jurisdicente que tal falta de diligencia y omisiones generadas por parte del defensor judicial deviene en lesión al

---

<sup>18</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia 802 del 17 de noviembre de 2016. Tomada de la pagina web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/192791-RC.000802-171116-2016-16-087.HTML>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021.

<sup>19</sup> Sala Constitucional. Sentencias números 531 del 14 de mayo de 2002 y 1345 del 10 de octubre de 2012. Tomadas de la pagina web <http://www.grupoveritaslex.com/blog/defensor-ad-litem-deberes-y-obligaciones-394>. Consulta realizada el 9 de julio de 2021.

derecho a la defensa, debió el Juzgado Décimo Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el presente caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,<sup>20</sup> reponer la causa al estado en que se dejó de hacer una defensa eficiente, es decir, que el defensor demostrara que fue en busca de su defendida, y actuar en función de una debida contestación a la demanda, y no como lo hizo declarar con lugar la demanda y consecuente entrega del inmueble, estableciendo que el defensor “no esgrimió argumento alguno en el cual basara sus alegatos y desvirtuara lo afirmado por la parte actora”, con lo cual vulneró el referido Juzgado el orden público constitucional y desconoció el criterio establecido por esta Sala Constitucional. Así se declara.

Precisado lo anterior, insta esta Sala Constitucional a los jueces y juezas como garantes de la constitucionalidad y la legalidad, que están obligados y obligadas a velar por que los defensores ad litem cumplan cabalmente con las gestiones que deben realizar a favor de sus defendidos o defendidas, efectuándolas acorde con la función pública que prestan, siendo que en el caso bajo análisis se evidencia que el defensor ad litem, abogado Marcos Colan Párraga hizo una defensa deficiente al no realizar las gestiones para el contacto personal con su defendida, de quien conocía la dirección de residencia, y tampoco activó conforme a derecho en los actos procesales subsiguientes, sin siquiera impugnar el fallo que le fue adverso (...).”<sup>21</sup>

Por un lado, consideramos, lo que reiteraremos en este trabajo, que no le corresponde al juez asegurar la defensa de ninguno de los litigantes, porque estaría actuando como juez y parte. La función del juez es garantizar el derecho de defensa a ambos litigantes, en el sentido de permitir que el demandante y el demandado -si lo desean- realicen sus actuaciones en las oportunidades establecidas en la ley, otorgándoles las facilidades para ello, como lo es, el acceso a la sede del tribunal, el acceso al expediente, proveer de manera oportuna las solicitudes que hagan, etc.; pero, si los litigantes, o quienes los representen, no quieren cumplir con sus cargas, el juez no debe compelerlos a que lo hagan, por lo que si el defensor

---

<sup>20</sup> Esta norma se refiere a la aplicación de la Constitución por los jueces que, si bien el derecho a la defensa está consagrado en ella, las actividades de los litigantes están desarrollada en leyes procesales, y es carga de ellos o de quienes los representen cumplirlas, correspondiendo al juez garantizar que tengan esas oportunidades, pero no que las lleven a cabo.

<sup>21</sup> Sala Constitucional. Solicitud de revisión número 609, expediente número 15-0140, de fecha 19 de mayo de 2015, caso Victoria Damelis Betancourt Bastidas. Tomado de la página web <https://www.franciscosantana.net/2017/05/sobre-los-deberes-del-defensor-ad-litem.html>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021.

-como lo expresa la citada sentencia de la Sala Constitucional- causa un daño intencional o culposo al demandado, somos de la opinión que se le debe exigir la responsabilidad disciplinaria, civil y penal, si ello concierne, pero al juez no le corresponde convertirse en el vigilante del defensor para instarlo a que cumpla con sus deberes, y ese incumplimiento no apareja reposición de la causa.

Por otro lado, disentimos del enfoque contenido en las aludidas sentencias, porque estimamos que, si el defensor no actúa de forma apropiada, insistimos, lo que genera es que se le exija su responsabilidad, tal y como indicaremos infra.<sup>22</sup>

Por tanto, apreciamos, que la actuación deficiente del defensor tampoco implicaría la reposición de la causa. En ese sentido, la misma Sala de Casación Civil, al referirse a la reposición, ha sostenido que solamente procede cuando haya menoscabo al derecho a la defensa y al debido proceso, o se haya violentado el orden público y siempre que dichas fallas no puedan subsanarse de otra manera, y agrega que, de no ser de este modo se estarían violentando los mismos derechos que presuntamente se deben proteger cuando se acuerda. En efecto, la aludida Sala determinó lo siguiente:

“...respecto a la reposición de la causa, es necesario indicar que el Código de Procedimiento Civil, contempla, en sus artículos 206 y siguientes tal posibilidad (reponer la causa), así pues, la reposición trae consigo la nulidad, por lo que los jueces deben revisar muy cuidadosamente antes de declararla, pues sólo es posible cuando haya menoscabo al derecho a la defensa y al debido proceso, o se haya violentado el orden público y siempre que dichas fallas no puedan subsanarse de otra manera, lo que se traduce en que tal reposición debe decretarse exclusivamente cuando esta persiga una finalidad útil, pues de no ser esta manera se estarían violentando los mismos derechos que presuntamente se deben proteger cuando se acuerda ...”.<sup>23</sup>

Consideramos que este criterio de la Sala es correcto. En efecto, al acordarse la reposición de la causa por la incorrecta o deficiente actuación del defensor ad-litem, quien simplemente fue negligente, se estaría premiando su incompetencia o su desidia,

---

<sup>22</sup> Ver artículo 73 de la Ley de Abogados.

<sup>23</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia N° RC-00436 de fecha 29 de junio de 2006, citada en la Sentencia 802 del 17 de noviembre de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/192791-RC.000802-171116-2016-16-087.HTML>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021.



favoreciendo el caos judicial; por lo que, si su desatinada actuación no se encuentra enmarcada en el quebranto del derecho a la defensa o al debido proceso, no procede reponer la causa. Por otra parte, tendríamos que, al reponer la causa por la defectuosa actuación del defensor, se están descerrajando los derechos del demandante, quien no tiene responsabilidad con respecto a la acción del defensor, salvo que exista colusión entre el demandante y el defensor, cuya consecuencia sería distinta, tal y como se indica infra, habida cuenta la ejecución de la actividad fraudulenta, en perjuicio del demandado.

Adicionalmente, es interesante revisar la conceptualización que otorga la Sala de Casación Civil al derecho a la defensa, consagrado constitucionalmente en el artículo 49. En efecto la mencionada Sala ha sostenido lo siguiente:

“Para esta Sala, la referida norma de rango constitucional establece el principio del Debido Proceso y dentro de éste el Derecho a la Defensa. En efecto, la vulneración del Derecho a la Defensa, que consagra la Constitución en la normativa ut supra mencionada, es la indefensión material esto es, la que se traduce en una real privación o limitación del Derecho a la Defensa, como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial o de un auxiliar de justicia, sobre cuyos hombros repose la responsabilidad de la defensa en juicio de una de las partes”.<sup>24</sup>

Si bien es cierto que existe una conexión entre el debido proceso y el derecho de defensa, en cualquier tipo de procedimiento, tenemos que aquel está constituido por las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”;<sup>25</sup> sin embargo, la incompetencia, ineptitud, deficiencia o torpeza del defensor, lo que genera es su responsabilidad frente al defendido, pero no la nulidad de las actuaciones, ya que ello puede convertirse en un círculo vicioso, si el defensor *ex professo* no realizara ninguna actividad para que designaran un

---

<sup>24</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia N° RC-00436 de fecha 29 de junio de 2006, citada en la Sentencia 802 del 17 de noviembre de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/192791-RC.000802-171116-2016-16-087.HTML>.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Loayza Tamayo, M. E. Tomado de la página web <http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CFYQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fbl.og.pucp.edu>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021.

nuevo defensor, por ejemplo, por acuerdo concluido con el defendido, con la intención de retrasar el juicio.

En consecuencia, estimamos desacertado lo expresado por las Salas Constitucional y de Casación Civil del Alto Tribunal, en el sentido de que al demandado que se le designe defensor, y si este no cumple con sus funciones, no puede considerarse que se le esté conculcando, privando o limitando el derecho a la defensa al legitimado pasivo, porque la ley estipula todas las posibilidades y oportunidades para que el representante de oficio pueda ejercitar cabalmente las actuaciones en resguardo de los intereses de su defendido, que es lo que el juez debe garantizar, pero si el defensor no lo hace, debe responder por su ineptitud o incapacidad frente al demandado, si este resultare perjudicado por ello.

a.2) En consonancia con lo expresado por las Salas Constitucional y de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias citadas supra, debe ser el desiderátum de la conducta del defensor el contacto personal con el accionado. Efectivamente, si el defensor ubica al demandado, y este responde al llamamiento, se reúnen defensor y defendido y acuerdan la manera de cómo se van a efectuar las cargas procesales que le incumben al accionado, y el defensor realiza las actuaciones concienzuda y oportunamente en beneficio del demandado, con lo cual cumple con las funciones inherentes al cargo, se consuma la razón de la existencia de la defensoría de oficio, al desarrollar su cometido. Este es el supuesto ideal, independientemente del resultado del juicio.

Sin embargo, puede suceder que el defensor contacte al demandado de manera personal, y este no tenga interés alguno en mantener relación alguna con el defensor y no concurre a ninguna de las reuniones para las que se le convocó, por lo que le corresponderá al defensor implementar la defensa, de acuerdo con lo que estime conveniente para amparar los derechos del demandado, caso en el cual todas las actuaciones deben considerarse válidas, aunque la actividad del defensor ad-litem no se considere la ideal, por la terquedad del demandado a mantener contacto con quien representa oficiosamente sus intereses. Empero, puede ser complicado demostrar la conducta del demandado, que ante el abogado que le ha sido designado judicialmente, ha actuado de manera contumaz.

Por ello, disentimos del criterio de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, la que ha sostenido en cuanto a la actividad desplegada por el defensor ad-litem, lo siguiente:

“... que el defensor judicial haya ejercido una defensa eficiente, ello significa que se haya comportado tal como lo hubiera hecho el apoderado judicial del demandado. En otras palabras, que el defensor judicial se comporte y formule todas las defensas que ejercería el apoderado judicial. De no hacerlo, lesionaría el derecho del intimado lo que tiene que ser corregido y apreciado por los jueces de instancia porque es su deber vigilar la actividad de los defensores judiciales para que la misma se cumpla debidamente en el proceso. ...omissis... De la precedente transcripción parcial de la sentencia se desprende, entre otros aspectos, que los jueces de instancia deben vigilar la actividad desplegada por el defensor judicial, que la persona designada como defensor judicial debe actuar en conformidad con la ley y desarrollar su actividad debidamente, esto es realizar una defensa efectiva de los derechos de la parte demandada pues tiene las mismas cargas y obligaciones que el Código de Procedimiento Civil asigna a los apoderados judiciales y no basta que el defensor jure que va a cumplir bien y fielmente su cargo sino que su actividad debe ser activa, es decir debe desplegar todas las actuaciones necesarias para defender a la parte demandada”.<sup>26</sup>

Si bien, estamos de acuerdo en que la actividad del defensor debe ser eficaz para sostener los derechos del demandado que le han sido confiados y que él aceptó, consideramos que no es una potestad ni un deber del juez vigilar la actuación del defensor ad-litem, ya que la responsabilidad incumbe directamente a quien ha aceptado dicho cargo, por lo que si la defensa no es efectiva, por no haber participado en los actos del proceso o por ignorancia inexcusable, el juez solamente debe notificarlo al tribunal disciplinario del Colegio de Abogados de adscripción del defensor, a fin de que se abra el procedimiento disciplinario por negligencia en el ejercicio de sus funciones, pero ello no implica que deba reponerse la causa, ni que se le haya conculcado al demandado el derecho a la defensa, por la indebida actuación de defensor; y no puede perderse de vista que no siempre los apoderados designados por los interesados para que los representen en un juicio proceden de manera adecuada, y ejercen las defensas de manera efectiva, por el contrario su actuación puede ser bastante ineficiente, y el

---

<sup>26</sup> Sentencia N° RC.00817 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 05-516 de fecha 31 de octubre de 2006. Tomada de la página web <http://lacionotificacionenvenezuela.blogspot.com/p/jurisprudencia-sobre-el-defensor-ad.html>. Consulta realizada el 7 de julio de 2021.

juez no vigila las actuaciones de esos apoderados judiciales, ni por ello procedería la reposición de la causa, sino que de esa conducta indolente lo que se deriva es la exigencia de la responsabilidad del mandatario, debido a la negligencia de quien debía abogar por los intereses de su mandante.

Por otra parte, pensamos que es inconveniente que el juez se inmiscuya en la defensa del demandado, representado por un defensor judicial, mediante la figura de vigilancia de las actuaciones del defensor, porque estaría procediendo como juez y parte, al prejuzgar si la defensa o la actuación cumplida por el defensor es adecuada o no lo es. Ahora bien, como veremos, puede darse el caso de que el defensor judicial también sea amigo, pariente o apoderado del demandado, y en virtud de esa condición se le prefirió para el cargo, ¿por qué el juez debe vigilar la actividad desplegada por ese defensor? Estimo que ello no tiene sentido alguno, y nadie puede responder por conducta de terceros, salvo que lo establezca la ley.<sup>27</sup>

a.3) Otro supuesto es que, independientemente de que el defensor haya contactado o no haya ubicado al demandado, realice una defensa insuficiente. En este sentido la Sala de Casación Civil ha sostenido que

“No puede haber justicia, si el Ad Litem que se comprometió en la defensa del reo, que aceptó y juró cumplir con sus obligaciones, no asume una debida defensa adjetiva, que conduzca a la búsqueda de esa verdad, a través de la garantía que regula el proceso: La Defensa en Juicio. ... La Defensa como garantía constitucional venezolana, (Artículo 49.1 ibidem), no se limita al simple nombramiento de un defensor oficioso, sino en la actividad que éste despliegue en forma efectiva en el iter adjetivo, de una defensa técnica, motivada, de tratar de comunicarse con el justiciable, y de tratar de relacionarse con éste”<sup>28</sup>

Como expresamos en este trabajo, pensamos, en contra de la afirmación de la Sala de Casación Civil, que la torpeza o ineptitud del defensor, deriva en su responsabilidad frente al

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, la responsabilidad de los padres y tutores por el daño causado por el hecho ilícito cometido por los hijos y pupilos menores de edad que habiten con ellos. La responsabilidad de los dueños, principales o directores por el hecho ilícito de sus dependientes o sirvientes, en ejercicio de las funciones para las que fueron empleados. La responsabilidad de los preceptores y artesanos por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices, mientras permanezcan bajo su vigilancia.

<sup>28</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia 802 del 17 de noviembre de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/192791-RC.000802-171116-2016-16-087.HTML>

demandado, a quien debe representar eficazmente, en virtud de haber asumido ese compromiso, de allí que al no haber cumplido con su encargo, debe responder por su incapacidad o desidia; sin embargo, ello no es óbice para el desenvolvimiento del proceso, porque de otra manera perjudicaría al demandante, quien no tiene por qué ser víctima de la negligencia e incompetencia del defensor, y retrasaría el juicio, cuando se han cumplido con todos los presupuestos exigidos por la ley, en violación del principio de celeridad procesal.

El defensor tiene la posibilidad de ejercer la defensa del demandado, en los lapsos establecidos por la legislación, por lo que el cumplimiento o no de su deber, insistimos, se enmarca en la esfera de su responsabilidad, y ello no incumbe al proceso ni al resto de los sujetos procesales. Si el incumplimiento se debe a falta de litis expensas, como indicamos infra, el defensor puede solicitar la paralización del juicio debido a la limitación que representaría para él, poder cumplir con sus funciones, supuesto en el cual sí se estaría conculcando el derecho de defensa del legitimado pasivo, en virtud de la imposibilidad del defensor de desarrollar sus actividades en cumplimiento del encargo asumido.

Por tanto, si la defensa ha sido inadecuada por la incapacidad o impericia del defensor ad-litem, o por incumplimiento de sus deberes, por no haber concurrido a los actos del proceso o haber omitido realizar las cargas establecidas en la ley, lo procedente es exigir su responsabilidad tanto disciplinaria como civil, pero en modo alguno reponer la causa.

a.4) Otra hipótesis es que el defensor trate de ubicar al demandado, pero el resultado es infructuoso, porque el defendido no se comunicó con el defensor ante el aviso o llamamiento que este le haya formulado, en el sentido de anunciarle al accionado que al remitente se le ha nombrado defensor judicial en un pleito en el que aquel es demandado; si bien, debe insistir, ello no garantiza la respuesta positiva del defendido, de haber recibido el aviso, lo que el defensor debe acreditar en el expediente, pero consideramos que la falta de comunicación, no obstante el requerimiento del defensor judicial, no invalida las actuaciones efectuadas en el proceso, porque la designación de un defensor judicial, tiene como finalidad, además de defender al demandado inubicado, que el proceso siga su curso hasta su conclusión con una sentencia definitiva.

En oportunidades es bastante complejo -para el defensor- comunicarse con el demandado, bien porque la dirección que aparezca en el expediente no sea la correcta, o la que suministre -a la causa-, por requerimiento judicial, la oficina del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), no se corresponda con la real del demandado, porque este ha cambiado de residencia y no la haya actualizado; o bien porque la manifestada por el accionado al Consejo Nacional Electoral<sup>29</sup> -en la inscripción para ejercer el derecho al voto- no se corresponda con la real porque ha cambiado de sitio de vivienda, por lo que su paradero es desconocido; o si el accionado se encuentra radicado en el exterior -hipótesis cada vez más frecuente en Venezuela- y no se conoce su dirección, lo que haría muy difícil, por no decir imposible, que el defensor estableciera relación con el defendido.<sup>30</sup> Por ejemplo, si una persona parte de Venezuela con destino a la ciudad de Miami, no significa que ese sea su destino final, porque puede hacer conexión para cualquier parte del mundo, bien de manera inmediata o por necesidad posterior, por lo que sería materialmente imposible localizarlo, y es conocido que, inclusive, ante las requisitorias a INTERPOL, que es materia penal, muchas de las personas requeridas no son atrapadas, y en materia civil no existe esta disponibilidad para localizar individuos; incluso, si el destino final de la persona fuere Miami, no es sencillo ubicar su dirección postal a los fines de hacer de su conocimiento la existencia del juicio, y la designación como defensor de aquel quien le remite la comunicación. Si el defensor contara con la dirección de *e-mail*, podría usarla para enviarle un mensaje, siempre y cuando dicha cuenta la tenga activa y pueda servir de contacto, de otra manera se haría nugatoria la posibilidad de hallarlo.

Sin embargo, el defensor que no haya ubicado al accionado debe cumplir con el compromiso asumido, es decir instrumentar la defensa del demandado de forma cabal, dentro de lo posible, dando cuenta al tribunal de las actividades realizadas para encontrar al demandado. En esta circunstancia, en nuestro concepto, las actuaciones realizadas por el

---

<sup>29</sup> A este Ente le es solicitada, por los tribunales, información acerca de la residencia del demandado, porque para ejercer el derecho a voto, se ubica al elector en un centro de votación cercano al domicilio que manifieste. Esta información se considera oficial.

<sup>30</sup> De acuerdo con las cifras suministradas por ACNUR, para el año 2021, más de cinco millones de venezolanos, habían abandonado el país con diferentes destinos.

defensor tienen plena eficacia, si las lleva a cabo en los plazos establecidos por la legislación para ejercer la defensa.

Es necesario acotar que las diligencias que deba hacer el defensor ad-litem para hallar al defendido no pueden extremarse en el sentido de que constituyan un costo elevado que deba desembolsar el defensor, salvo que se puedan ubicar bienes de aquel y el juez autorice su disposición, a fin de cubrir las *litis expensas* necesarias con ese objeto, es decir, para encontrar al accionado, o que el demandante las avance a reserva de recuperarlas de los bienes del demandado. Por ejemplo, si para encontrar al demandado el defensor considerara conveniente publicar un aviso, por varios días, en un diario de circulación nacional, si aquel se encontrare en el país, o si estuviere en el exterior, en la localidad donde presuntamente se encuentre, invitando al defendido a que se comunique con el defensor, dicho requerimiento es costoso, y su resultado podría ser nugatorio, y no ubicar al demandado, bien por no encontrarse en los lugares donde circule el diario o porque el defendido no vio el aviso o porque el emplazado no quiso comunicarse con el defensor. Ante lo ineficaz de localizarlo por esa vía, podría ser pertinente contratar los servicios de un investigador privado para tratar de encontrar al accionado, lo que comportaría un costo elevado, que el defensor no estaría obligado a sufragar con sus propios recursos, por lo que de no contar con las *litis expensas* necesarias, no podría contactar al demandado; pero, estimamos, que de poseer las *litis expensas*, el defensor para incurrir en ese gasto, debe tener la anuencia del juez de la causa, para evitar que sea un dispendio la búsqueda, pero esta alternativa tampoco garantiza ubicar al defendido. Si el demandado no es hallado, no obstante, toda actividad desplegada para localizarlo, el defensor debe implementar la defensa de su patrocinado, con el concurso de su cultura y la técnica que posea, supuesto en el cual toda la actuación del defensor debe ser admitida como válida, siempre y cuando las haya realizado en los lapsos y con las formas ordenados por la legislación.

a.5) Otra conjetura es que el defensor conozca el paradero del demandado y lo contacta, pero el demandado evita reunirse con el defensor, no obstante que hay certeza de que el defendido está en cuenta de qué se trata la razón del empalme perseguida por el defensor de oficio, porque en la comunicación se le indica al demandado que la razón del

llamamiento es por la existencia de un juicio en el que está involucrado, que eventualmente sea complejo, como podría ser, por ejemplo, el de una simulación, y el demandado, bien sea el propio interviniente en el negocio al que se le arroga la condición de simulado, o que fuere llamado en su condición de heredero (sustitución procesal), lo que -en ambos supuestos- haría necesario tener acceso a documentos y al conocimiento de hechos relativos al negocio, por lo que es preciso que el defensor se entreviste con el demandado para obtener información de esos hechos, pero al ser nugatorio el contacto, debido a la actitud displicente del demandado, al defensor no le queda otra alternativa que efectuar la defensa, en resguardo de los intereses del defendido, como es su deber, con el concurso de la cultura y la técnica que posea, sin que pueda exigírsele otra conducta. En este caso, las actuaciones que realice el defensor serán válidas, si se llevan a cabo en las oportunidades y con las formalidades previstas en el ordenamiento procesal.

a.6) Otra conjetura es que el defensor esté relacionado con el defendido. En efecto, puede darse la circunstancia de que el defensor ad-litem, de conformidad con las previsiones del artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, se encuentre dentro del círculo de parientes o amigos del accionado o sea su apoderado, lo que facilitaría la conexión entre defensor y defendido, cuya razón -como se ha afirmado supra- es conocer directamente del demandado los hechos relacionados con la demanda que se le haya propuesto, a fin de realizar, con eficiencia, el resguardo adecuado de los intereses del defendido, lo que estimamos es la intención del legislador, es decir, facilitar la defensa del legitimado pasivo.

No obstante, un sector de la doctrina sostiene que el citado artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, puede colidir con los artículos 3 y 4 de la Ley de Abogados y con el artículo 4 del Reglamento de dicha ley, habida cuenta de la exigencia de esta normativa, que para comparecer por otro en juicio, se requiere poseer el título de abogado.<sup>31</sup> Por nuestra

---

<sup>31</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 33, proferida el 26 de enero de 2004 (Tomada de la página web <https://vlexvenezuela.com/vid/luis-manuel-diaz-fajardo-283408743>, consulta realizada el 8 de julio de 2021) sentó el criterio siguiente: “En efecto, dicha norma dispone que el Tribunal al hacer el nombramiento del defensor dará preferencia en igualdad de circunstancias a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere, oyendo cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla. Cuando el legislador toma en cuenta que para la designación se prefiere a los apoderados, a los parientes y amigos del demandado, y se oiga a su cónyuge (si se tratare de persona natural, casada) lo que se está significando es que el defensor a nombrarse debe tener interés en la defensa, debido a sus nexos con el

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152



parte, creemos que no existe tal colisión, por lo que corresponde al juez armonizar el contenido de las citadas disposiciones y concordarlas con el dispositivo del artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de otorgar preferencia a los amigos o parientes del demandado, si estos poseen el título de abogado y estuvieren en ejercicio de la profesión, o al apoderado que tuviera esa condición, para que el nombramiento recaiga sobre el que tenga ese título y ejerza la profesión, de conformidad con la Ley de Abogados; si el apoderado fuere un mandatario general y no fuere profesional del derecho en ejercicio, no podría ser designado defensor, y el juez debe elegir a otro que cumpla con el señalado requerimiento legal. Si bien la normativa exige que debe atenderse a cualquier indicación que hiciera el cónyuge presente (obviamente, para el que tenga el estado civil de casado), si quisiera hacerla, la indicación podría estar orientada a sugerir a algún conocido que tenga la disposición de asumir la defensa de su cónyuge, sugerencia que es a título informativo para el juez, motivo por el cual este, a su arbitrio, podría acogerla o desecharla, aun cuando el sugerido por el cónyuge tenga la condición de ser abogado en ejercicio de la profesión.

En el mismo sentido se manifiesta el profesor Román José Duque Corredor, quien sostiene que “en igualdad de circunstancias, para el nombramiento del defensor ad-litem, se dará preferencia a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere y se oír cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla (artículo 225). Este defensor deberá ser un abogado en ejercicio, conforme lo dispuesto en el artículo 166 del C.P.C.”<sup>32</sup>

Al referirse a este tema, el profesor Ricardo Henríquez La Roche, específicamente a la preferencia para la designación del defensor ad-litem, afirma que “para que una persona sea preferida en el nombramiento de defensor, es menester que compruebe -por medio de justificativo, acta del estado civil o escritura de mandato- su condición de pariente, amigo o

---

defendido, lo que demuestra que es la defensa plena la razón de la institución. Tal norma (artículo 225 del Código de Procedimiento Civil), colide con la Ley de Abogados (artículo 4), que establece que la representación en juicio sólo corresponde a abogados en ejercicio, y aunque el defensor ad litem no es un mandatario”.

<sup>32</sup> DUQUE CORREDOR, R. J. Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1990, Pág. 139.

apoderado del reo. La opinión del cónyuge no es menester requerida, pero el juez habrá de tenerla en cuenta, con carácter meramente consultivo, si quisiere darla”.<sup>33</sup>

Compartimos lo expresado por el profesor Henríquez, en el sentido de que debe acreditarse en el expediente la condición de pariente o apoderado del demandado, salvo que por notoriedad judicial, el magistrado conociera de la existencia del parentesco o del apoderado, por haber sostenido la defensa del legitimado pasivo -bien como demandante o demandado- en otros asuntos ventilados en el mismo tribunal que deba conocer de la causa en el que deba designarse defensor judicial; sin embargo, en todos los casos, si existiere constancia en las actas procesales de tales circunstancias, o fuere un hecho notorio dicha vinculación, solamente habría que manifestarlas. En el mismo sentido consideramos que debe efectuarse la demostración del matrimonio, salvo que la que la condición de cónyuge se desprenda del expediente o que el demandante la haya invocado, por cualquier motivo. Aunque la ley no lo indica, si el cónyuge fuese abogado y lo solicitare, en nuestro concepto, debería otorgársele preferencia para su nombramiento como defensor, y podría encuadrarse dentro de los amigos del demandado. Con respecto, a la comprobación de la amistad, es un tema más complejo, ya que la relación cercana de dos personas por largo tiempo no denota amistad; por ejemplo, dos compañeros de trabajo que mantienen un trato cordial en virtud del empleo que desempeñan, pero que no se extiende a asuntos personales, no puede considerarse esa camaradería como amistad, no obstante que dicha relación se haya prolongado por varios años; por lo que somos de la opinión de que si alguien formula la solicitud de que se le prefiera para la designación de defensor del demandado, asumiendo esa responsabilidad, arguyendo la amistad entre ambos, debe tenerse como cierta dicha afirmación, salvo que el cónyuge (si lo hubiere) la refute o se desprenda de autos lo contrario. Sin embargo, si dos o más personas adujeran la misma razón de amistad para que se le designe defensor del accionado, en ese caso el juez debería ordenar abrir una incidencia con fundamento en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, ante la necesidad del

---

<sup>33</sup> HENRIQUEZ LA ROCHE, R. Código de Procedimiento Civil, Tomo II. Ediciones Liber. Caracas 2006. Pág. 181.

procedimiento, para determinar la cercana amistad entre los peticionarios y el demandado, a fin de seleccionar al que va a representar al demandado.

En este supuesto, estimamos que la responsabilidad del defensor se acrecienta, habida cuenta la relación mantenida con el defendido, por lo que debe proceder con mayor eficacia en la defensa de los intereses del demandado que le han sido confiados.

a.7) Otra hipótesis que debe considerarse es que el demandado no tenga capacidad procesal, como sería el caso de los menores de edad, los entredichos y los inhabilitados, todos ellos personas naturales, que son lo que podrían estar afectados por dicha incapacidad, lo que puede ser ignorado por el juez y por el demandante en la oportunidad de designar defensor judicial.

No puede olvidarse, como señala María Candelaria Domínguez que, para “actuar directamente en el proceso, se precisa «capacidad procesal», la cual puede considerarse dentro de la capacidad de ejercicio, configurándose como la aptitud o posibilidad para realizar actos procesales válidos por voluntad propia, tales como interponer o contestar demandas, oponer cuestiones previas, promover o evacuar pruebas, solicitar y oponerse a medidas preventivas o ejecutivas, presentar informes y observaciones a estos, hacer posturas de remate, interponer recursos, etc.”<sup>34</sup> Es decir, la capacidad procesal es la potestad que tiene toda persona para actuar en el proceso, ejercer por sí mismo, de acuerdo a las exigencias legales, los recursos o derechos procesales y asumir las cargas que devienen de las normas que tutelan el proceso.<sup>35</sup>

Es necesario recordar que el Código de Procedimiento Civil, al referirse a quienes pueden tener la condición de parte en un proceso, dispone que “son capaces para obrar en juicio las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, las cuales pueden gestionar por sí mismas o por medio de apoderados, salvo las limitaciones establecidas en la ley”;<sup>36</sup> y

---

<sup>34</sup> DOMINGUEZ GUILLEN, M.C. Capacidad y proceso. En Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia número 14. Tomada de la página web <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/06/RVLJ-14-15-59.pdf>. Consulta realizada el 10 de julio de 2021.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ver artículo 136 del Código de Procedimiento Civil.

para el supuesto de que no se tuviese la capacidad procesal, el mismo Código de Rito aporta la solución al establecer que “las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, deberán ser representados o asistidos en juicio, según las leyes que regulen su estado o capacidad”.<sup>37</sup>

Estamos de acuerdo con lo expresado por María Candelaria Domínguez, quien afirma que “La capacidad procesal constituye un requisito necesario para la actuación procesal válida, que se ubica dentro de los denominados «presupuestos procesales», indispensables para la validez del proceso y por tal revisables de oficio”.<sup>38</sup>

Ante la circunstancia de que el demandante en un juicio sea incapaz, el accionado puede promover la cuestión previa contemplada en el ordinal segundo del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y de demostrar esa incapacidad, el demandante debe comparecer legalmente asistido o representado;<sup>39</sup> pero si el demandado en el juicio donde deba designarse defensor judicial fuere el incapaz, consideramos que pueden conjeturarse tres alternativas, a saber:

- 1) Si para el momento de la designación del defensor ad-litem se desconoce la incapacidad que afecta al demandado, por lo que el tribunal procederá al nombramiento del defensor ad-litem, y se avanza con el proceso, cumplidas que sean las formalidades para que el defensor asuma el cargo y se le cite. Una vez que conste en autos la incapacidad del demandado, procedería la nulidad de las actuaciones practicadas, hasta tanto se le designe representante, de acuerdo con el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, si existieren motivos de urgencia, puede

---

<sup>37</sup> Ver artículo 137 del Código de Procedimiento Civil. Apunta Ma. Candelaria Domínguez, siguiendo a Ricardo Henríquez La Roche que “respecto del condenado a presidio o entredicho legal, vale acotar que en razón del carácter taxativo y estricto de la incapacidad de obrar que deriva del artículo 23 del Código Penal su incapacidad se limita a la privación de la libre administración de su patrimonio por acto entre vivos –capacidad negocial patrimonial–; tal incapacidad no debe extenderse al ámbito procesal, por lo que, aunque no pueda acudir personalmente a juicio, el entredicho legal es capaz de designar por sí mismo un abogado que lo represente en juicio”. DOMINGUEZ GUILLEN, M.C. Ob. Cit.

<sup>38</sup> DOMINGUEZ GUILLEN, M.C. Ob. Cit.

<sup>39</sup> Ver artículo 350 del Código de Procedimiento Civil.

nombrarse al incapaz un curador especial que lo represente,<sup>40</sup> con quien podrá entenderse el defensor judicial.

- 2) Otro supuesto que podría suceder es que el demandado se hiciera incapaz durante el transcurso del juicio, supuesto previsto en el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, el que dispone que, ante tal circunstancia, debe suspenderse la causa, a fin de citar a la persona en quien haya recaído la representación del accionado; es decir, existe la necesidad de proveer de representante al demandado. Agrega la norma, que los actos procesales posteriores a la declaración de incapacidad serán nulos; mientras que los anteriores, serán anulables si fuere evidente que la causa de la incapacidad existía al momento de la realización de dichos actos, o siempre que la naturaleza del acto, el perjuicio que resulte o pueda resultar de él, al incapaz, o cualquier otra circunstancia, demuestre la mala fe de la parte favorecida por el acto. Podría suceder que el defensor no tuviese motivos para sospechar de la incapacidad del defendido, supuesto en el cual las actuaciones serían válidas; pero si, por el contrario, se lograra demostrar que el defensor podía conocer que la incapacidad existía, las actuaciones deben anularse.<sup>41</sup> También podría darse la circunstancia, de que el demandante estuviera enterado de la incapacidad de su contraparte (sucesor procesal de quien realizó el negocio que dio origen al pleito)<sup>42</sup> y no lo informó, con la finalidad de menguar la posibilidad de defensa del demandado, y el defensor no había tenido contacto con el defendido por esa razón, por no haberse presentado al llamamiento que se le hiciera.
- 3) Una tercera posibilidad es que no se conociera la incapacidad del demandado, y se procedió a citarlo por el procedimiento de carteles, y al no comparecer en el juicio se le designó defensor judicial, quien atendió los intereses del demandado incapaz, sin conocer este suceso. Ante esta circunstancia, lo que procede es proponer un recurso de invalidación contra la sentencia dictada en ese juicio, de conformidad con lo

---

<sup>40</sup> Ver artículo 143 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>41</sup> Por ejemplo, que el defendido sufra de síndrome de Down, que es un trastorno genético que causa perturbaciones al desarrollo cerebral y del organismo y es la principal causa de discapacidad intelectual, que se puede detectar visualmente, aunque no pueda determinarse el grado de la afección.

<sup>42</sup> El mismo ejemplo indicado previamente, que el demandado se encuentre afectado por el síndrome de Down.

establecido en el ordinal segundo del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de haber citado a un incapaz.<sup>43</sup>

En el supuesto de que la incapacidad deviniera de la minoridad de edad de la persona, debe acotarse que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes,<sup>44</sup> resuelve el tema al prever que los adolescentes tienen plena capacidad en todos los procesos para ejercer las acciones dirigidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio; en consecuencia, pueden realizar de forma personal y directa actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento del mandato para su representación judicial.

Afirma María Candelaria Domínguez, que dicha disposición consagra que el menor de edad tendrá capacidad procesal en aquellos supuestos en que la ley le conceda capacidad de obrar negocial o sustantiva y agrega que “el sentido de la Ley fue concederle participación directa al niño y adolescente por su especial condición, al margen de su incapacidad procesal. Por lo que concluye que en aquellos supuestos en que la concesión por la ley de la capacidad negocial sea limitada, así también lo será en el ámbito procesal.<sup>45</sup> Por ello, habría que atender a la naturaleza de la acción, a fin de determinar la posibilidad del menor de edad de asumir la condición de legitimado procesal.

- b) Como quiera que el defensor judicial, al asumir sus funciones, tiene las mismas facultades que al apoderado designado por el interesado, debe ofrecer al defendido el concurso de la cultura y de la técnica que posea;<sup>46</sup> aplicarlas con rectitud de conciencia y esmero en la defensa; ser prudente en el consejo,<sup>47</sup> sereno en la acción, y proceder con lealtad, colaborando con el juez, en el triunfo de la justicia.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> En este supuesto la invalidación debe intentarse dentro del mes, desde que se haya tenido conocimiento de los hechos, o desde que se haya verificado en los bienes del recurrente cualquier acto de ejecución de la sentencia dictada en el juicio cuya sentencia se trate de invalidar. Artículo 335 del Código de Procedimiento Civil. Este sería un caso de urgencia para que se le designe al incapaz un curador especial que lo represente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 143 eiusdem.

<sup>44</sup> Ver artículo 451 de la LOPNNA.

<sup>45</sup> DOMINGUEZ GUILLEN, M.C. Ob. Cit.

<sup>46</sup> Por ello consideramos que si el abogado seleccionado como defensor, no tiene la especialidad relativa a lo que se discute en el juicio, debe excusarse para ejercer la función en ese proceso.

<sup>47</sup> Este deber aplicaría en el supuesto de que el defensor y el defendido se encuentren en comunicación.

<sup>48</sup> Artículo 15 de la Ley de Abogados.

Es decir, que el defensor asume la misma responsabilidad que el apoderado que hubiese designado el demandado, no solo desde el aspecto profesional, sino moral y ético.<sup>49</sup>

- c) Realizar las diligencias que correspondan, de acuerdo con su posición en el proceso, tales como contestar la demanda, de manera oportuna; promover pruebas en el lapso previsto en la ley, si tuviese la carga de la prueba; contradecir las pruebas ofrecidas, por el contrario, si hubiese motivo para ello; acudir a los actos de sustanciación de pruebas; presentar informes, en primera y segunda instancia de ser el caso; recurrir de las decisiones que fueren desfavorables a su patrocinado; formalizar el recurso de casación o impugnar el formalizado, por el contrario. En fin, efectuar todas las diligencias que sean necesarias en beneficio de su defendido.

La doctrina jurisprudencial reciente se ha mostrado disconforme con la actividad cumplida por el defensor ad-litem, cuando contesta la demanda genéricamente (infitatio), porque, de acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia,<sup>50</sup> la defensa debe ser eficaz a fin de garantizar el derecho a la defensa que incumbe al demandado,<sup>51</sup> y no se considera eficaz que la contestación a la demandada genérica realizada por el defensor, por lo que se inclina por anular las actuaciones y reponer la causa para que se cite nuevamente al demandado, e iniciar nuevamente el procedimiento. Consideramos que la doctrina jurisprudencial no está correctamente focalizada, por los motivos siguientes:

- 1) La infitatio o contestación genérica de la demanda es una forma de defensa, por lo que si el defensor ad-litem piensa que esa es la manera de salvaguardar los intereses del demandado, no habría razón alguna para que no pueda fundamentar en ella la protección de su defendido. Podría darse la circunstancia de que -el defensor- como se ha expuesto anteriormente, no tuvo la posibilidad de contactar al demandado o habiéndolo contactado, no exista excepción que pueda alegar, por lo que necesariamente debe recurrir a la infitatio para cumplir con el deber que le

---

<sup>49</sup> Ver artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>50</sup> Ver sentencia número 96 de fecha 31 de julio de 2007, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 241, paginas 179 – 180.

<sup>51</sup> Ibidem.

ha sido asignado; de otra manera, sería muy poco serio que el defensor judicial formulara una defensa sin fundamento alguno para ello o basado en irrealidades.

No puede entenderse que la doctrina asuma ese criterio cuando es el defensor ad-litem el que cimenta la defensa en la infitatio, pero si lo hace el apoderado del demandado, la actuación sería válida, y se consideraría que ha actuado de la manera que estimó adecuada para la protección de los intereses del demandado. Si se piensa que la infitatio es una defensa insuficiente, lo sería tanto para el defensor de oficio como para el apoderado designado por el demandado, por lo que habría que negarle validez a dicha actuación cuando el apoderado del demandado proceda de esa manera, lo que a nuestro entender no tiene asidero de especie alguna, y si la contestación de la demanda, en cualquiera de los dos supuestos (realizada por el defensor o por el apoderado), lo fue por negligencia, en razón de la existencia de excepciones conocidas por quienes representan los intereses del accionado, el defensor de oficio o el privado deben asumir las consecuencias de su proceder, y el interesado podrá exigir la responsabilidad disciplinaria y civil de aquel que asumió su defensa, como se indica de seguidas.

No es argumento valedero, como lo indica la jurisprudencia, que en virtud de ser el defensor ad-litem un auxiliar de justicia debe proceder de una forma dada, porque tal como lo indicamos infra, existen otros auxiliares de justicia, que por su incumplimiento son sancionados, sin que debe repetirse el encargo que les ha sido formulado y que han aceptado cumplir, bajo juramento.

- 2) En caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas al juramentarse como defensor ad-litem o por haber incurrido en negligencia inexcusable, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la Ley de Abogados, el juez debería denunciar dicha circunstancia ante el Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados en el cual esté inscrito el abogado designado defensor de oficio, a los fines de que se tramite el procedimiento respectivo, y de encontrar, el aludido tribunal, culpable al defensor por haber procedido con desidia, se le impondrá la sanción que corresponda. En caso de que el juez no lo haga, puede acudir al



tribunal disciplinario la persona demandada en el juicio en el que ocurrió el incumplimiento de los deberes del defensor de oficio, a los fines indicado.

- 3) Adicionalmente, el interesado puede interponer, en contra del defensor, las acciones civiles o penales que correspondan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la citada Ley de Abogados, de acuerdo con las circunstancias en que se haya desplegado la conducta indolente e ineficaz del defensor.
- 4) Por tanto, no existe razón alguna para negar la validez de la contestación genérica de la demanda realizada por el defensor, bien este se haya comunicado o no con el defendido, quedando a salvo la responsabilidad por negligencia, como precedentemente se ha indicado.

Además, en abono a lo expresado, debe señalarse que la propia Sala Constitucional se contradice con respecto a la actividad desarrollada por el defensor. En efecto en sentencia proferida el 17 de mayo de 2016, reiterando criterio anterior que cita en dicho fallo, la aludida Sala manifestó lo siguiente:

*“En el caso bajo análisis la Sala considera que la defectuosa defensa desplegada por el defensor ad litem constituye un asunto que sólo afecta la esfera particular de los derechos subjetivos de la parte demandada en el juicio primigenio, tan es así que este tipo de irregularidades procesales son susceptibles de ser consentidas o convalidadas por la parte afectada (Vid. Sentencias de esta Sala números 633 del 26 de mayo de 2009, caso: Giuseppe Emilio Tosco Balza y 911 del 7 de julio de 2009, caso: Inversiones PX-06, C.A.), por tanto, no revisten carácter de orden público ni afectan las buenas costumbres, en el sentido que se le ha dado al cardinal 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo cual esta Sala juzga que el amparo que se propuso contra la sentencia definitiva dictada el 15 de diciembre de 2010 por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia es inadmisibles”.<sup>52</sup> (Cursivas nuestras).*

Es decir, que la negligencia del defensor, al implementar la defensa del demandado, no puede ser motivo para decretar la reposición de la causa.

---

<sup>52</sup> Sentencia N° 373 de Sala Constitucional, de fecha 17 de mayo de 2016. Tomada de la página web <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGkZGmLfSDfmrxtFVJRzwtJcsNs>. Consulta realizada el 7 de julio de 2021.

- d) Es deber del defensor asistir a todas las actividades que requieran su intervención o presencia en el proceso, tales como actos de sustanciación de los medios de prueba, bien hayan sido promovidas por el demandante, algún tercero interviniente u ordenadas por el juez, en uso de sus potestades, y, evidentemente, a las que haya promovido el propio defensor. Es decir, que la defensa sea plena y no una ficción.<sup>53</sup> Ciertamente, que ello está dentro de los deberes que incumben al oficio de defensor, pero su incumplimiento total o parcial, en nuestro criterio, solamente conllevaría la posibilidad de sancionar al defensor y exigir su responsabilidad disciplinaria, civil o penal, o todas, pero no anular las actuaciones cumplidas en el juicio.

#### **IV. DERECHOS QUE CORRESPONDEN AL DEFENSOR AD-LITEM**

Así como el defensor ad-litem tiene deberes que cumplir con motivo de su designación y aceptación del cargo, también tiene derechos que puede exigir, con motivo del cumplimiento de sus funciones, los que podemos clasificar en intelectuales y patrimoniales.

##### **4.1. Derechos intelectuales**

- a) Libertad para investigar los hechos que ha articulado el demandante en el libelo de la demanda, e investigar la información que le haya suministrado el demandado de haber tenido contacto con él, o la pesquisa que pueda realizar derivada de lo expresado, por el contrario, a fin de establecer la veracidad o falsedad de los hechos narrados.

Podría darse el caso de que el demandante y el demandado llegaran a un acuerdo para simular unos hechos, con la intención de defraudar a un tercero, y para tratar de eludir responsabilidades, el demandado se esconde, por lo que no es posible localizarlo para citarlo personalmente, por ello debe recurrirse al procedimiento de carteles para llevar a cabo su emplazamiento y, al no comparecer, se le designa defensor, quien no puede contactar al accionado -debido a que se oculta- y de esta manera el defensor no tiene oportunidad de

---

<sup>53</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 33, proferida el 26 de enero de 2004. Tomada de la página web <https://vlexvenezuela.com/vid/luis-manuel-diaz-fajardo-283408743>, consulta realizada el 8 de julio de 2021.

imponerse de la versión de los hechos de acuerdo a la percepción del demandado; sin embargo, al indagar se percata del fraude que se está fraguando, lo que el defensor debe informar al juez, a fin de que este tome las medidas que estime necesarias para prevenir la colusión.<sup>54</sup>

Por ello es necesario que el defensor tenga la más amplia libertad para investigar los hechos de la litis.

- b) Libertad para argumentar y establecer la estrategia que considere conveniente para la defensa de los intereses de aquel a quien patrocina. Efectivamente, el defensor es quien debe diseñar la estrategia que va a desarrollar en el proceso, es decir, entre otros, va a determinar si es conveniente promover cuestiones previas, porque no obstante existir un defecto en el libelo de la demanda, puede considerar que sería irrelevante para el pleito proponerla; por ejemplo, que el demandante en el libelo haya omitido la indicación de su domicilio,<sup>55</sup> y promoverla conllevaría la tramitación de una incidencia que alargaría el juicio, y la persona que demanda es una transnacional ampliamente conocida, cuya ubicación es del dominio colectivo, por lo que no es relevante la omisión realizada por el accionante en el libelo, y quedaría a la discreción del defensor promover o no la cuestión previa. También, si fuera el caso, le corresponde decidir, en su caso, si debe solicitar una reposición o si es preferible convalidar el vicio existente por estimar que no le causa un verdadero perjuicio al demandado; determinar, si contesta la demanda el primer día del lapso, habida cuenta, por ejemplo, de que el demandante omitió el petitorio en el libelo, y al proceder de esa manera impediría que se pudiera reformar la demanda,<sup>56</sup> o lo hace en el último día por considerar que puede aparecer el demandado que no ha podido contactar, lo que permitiría implementar una defensa más adecuada, etc. En fin, queda a su albedrío decidir la manera de organizar la defensa del legitimado pasivo.

---

<sup>54</sup> Ver artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>55</sup> Ver ordinal 2 del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>56</sup> Ver artículo 343 del Código de Procedimiento Civil.

En ese contexto, también establecerá la argumentación que debe argüir para fundar la defensa del demandado, por lo que determinará la conveniencia de contestar la demanda genéricamente o alegar alguna excepción, en caso de que existiera. Debido a ello, el juez - como se ha expresado supra- no debe inmiscuirse en la forma en que el defensor canalice la defensa, y en caso de que su actitud sea negligente, puede el juez interponer la denuncia ante el tribunal disciplinario del Colegio de Abogado en el que se encuentre inscrito el defensor, tal y como se ha expresado precedentemente.

- c) Que se le faciliten los medios para llevar a cabo la investigación o para ejercer los recursos previstos en la ley. Esto es, que pueda acceder a lugares o documentos o elementos de prueba que tengan relación directa con el objeto del juicio en el que ha sido designado defensor, por una parte; y, por la otra que se le entregue un oficio en el que se indique que es defensor ad-lítem, a fin de acreditar esa cualidad para ejercer alguna acción de amparo o el recurso de revisión constitucional, de ser necesario.
- d) Solicitar se designe otro u otros defensores ad-lítem ocasionales, a fin de ejercer con eficacia el derecho a la defensa del demandado. En efecto, el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil dispone que el apoderado de una de las partes (el defensor ad-litem cumple con esa función), está obligado a seguir el juicio en todas las instancias, siempre que los tribunales que deban conocer el asunto existan en el mismo lugar; por lo que dicha norma, dispone que, en caso contrario, deben hacer las sustituciones convenientes o avisar al poderdante.

Como quiera que el cargo de defensor ad-litem es *intuitu personae*, no puede ser objeto de sustitución, por lo que el defensor, ante la eventualidad de no poder trasladarse, podría solicitar al juez la designación de uno o más defensores, para que atiendan la sustanciación de las pruebas o de alguna apelación, si los tribunales estuvieren ubicados en un sitio distinto a la residencia del tribunal de la causa, a fin de que representen los intereses del demandado, en cuyo caso, dichos defensores ocasionales, tendrán los mismos deberes y derechos que el defensor designado en el juicio.

## **4.2. Derechos patrimoniales**

- a) Que le suministren las *litis expensas* necesarias para cubrir los gastos que requiera para realizar cabalmente la defensa del demandado, de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil. Las *litis expensas* deben pagarse de los bienes del defendido,<sup>57</sup> siempre y cuando estos existan y sean liquidables de inmediato, porque de otra manera no sería posible, para el defensor, llevar a cabo las investigaciones indispensables para efectuar la adecuada protección de los intereses de su defendido. Obviamente, que esto va a variar de acuerdo con la pretensión que se le exija al demandado.

Como quiera que en ello se ingresa en el mundo de la casuística, es preciso indicar que el defensor debe hacer una estimación de las *litis expensas* que aprecie va a requerir para que el juez se las suministre de los bienes del defendido, siempre y cuando no exista ninguna objeción consistente al planteamiento del defensor, y existan dichos bienes; de no poderse obtener de esa fuente, corresponderá al demandante proporcionarlos,<sup>58</sup> y de no hacerlo constituirá una causa para paralizar el juicio, debido a la imposibilidad del defensor de realizar la defensa apropiadamente. Obviamente, si en el transcurso del juicio se encontraran bienes del demandado,<sup>59</sup> pueden liquidarse para reintegrar al demandante lo avanzado, sino este podrá solicitar su reembolso como costos del proceso, siempre y cuando se ubiquen bienes del demandado.

Puede darse el caso de que el objeto de la demanda sea un bien inmueble que esté fuera del sitio de la residencia del tribunal, pero que este tenga competencia para conocer de la demanda, y para fines de la salvaguarda y protección del demandado, el defensor considere necesario percatarse del estado del inmueble o hacer alguna indagación en alguna oficina pública en las que se tengan datos sobre dicho bien, o que sea necesario obtener copias de ellos para consignarlos en el expediente como parte del material probatorio en que va a soportar la defensa, lo que indudablemente comportaría gastos de traslado, pernocta -de ser

---

<sup>57</sup> Ver artículo 226 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>58</sup> Ver sentencia 33 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Suprema de Justicia, en fecha 26 de enero de 2004. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 208 , paginas 102 – 107.

<sup>59</sup> Podría ser que el demandado recibiera una herencia, y parte del activo fuera numerario, por lo que podría contar con fondos para ello, cumplidos que sean los trámites administrativos previstos en la legislación.

el caso-, derechos arancelarios y demás gastos de vida que el defensor no tiene por qué pagarlos de su peculio, por lo que en caso de no poder obtenerlos de los bienes del defendido, o no poderlos o no quererlos suministrar el demandante, necesariamente, el juicio debe paralizarse hasta tanto se le entreguen al defensor los fondos necesarios para implementar cabalmente la defensa que le fue encargada.<sup>60</sup> Puede suceder que para evacuación de las pruebas el defensor deba trasladarse a otros lugares; por ejemplo, para la evacuación de testigos promovidos por cualquiera de las partes o para la instrucción de una inspección judicial, lo que significaría una erogación de dinero para el traslado y demás gastos que deban realizarse con motivo de la sustanciación de dichas probanzas.

Aunque no está previsto expresamente en la ley, consideramos que el defensor debe informar *motu proprio* o a requerimiento del juez sobre los gastos en que ha incurrido, acreditando los soportes respectivos. En caso de que se agote la partida que le fue entregada, además de explicar sobre los gastos incurridos, debe hacer una nueva estimación de las *litis expensas* que requiere para cubrir los gastos que implique llevar adelante el proceso, en beneficio de su patrocinado. Si se comprobare que las *litis expensas* solicitadas lo fueron para gastos superfluos o innecesarios, el defensor debe responder por ello.

- b) Que se le remunere el trabajo, es decir, tiene derecho a cobrar los honorarios que correspondan, en virtud de la defensa que efectúe en beneficio del demandado, salvo que tenga derecho el demandado a la justicia gratuita, de conformidad con lo establecido en el artículo 180.2 del Código de Procedimiento Civil.<sup>61</sup> En el primer supuesto, la cantidad va a variar de acuerdo con la complejidad del asunto, de su importancia, de la suma que se discuta, de las instancias en que se ventile el juicio, las incidencias que hayan surgido, etc. Dichos honorarios los va a determinar el juez, previa consulta a dos abogados referente a la cuantía de los honorarios, los que deben pagarse de los bienes del defendido, de haberse ubicado estos. Si no existieren bienes

---

<sup>60</sup> Ver sentencia 33 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Suprema de Justicia, en fecha 26 de enero de 2004. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 208 , paginas 102 – 107.

<sup>61</sup> La precariedad de la situación económica del demandado, para que el defensor solicite el beneficio, debe fundarse en elementos que sirva para comprobarlos, para lo cual debe existir contacto entre el demandado y su defensor.

del demandado, dichos honorarios debe avanzarlos el demandante, a reserva de recuperarlo con los costos del proceso.

No obstante que la ley no establece la oportunidad para el pago, consideramos que el juez puede hacer una estimación provisoria y avanzar parte de los honorarios al defensor, para establecerlos de forma definitiva a la conclusión del juicio.

## V. ¿QUÉ ES LA CONFESIÓN FICTA?

La confesión ficta es la consecuencia que establece la ley derivada de la conducta del demandado, por no haber cumplido con las cargas que le asigna el ordenamiento procesal.<sup>62</sup>

En efecto, una vez citado legalmente el demandado, tiene la carga dentro del lapso establecido en la ley de contestar la demanda,<sup>63</sup> lo que es una actividad que debería realizar en su propio beneficio, en ejercicio del derecho a la defensa que tiene rango constitucional,<sup>64</sup> y exponer las razones por lo que considera improcedente los alegatos del demandante. Esta actitud de contumacia no permite que los demás sujetos procesales, en especial el juez, puedan imponerse de los motivos que en su defensa pueda tener el accionado, para rebatir la pretensión del contrario. Por ello, es que doctrinariamente, se ha venido sosteniendo que la renuencia del demandado crea una presunción en favor del demandante que debe ser destruida por aquel.

Por ello, es que la norma que regula la confesión ficta, es decir, el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, establece tres condiciones explícitas y una condición implícita, a fin de que puede producirse y declararse la confesión ficta, a saber:

---

<sup>62</sup> La confesión ficta no aplica a todos los demandados, por lo que no procede contra los entes gubernamentales que gozan de los privilegios del Fisco. En el mismo sentido se encuentra lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y el artículo 758 del Código de Procedimiento Civil, relativo a los juicios de divorcio que deban sustanciarse por la normativa de dicho Código.

<sup>63</sup> Ver artículos 342, 344 y 359 del Código de Procedimiento Civil, que corresponde al juicio ordinario y 883 eiusdem al procedimiento breve. Sin embargo, podría promover cuestiones previas, por lo que quedaría diferida la contestación de la demanda. Ver artículo 346 para el juicio ordinario y 884 eiusdem.

En procedimientos especiales también se impone al demandado la misma carga e incluso se amplía, como es el caso del procedimiento laboral, en el que se aplica la misma consecuencia al demandado que no concurriere a la instalación de la audiencia preliminar o a alguna de sus prolongaciones, e igualmente, si no contestare la demanda, de la forma prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos del Trabajo.

<sup>64</sup> Ver artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

- a) La primera condición explícita es que el demandado no dé contestación a la demanda, o lo haga de manera extemporánea, es decir, una vez precluido el lapso previsto para ello. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial venezolana ha venido aceptando como válida la contestación anticipada de la demanda al estimar que no tiene sentido sacrificar la justicia por una interpretación de la norma que evidentemente no se corresponde con la voluntad del legislador y los principios que postula la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.<sup>65</sup>

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada el 2 de noviembre de 2002,<sup>66</sup> reiteró el criterio siguiente:

“...La inasistencia del demandado a la contestación de la demanda o su comparecencia tardía al mismo, vale decir extemporánea, trae como consecuencia que se declare la confesión ficta, que por su naturaleza es una presunción *juris tantum*, (sic) lo cual comporta una aceptación de los hechos expuestos en el escrito de la demanda; siempre y cuando, la pretensión intentada

<sup>65</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 981 del 11 de mayo de 2006 (Tomada de la página web <http://www.grupoveritaslex.com/blog/contestacin-anticipada-a-la-demanda-es-vlida-588>. Consulta realizada el 9 de julio de 2021), admitió la validez de la contestación de la demanda anticipada y señaló: “la contestación de la demanda en el mismo día en que el apoderado judicial del demandado consignó poder, en el juicio principal, día en que se perfeccionó la citación, debe entenderse que la parte demandada tuvo en todo momento la intención y la diligencia de ejercer su defensa, por lo que resulta contrario al derecho a la defensa de los litigantes declarar confeso al demandado, por el hecho de haber efectuado la actuación en cuestión en la oportunidad señalada. Asimismo, se debe señalar que, con dicha actuación, la parte demandada no causó ningún agravio a la parte actora. De esta manera la contestación de la demanda, en los casos en que la contestación debe realizarse dentro de un lapso legalmente establecido, verificada en el mismo día en que se dio por citado el demandado, se considera realizada en forma tempestiva, y así se declara”. Doctrina ratificada mediante sentencia número 1631 de fecha 11 de agosto de 2006.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo número 135, proferido el 24 de febrero de 2006 (Tomado de la página web <https://www.google.com/search?q=Sala+de+Casaci%C3%B3n+Civil.+Sentencia+135+del+24+de+febrero+de+2006.+Validez+de+la+contestaci%C3%B3n+anticipada.&sxsrf=ALeKk03OwMCyCWhsb2dL6ZHChV56wO5HdQ:1626377181660&ei=3YvwYISvJ52MwbkP45q1sAY&start=60&sa=N&ved=2ahUKEwjEkbuR5-XxAhUdRjABHWNNDWY4KBDy0wN6BAgBEEM&biw=1706&bih=801>. Consulta realizada el 9 de julio de 2021), acogió el razonamiento de la validez de la contestación anticipada, por considerar que este criterio está en consonancia con derechos garantizados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo son el principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de ella en armonía con lo estipulado en el artículo 257 *eiusdem*, en el sentido de que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Doctrina ratificada en la decisión 525 de fecha 8 de octubre de 2009 y en la sentencia dictada en el expediente 2016-000539 (caso Francisca Venavente vs Iván Pérez), en fecha 15 de marzo de 2017. <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/SCC-N%C2%BA-RC.000095-15-04-2017.pdf>

<sup>66</sup> Sala de Casación Civil. Fallo proferido en el juicio seguido por el Escritorio jurídico Alirio Naime & Asociados contra la Mancomunidad para la prestación del servicio de distribución y venta de electricidad y gas en los Municipios del Estado Nueva Esparta.



no sea contraria a derecho, por una parte y, por la otra, que nada probare el demandado que le favorezca, ni aparecieren desvirtuados las pretensiones del accionante por ninguno de los elementos del proceso, ya que puede en el lapso probatorio el accionado lograr, con los medios de pruebas admisibles en la Ley, enervar la acción del demandante. Es oportuno puntualizar que el contumaz tiene una gran limitación en la instancia probatoria. No podrá defenderse con alegaciones, hacer contra prueba a los dichos del accionante, que han debido ser esgrimidos en la contestación de la demanda por lo que sólo podrá realizar la contraprueba de las pretensiones del demandante; puesto que – tal como lo pena el mentado artículo 362-, se le tendrá por confeso si nada probare que le favorezca; por tanto, las pruebas aceptadas para ser invocadas por el demandado son limitadas. (Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 14 de junio de 2000, en el juicio seguido por la ciudadana Yajaira López vs Carlos Alberto López, expediente N° 99-458)”.

Lo anterior no implica que, si hubiese una causa extraña no imputable que impidió al demandado cumplir con su carga dentro de las oportunidades legales, que este no pueda solicitar la reposición del juicio, a fin de argüir sus argumentos de defensa. En ese caso podría abrirse nuevamente el lapso de contestación de la demanda.<sup>67</sup> Obviamente, que de acordarse dicha solicitud y el demandado contestara la demanda, no estaríamos en este supuesto, porque no se habría cumplido con esta exigencia.

- b) La segunda de las condiciones explícitas, es que la petición del demandante no sea contraria a derecho, lo que ha sido conceptualizado por la doctrina de la Sala de la Casación Civil del Alto Tribunal de la República,<sup>68</sup> indicando que dentro del

<sup>67</sup> Ver artículo 202 del Código de Procedimiento Civil.

Es importante tener en cuenta la decisión número 810, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, proferida el 18 de abril de 2006, mediante la cual determinó: a) Que la falta de apersonamiento del demandado en el juicio o la falta de contestación de la demanda, en el procedimiento laboral, comporta la presunción de los hechos alegados por el demandante y la inmediata decisión de la causa, siempre y cuando la incomparecencia sea voluntaria y sin justa causa de la parte demandada; b) De comprobarse el caso fortuito o la fuerza mayor, ello comportaría la reposición de la causa al estado de celebración de nueva audiencia preliminar, en la que tendrá plena posibilidad de defensa respecto al fondo del asunto; c) Los jueces laborales han de procurar una interpretación laxa del concepto de caso fortuito y fuerza mayor, que abarque cualquier impedimento razonable que dificultara o impidiera al demandado su oportuna comparecencia a la audiencia; d) Que debe tenerse en cuenta para decretar la confesión ficta, que la petición del demandante no sea contraria a derecho; e) Que podrán valorarse al momento de la decisión, con independencia de que hubiese operado la confesión ficta, por falta de contestación de la demanda, si en la audiencia preliminar se hubiesen consignado elementos de juicio relevantes respecto de los hechos que fundamentan la demanda.

<sup>68</sup> Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 112 del 30 de marzo de 1995. Caso José Félix Rondón contra INTANA C.A. (Industria Tarjetera C.A.). Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Oscar R. Pierre Tapia. Tomo 3. Marzo 1995. Págs. 384 – 385.

amparo de la confesión ficta, por la falta de contestación de la demanda, debe prescindirse de las acciones prohibidas por la ley, sobre las cuales -de acuerdo a la Sala- es obvia su exclusión, y solamente pueden ampararse aquellas previstas en la ley, dentro de los límites establecidos por esta. Posteriormente, la misma Sala, al referirse a este requerimiento expresó el criterio siguiente: "... en cuanto a que la pretensión del demandante no sea contraria a derecho la Sala observa que este requisito debe interpretarse en el sentido del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, es decir: "si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley".<sup>69</sup>

Por su parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al referirse a este requerimiento legal, ha expresado que esta exigencia "tiene su fundamento en el entendido que, la acción propuesta no esté prohibida por ley, o no se encuentre amparada o tutelada por la misma; por lo que, al verificar el juez tal situación, la circunstancia de considerar la veracidad de los hechos admitidos, pierde trascendencia al sobreponerse las circunstancias de derecho a las fácticas, ya que aunque resulten ciertos los hechos denunciados no existe un supuesto jurídico que los ampare y que genere una consecuencia jurídica requerida".<sup>70</sup> Por ello, a criterio de dicha Sala, debe entenderse que, si la acción está prohibida por la ley, no hay acción, y no es que sea contraria a derecho, sino que sencillamente no hay acción. De tal forma, que lo contrario a derecho más bien debería referirse a los efectos de la pretensión (un caso palpable de ello, viene a ser el que pretende cobrar una deuda de juego judicialmente,<sup>71</sup> para lo cual carece de acción); y concluye que existen pretensiones contrarias a derecho, cuando la petición no se subsume en el supuesto

---

<sup>69</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia número 1005 del 31 de agosto de 2004. Tomada de la pagina web <https://vlexvenezuela.com/vid/multinacional-seguros-c-593332454>. Consulta efectuada el 9 de julio de 2021.

<sup>70</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia número 2428 del 29 de agosto de 2003. Tomada de la página web <https://accesoalajusticia.org/procedencia-de-la-confesion-ficta/>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021. Ver también Sentencia número 480 del 18 de julio de 2019, proferida por la Sala Política Administrativa, en la que se sustenta el mismo criterio, con fundamento en la citada decisión de la Sala Constitucional. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/306351-00480-18719-2019-2002-1016.HTML>

<sup>71</sup> Podrían reclamarse judicialmente el cobro de las deudas de los juegos que están controlados o supervisados por el Estado. A tal efecto, véanse la Ley Nacional de Lotería y la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Maquinas Traganíqueles.

de hecho de la norma invocada.<sup>72</sup> Sobre este último aspecto, consideramos que por el principio *iura novit curia*, el juez puede desechar la normativa invocada por el accionante, y aplicar la norma que corresponda, y el error del demandante no impediría que el juez hiciera la subsunción de los hechos en la regla respectiva. Igualmente, si los supuestos facticos explanados no se subsumen en ninguna norma, el juez para resolver debe tener en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o aplicar la analogía o recurrir a los principios generales del derecho.

- c) La tercera de las condiciones explícitas exigidas por el artículo 362, antes citado, es que el demandado que no ha contestado la demanda, se le tendrá por confeso si nada probare que lo favorezca.

Ahora bien, ¿Qué debe entenderse por dicha expresión, “si nada probare que lo favorezca”? En ese sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,<sup>73</sup> ha señalado que se le permite al demandado probar algo que lo beneficie, lo que significa que ni siquiera se le exige una plena prueba contra una presunción en su contra. Agrega la Sala que si la confesión expresa puede ser revocada por error de hecho,<sup>74</sup> con mayor razón los efectos del silencio que conduce a que alguien se tenga por confeso, pueden ser revocados, sin necesidad de alegar y probar el error de hecho, en virtud de que el citado artículo 362 previene que con probar algo que lo favorezca al no concurrente, evita que se consoliden los efectos del silencio, y por tanto que se le tenga por confeso.

La Sala concluye que el demandado que no hubiese contestado la demanda debe dirigir su carga probatoria a hacer la contra prueba de los hechos alegados por el demandante, por lo que resultarían infructuosas las pruebas promovidas con relación a excepciones o

---

<sup>72</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia número 2428 del 29 de agosto de 2003. Tomada de la página web <https://accesoalajusticia.org/procedencia-de-la-confesion-ficta/>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021. Ver también Sentencia número 480 del 18 de julio de 2019, proferida por la Sala Política Administrativa, en la que se sustenta el mismo criterio, con fundamento en la citada decisión de la Sala Constitucional. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/306351-00480-18719-2019-2002-1016.HTML>

<sup>73</sup> Sala Constitucional. Sentencia número 370 del 27 de marzo de 2001, caso *Mazzios Restaurant C.A.* Tomada de la página web <https://vlexvenezuela.com/vid/restaurant-c-283491267>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021.

<sup>74</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 1404 del Código Civil.

defensas que debieron haberse alegado en la oportunidad procesal de la contestación y no se hizo.

Más adelante la citada Sala, en el fallo proferido el 29 de agosto de 2003,<sup>75</sup> en la que expresa que en una situación como la planteada, es decir que el demandado no hubiese cumplido con su carga de contestar la demanda o lo hubiese efectuado de manera extemporánea, como se ha indicado supra, su actividad probatoria debe estar enfocada en desvirtuar los hechos constitutivos afirmados por su contrario, como lo es que la obligación no existió o no podía existir. Este criterio fue reiterado en la sentencia proferida el 12 de agosto de 2010.<sup>76</sup>

Por su parte la Sala de Casación Civil del Alto Tribunal de la Republica, se enfoca en el mismo sentido. En efecto, dicha Sala ha sentado que, en supuesto de contumacia del demandado, la ley le permite hacer la contraprueba de los hechos alegados por el actor en el libelo, por lo cual, -a criterio de la Sala- se admite prueba en contrario, por lo que es una presunción iuris tantum.<sup>77</sup> Es decir, no podrá defenderse con alegaciones; hacer contra prueba a los dichos del demandante, que han debido ser esgrimidos en la contestación de la demanda, por lo que solamente podrá hacer la contra prueba de las pretensiones del demandante,<sup>78</sup> pero que no constituyan excepciones que debieron ser alegadas en la oportunidad procesal correspondiente.<sup>79</sup>

Correctamente la referida Sala estableció, consustanciándose con la doctrina patria (Aristides Rengel Romberg), que la confesión ficta trae como consecuencia la presunción de

---

<sup>75</sup> Sala Constitucional. Sentencia número 2428, del 29 de agosto de 2003. Caso Teresa de Jesús Rondón de Canesto. Tomada de la página web <https://www.franciscosantana.net/2012/01/sobre-la-confesion-ficta-carga-de-la.html>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021.

<sup>76</sup> Sala Constitucional. Sentencia número 912, del 12 de agosto de 2010. Caso Vicente Pernía Zambrano. Tomada de la página web <https://www.franciscosantana.net/2012/01/sobre-la-confesion-ficta-carga-de-la.html>. Consulta realizada el 8 de julio de 2021.

<sup>77</sup> Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 469, del 25 de octubre de 1995. Reiterado dicho criterio en la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2002 (Caso Escritorio jurídico Alirio Naime & Asociados contra la Mancomunidad para la prestación del servicio de distribución y venta de electricidad y gas en los Municipios del Estado Nueva Esparta), y en sentencia número 00139 del 20 de abril de 2005.

<sup>78</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia número 202 del 14 de junio de 2000. Caso Y. López contra C.A. López. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 198, paginas 722 – 724.

<sup>79</sup> Ibidem.

la confesión de los hechos narrados en la demanda, más no sobre el derecho o las consecuencias jurídicas que conforme a la ley deben aplicarse a los hechos establecidos.<sup>80</sup>

Por su parte la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, expresa que si bien el demandado, en la oportunidad de dar contestación a la demanda, tiene la carga de alegar las razones fácticas en las que fundamenta su defensa, la ley contempla que en el supuesto de no haber cumplido con dicha carga, que tenga la posibilidad de desplegar su actividad probatoria con miras a desvirtuar los hechos invocados en el libelo, pero no para demostrar hechos nuevos.<sup>81</sup> La misma Sala, al analizar el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, referido a la confesión ficta, en sentencia de fecha 5 de agosto de 1999,<sup>82</sup> expresó lo siguiente: “ El alcance de la locución: ‘nada probare que lo favorezca’, tanto la doctrina como la jurisprudencia han acordado al respecto que es permitida la prueba que tienda a enervar o a paralizar la acción intentada, hacer la contraprueba de los hechos alegados por el actor, demostrar que ellos son contrarios a derecho. En cambio, no es permitida la prueba de aquellos hechos constitutivos de excepciones que han debido alegarse en la contestación de la demanda...”

Igualmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, coincide con dichos criterios y señala que el demandado confeso puede promover “las contrapruebas de los hechos alegados en el libelo de la demanda”.<sup>83</sup>

Comulgamos con dichos uniformes criterios, ya que de la citada norma no podría derivarse una interpretación distinta, ya que, si se permitiera al demandado contumaz comprobar cualquier hecho, estaría en una situación privilegiada porque pudiera comprobar excepciones o hechos no alegados, en detrimento del derecho a la defensa del demandante,

---

<sup>80</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia número 00139 del 20 de abril de 2005. Tomada de la pagina web <https://vlexvenezuela.com/vid/rub-isturiz-gerardo-aranguren-fuentes-283397071>. Consulta realizada el 11 de julio de 2021.

<sup>81</sup> Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 412, del 7 de junio de 1995. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Oscar R. Pierre Tapia. Tomo 7. Julio 1995. Págs. 284 – 286.

<sup>82</sup> En el fallo proferido en el juicio seguido por Vianini S.P.A., contra el Instituto Nacional de Obras Sanitarias (I.N.O.S).

<sup>83</sup> Sala de Casación Social. Sentencia número 75, del 5 de abril de 2000. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Oscar R. Pierre Tapia. Tomo 4. Abril 2000.

quien no podría hacer la contra prueba de hechos que no fueron alegados, a fin de demostrar su falsedad.

- d) La condición implícita está referida a que el demandado se encuentre debidamente citado,<sup>84</sup> bien porque la citación se haya practicado de manera personal, mediante la entrega de la compulsa del libelo de la demanda con la correspondiente orden de comparecencia, bien que haya sido realizada por el alguacil del tribunal, o por otro alguacil o por un notario de la jurisdicción del tribunal,<sup>85</sup> en la morada<sup>86</sup> o habitación del demandado, en su oficina o en el lugar donde ejerce la industria o comercio, o en el lugar donde se le encuentre, siempre y cuando no esté en ejercicio de un acto público o en el templo.<sup>87</sup> El demandado debe firmar el recibo de la compulsa y la orden de comparecencia, el cual al ser agregado al expediente comprobará la citación practicada, en caso de que el demandado no quisiere o no pudiese firmar el recibo, se dará cuenta al juez a fin de que disponga que el secretario del tribunal libre una boleta de notificación, a objeto de comunicar al demandado la declaración del funcionario relativa a su citación, la que debe entregar en el domicilio,<sup>88</sup> residencia, oficina o industria o comercio del citado, de lo cual se dejara constancia en el expediente, indicando haber cumplido con dicha formalidad.<sup>89</sup>

También la ley prevé que, ante la imposibilidad de citar personalmente al demandado, y en el supuesto de que este sea una persona jurídica, el demandante podrá solicitar la citación

---

<sup>84</sup> Ver artículo 215 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>85</sup> Ver artículos 218 y 345 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>86</sup> 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".

<sup>87</sup> Ver artículo 218 del Código de Procedimiento Civil. Debe entenderse como acto Público, aquel que es realizado en el ejercicio o de una función pública. El templo es el edificio o lugar destinado al culto religioso, siempre y cuando dicha religión esté reconocida por el Estado. 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.

<sup>88</sup> 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".

<sup>89</sup> Ver artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

por correo certificado con aviso de recibo, previa a la citación por carteles, para lo cual el solicitante debe indicar la dirección postal en que debe practicarse, que debe corresponder a la oficina o al lugar en donde ejerce su comercio o industria. Una vez que se libre la compulsa con la orden de comparecencia, el alguacil debe llevarla, en sobre abierto, a la respectiva oficina de correo, y el funcionario de esta, que reciba el sobre, debe verificar los documentos que se encuentran en él, procederá a cerrarlo en presencia del alguacil, a quien le entregará un recibo en el que indique el contenido del sobre. El director o administrador debe enviar al tribunal el aviso de recibo firmado por el receptor del sobre, quien debe ser el representante legal o judicial de la persona jurídica citada, uno cualquiera de los directores o gerentes, o el receptor de correspondencia, dejándose constancia de su identificación; dicho recibo debe ser agregado al expediente por el secretario del tribunal, quien indicará la fecha de dicha diligencia, a fin de que se inicie el computo del lapso de comparecencia.<sup>90</sup>

Es importante indicar, que, de haberse efectuado la citación con fraude, en cualquiera de sus modalidades, o se haya emplazado a un entredicho o inhabilitado o a un menor de edad, se podría solicitar la invalidación del juicio,<sup>91</sup> sin perjuicio de la sanción que se debe imponer a los funcionarios, empleados de las personas jurídicas de carácter público o privado, o a cualquier persona que haya forjado o contribuido a forjar una falsa citación judicial.<sup>92</sup>

## **VI. EN CASO DE QUE EL DEFENSOR AD-LITEM NO CONTESTE LA DEMANDA ¿PROCEDERÍA LA CONFESIÓN?**

Hemos visto que el defensor ad-litem tiene como deber principal salvaguardar los intereses del defendido, y como deber particular derivado del genérico indicado, contestar la demanda, se haya comunicado o no con el demandado, de acuerdo con lo expresado precedentemente.

Cuando el defensor ad-litem no contesta la demanda, la tendencia jurisprudencial es que, a pesar del incumplimiento de esa carga, no se produce la confesión ficta del demandado.

---

<sup>90</sup> Ver artículos 219 y 220 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>91</sup> Ver artículo 328 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>92</sup> Ver artículo 222 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia 531, proferida el 14 de abril de 2005, determinó en dicho fallo que:

“(…) la función del defensor ad-litem, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor ad-litem no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor ad litem ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa. (...omissis...) Si el defensor no obra con tal diligencia, el demandado queda disminuido en su defensa, por lo que la decisión impugnada, que no tomó en cuenta tal situación, infringió el artículo 49 constitucional y así se declara”.<sup>93</sup> Con esta decisión la Sala abandonó el criterio sostenido en fallos anteriores donde se indicaba que “bastaba con el nombramiento y posterior juramentación del defensor ad-litem por parte del órgano jurisdiccional, para garantizar el derecho a la defensa de la parte demandada en juicio”.<sup>94</sup> La misma Sala, en sentencia del 26 de enero de 2004, determinó “que no es admisible que el defensor ad-litem no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor ad-litem ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado,<sup>95</sup> no para que desmejore su derecho de defensa”.<sup>96</sup>

La mencionada Sala Constitucional, ante la inactividad del defensor elegido, determinó reponer la causa para que el demandado designe defensor privado o el tribunal escoja otro defensor para continuar el juicio.<sup>97</sup>

Por su parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en la doctrina citada de la Sala Constitucional del mismo Tribunal, en sentencia

<sup>93</sup> Sala Constitucional. Sentencia número 531, del 14 de abril de 2005. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/205218-0997-131117-2017-17-479.HTML>.

<sup>94</sup> Véase sentencia número 967, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 28 de mayo de 2002. Tomada de la página web <https://vlexvenezuela.com/vid/alejandro-rodriguez-283462283>. Consulta efectuada el 11 de julio de 2021.

<sup>95</sup> Estimamos que esto es un error de la decisión, ya que el demandado tuvo que haber sido emplazado por el procedimiento de carteles, pero no concurrió al llamamiento, por ese motivo se designa defensor para que represente sus intereses en el pleito.

<sup>96</sup> Ver sentencia número 3 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 26 de enero de 2004. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 208, paginas 102 – 107.

<sup>97</sup> Sentencia número 9, del 10 de febrero de 2009. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 261, paginas 143 – 146.



997, proferida en fecha 13 de noviembre de 2017, determinó que “En todo caso, esta Sala extremando sus funciones ha podido evidenciar que designado como había sido un defensor ad-litem en la causa, era deber de éste contestar la demanda, toda vez que la parte accionada compareció por primera vez a juicio el día en que se vencía el lapso de veinte (20) días para dar contestación a la misma, según lo contemplado en el artículo 359 del Código de Procedimiento Civil, sin que hasta ese momento el defensor ad-litem hubiese asistido a cumplir con esta actuación, por lo que no podían aplicarse a los demandados los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, pues la diligencia debida imponía al defensor la obligación de velar por el cumplimiento de su mandato, durante el lapso previsto en la Ley”.<sup>98</sup>

Es decir, de acuerdo con lo sostenido por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Social, la deficiente o inexistente defensa por parte del defensor judicial vulnera el derecho a la defensa de quien representa, porque la función del defensor ad-litem es actuar en beneficio del demandado, es el de defenderlo, y por intermedio del defensor el accionado pueda ejercer su derecho a la defensa, la cual supone que sea oído en su oportunidad legal. Por esa razón, concluyen las aludidas Salas que, no es admisible que el defensor ad litem no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. En consonancia con este criterio, la mencionada Sala Constitucional afirma que cuando el demandado queda confeso por negligencia del defensor, no es necesario ni pertinente la desaplicación del mencionado artículo 362 para el restablecimiento del derecho a la defensa del legitimado pasivo, lo que se logra reponiendo la causa al nombramiento de nuevo defensor.<sup>99</sup>

Ciertamente que el defensor es un auxiliar de justicia que cumple la función de mandatario oficioso del demandado, debido a la orden del tribunal, pero su labor es la misma que debe cumplir el apoderado designado por el demandado, quien también tiene el derecho

---

<sup>98</sup> Sala de Casación Social. Sentencia número **997, del 13 de noviembre de 2017**. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/205218-0997-131117-2017-17-479.HTML>.

<sup>99</sup> Sentencia número 809, del 7 de abril de 2006. Jurisprudencia venezolana Ramírez & Garay, Tomo 232, paginas 354 – 355. Este fallo fue proferido con motivo de la acción de amparo constitucional propuesta por V. Vásquez, en la que solicitó la desaplicación del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, con fundamento a la violación del derecho a la defensa.

a la defensa, que debe desarrollarse de acuerdo a las etapas del proceso, por lo que las Salas hacen una distinción extraña porque aplica las consecuencias normativas del 362 del Código de Procedimiento Civil, solamente para el supuesto de que quien patrocine al demandado ostente la representación voluntaria, otorgada por el interesado, mientras que si la representación deviene por orden judicial, no se derivaría el igual resultado, ante la misma conducta. Entonces, esta situación llevaría a establecer una grotesca distinción derivada de quienes ostenten la representación del demandado. Así mismo, no puede perderse de vista que si se designara un defensor ad-litem, que sea apoderado del demandado, de conformidad con el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, no quedaría confeso ficto, aunque no hubiese contestado la demanda, a pesar de haber aceptado doblemente la responsabilidad de velar por los intereses del accionado, por haber sido escogido por el tribunal, en virtud de ser su mandante; además, se crean dos categorías de representantes que, aunque tienen facultades similares, las consecuencias de su actuación es distinta. En esa línea de pensamiento, la Sala Constitucional concluye que si la inacción es del defensor ad-litem se atenta contra el orden público constitucional por dejar en indefensión a su representado, y en esa circunstancia el remedio es anular todas las actuaciones realizadas en la primera instancia y reponer el juicio al estado de que se ordene una nueva citación del demandado; mientras, si la inactividad es del apoderado constituido por el demandado, se aplica rigurosamente la consecuencia normativa establecida en el artículo 362 del Código Procesal.

Insistimos, que no puede perderse de vista que el defensor de oficio tiene las mismas facultades y las mismas responsabilidades que tendría el apoderado designado por el legitimado pasivo para que encare el juicio en beneficio del demandado, salvo las facultades de disposición, las que, sin embargo, la ley le otorga al defensor ad-litem, en casos determinados; en consecuencia, el defensor tiene el poder de convenir o transigir en la demanda en la que represente los intereses de un no presente o de un ausente, siempre y cuando cuente con el dictamen favorable de dos asesores de comprobada competencia y probidad, designados por el tribunal, a petición del defensor. Por tanto, el defensor no es un simple ejecutor de las diligencias procesales, sino que sus facultades son plenas para implementar la defensa del demandado, y en el supuesto indicado precedentemente, van más allá, y puede comprometer los bienes de su defendido, conviniendo en la demanda o

transigiendo con el demandante, con la anuencia de dos asesores, quienes determinarán sobre la conveniencia del acuerdo.

Ello es posible en el caso de que el demandado sea un no presente o un ausente,<sup>100</sup> por lo que debe aclararse que son instituciones distintas,<sup>101</sup> cuyo punto de convergencia es la necesidad de proporcionar protección a aquellas personas que no pueden velar, por sí mismas, por sus intereses debido a la circunstancia de no encontrarse en un determinado lugar; pero la responsabilidad de las actuaciones convenientes o inconvenientes realizadas en “beneficio” o en “perjuicio” de su defendido, debe asumirlas el defensor designado, como correspondería a las que realice el apoderado constituido por el interesado, de acuerdo a los antes indicado.

Otro argumento de la Sala Constitucional para anular las actuaciones del defensor judicial en el supuesto de que no haya sido diligente es que “la juramentación del defensor ad litem es materia de orden público y su omisión o irregularidad hacen nulas e inválidas sus actuaciones, dada la solemnidad con que el legislador ha rodeado la aceptación de los funcionarios auxiliares, tanto permanentes como accidentales del Poder Judicial”.<sup>102</sup>

Pensamos que la aludida Sala des focaliza el tema y fuerza los argumentos para arribar a una conclusión incorrecta. En efecto, los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de

---

<sup>100</sup> Un ausente, además del desaparecido, puede ser que se ignore su paradero, a pesar de que se encuentre dentro de la misma ciudad.

<sup>101</sup> El no presente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 417 del Código Civil, es la persona que no se encuentra en el país, y de cuya existencia no hay duda, se le debe proveer de un defensor, quien hará los tramites que correspondan para practicar alguna diligencia judicial o extrajudicial, para lo cual sea impretermitible la citación del no presente. En contraste la ausencia comporta la duda acerca de la existencia de una persona, es decir, la incertidumbre de si esta con vida o ha fallecido, por haber desaparecido de su ultimo domicilio sin que se tengan noticias de ella; por lo que, el juez del último domicilio o de la última residencia del ausente, a instancias de los interesados o de los herederos presuntos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 419 del Código Civil, mientras la ausencia sea solamente presunta, y ante la inexistencia de apoderado, puede nombrar a quien represente al ausente en juicio, en la formación de inventarios o cuentas, o en las liquidaciones y particiones en que el ausente tenga interés; y dictar cualesquiera otras providencias necesarias a la conservación de su patrimonio, con las mismas facultades del representante en juicio, atribuidas al defensor del no presente.

<sup>102</sup> Sala Constitucional. Sentencia número 604 del 25 de marzo de 2003, caso Manuel Antonio Borrego Sterling. Ver también Sala Constitucional, en solicitud de revisión número 609, de fecha 19 de mayo de 2015, caso Victoria Damelis Betancourt Bastidas. <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/198986-346-16517-2017-14-1258.HTML>.

conducta intachable y excelente reputación. Hay casos en los que se exige poseer un título profesional, o el cumplimiento de algún requisito formal para ello, lo que es señalado en la correspondiente norma. Dependiendo del cargo o la ocupación se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, se le puede exigir responsabilidad y cumplimiento, bien esté establecida expresamente en la ley o de manera genérica en ella. En Venezuela, tenemos que existen otros auxiliares de justicia que el incumplimiento de sus funciones acarrea una sanción, mas no la reposición de la causa, como es el caso de los expertos (peritos),<sup>103</sup> que deben prestar juramento.<sup>104</sup> Los síndicos en materia mercantil, a quienes se le exige juramento de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Juramento.<sup>105</sup> Los intérpretes públicos, que pueden ser llamados para la traducción de un documento, quien debe jurar traducir con fidelidad su contenido, etc. Si bien, el inadecuado cumplimiento de sus deberes o su total incumplimiento puede acarrearles la exigencia de su responsabilidad, no conlleva la reposición de la causa.

Por ello, pensamos que es incorrecta la actual posición del Tribunal Supremo de Justicia, reflejada en las decisiones comentadas por lo siguiente:

1) El defensor ad-litem es designado por el juez que está conociendo la causa, por lo que es seleccionado por el tribunal con vista de las aptitudes que se estimen relevantes para el desempeño del cargo.<sup>106</sup> El caso de que, en igualdad de circunstancias, deban elegir un pariente, amigo o apoderado del demandado, previa audiencia del cónyuge, de haberlo, y quisiera hacer alguna indicación al respecto, en nuestro concepto, aminora la responsabilidad de la designación por parte del tribunal, ya que debe seleccionar al abogado que considere idóneo para el ejercicio de esas funciones, y al sugerirlo el cónyuge, se estaría escogiendo a alguien en quien confía, al menos, el cónyuge del demandado.

---

<sup>103</sup> Ver artículo 469 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>104</sup> Ver artículo 458 del Código de Procedimiento Civil

<sup>105</sup> Ver artículo 7 de la Ley de Juramento.

<sup>106</sup> Hay tribunales que tienen una lista de personas que consideran capaces para actuar como defensores judiciales, y los van rotando.

2) El abogado que sea llamado para ser designado defensor, previamente, en nuestro concepto, debe revisar el asunto, a fin de determinar si está preparado para asumir la defensa del caso, por estar dentro de su experiencia, ya que de no ser la materia de que se trate, su especialidad, debe rechazar la elección.

3) El defensor ad-litem al prestar el juramento que exige la ley de juramento,<sup>107</sup> asume la responsabilidad como auxiliar de justicia, frente al demandado y frente a la autoridad que lo designó.

4) No puede castigarse al demandante, quien no tiene injerencia en la designación del defensor ad-litem, con la anulación de todas las actuaciones para reponer el juicio a que se cite nuevamente al demandado o a que se designe un nuevo defensor, ya que ello causa un perjuicio al accionante, porque ha comportado una inversión de tiempo y de dinero para el demandante, que no tiene por qué soportar.

Distinto sería el caso en que la inacción del defensor se deba a su vinculación con el demandante, por lo que en este supuesto la pasividad del defensor provendría de un fraude o colusión perpetrada en contra del accionado, en acuerdo con el demandante, y ante esta circunstancia estimamos que procede la reposición de la causa, y obviamente las acciones derivadas del fraude, de la colusión y de la falta de probidad.

5) El hecho de que el defensor no cumpla con sus cargas podría llevar a distorsiones en el proceso, ya que esta actitud puede ser una consecuencia de un arreglo entre defensor y defendido, a fin de obtener una reposición de la causa.

6) Si ante el incumplimiento de las cargas que asume el defensor al aceptar el cargo, se le exigiera su responsabilidad profesional derivada de la negligencia, al no haber cumplido con sus actividades y la responsabilidad pecuniaria por el daño causado, posiblemente ningún defensor judicial incumpla con sus deberes.

---

<sup>107</sup> Artículo 7 de la Ley de juramento. Ver nota número 5.

## **CONCLUSIONES.**

Como colofón de lo expuesto, podemos señalar lo siguiente:

1) El defensor ad-litem es una institución creada para que en caso de que exista imposibilidad de citar al demandado en forma personal, pueda entablarse la relación procesal.

2) La función del defensor es representar al demandado en el juicio en el que fue designado.

3) El defensor es un auxiliar de justicia, por lo que se le exige juramentarse al aceptar el cargo.

4) El defensor tiene que ser abogado, a fin de cumplir con la exigencia del artículo 166 del Código de Procedimiento Civil.

5) El defensor es designado por el juez, quien debe escogerlo de acuerdo con su experiencia en la materia debatida en el juicio. En igualdad de circunstancias debe dársele preferencia a los parientes, amigos o al apoderado del demandado, si lo tuviese.

6) El defensor judicial tiene las mismas facultades que tendría el apoderado designado voluntariamente por el interesado, es decir, para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados, por ley, a la propia parte, pudiendo actuar en todas las instancias y ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios. Sus facultades no le permiten convenir en la demanda, ni transigir, salvo cuando represente a un no presente o a un ausente, y se cumplan con las exigencias de ley.

7) Los deberes fundamentales del defensor son los siguientes:

7.a) Contactar al demandado, con la finalidad de implementar una defensa eficaz.

7.b) Debe ser diligente en su actuación y ofrecer al defendido el concurso de la cultura y de la técnica que posea.

7.c) Realizar las diligencias que correspondan, de acuerdo con su posición en el proceso, es decir, representante del demandado.

7.d) Asistir a todas las actividades que requieran su intervención o presencia en el proceso.

8) Los derechos del defensor, son los siguientes:

8.a) Al defensor le incumben derechos intelectuales, lo cuales desde nuestra óptica son los siguientes:

8.a.1) Libertad para investigar los hechos.

8.a.2) Libertad para argumentar y establecer la estrategia que estime conveniente.

8.a.3) Que se le faciliten los medios para llevar a cabo la investigación.

8.b) También corresponden al defensor derechos patrimoniales, a saber:

8.b.1) Que le suministren las *litis expensas* necesarias para cubrir los gastos.

8.b.2) Que se le remunere el trabajo.

9) La confesión ficta es la consecuencia que establece la ley derivada de la conducta del demandado, por no haber cumplido con las cargas que le asigna el ordenamiento procesal.

10) De acuerdo con la doctrina jurisprudencial el defensor no puede quedar confeso, porque ello perjudicaría a su defendido. Lo procedente sería -de acuerdo con la jurisprudencia actual- reponer la causa.

11) En nuestro criterio el defensor puede quedar confeso, si se cumplen con las condiciones exigidas por la legislación. En consecuencia, no sería procedente la reposición de la causa, y el demandado debería exigirle al defensor la responsabilidad disciplinaria si fue negligente, y la responsabilidad civil por el daño causado, o la penal si hubiese colusión o fraude en su conducta.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Compilación Legislativa de Venezuela. Editorial Andrés Bello. Caracas 1942.

DOMINGUEZ GUILLEN, María Candelaria. Capacidad y proceso. En Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia número 14. Tomada de la página web <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/06/RVLJ-14-15-59.pdf>.

DUQUE CORREDOR, Román José. Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1990.

HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Código de Procedimiento Civil, Tomo II. Ediciones Liber. Caracas 2006.

PIERRE TAPIA, Oscar R.

- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tomo 3. Marzo 1995; Tomo 7. Julio 1995.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Tomo 4. Abril 2000.



RAMIREZ & GARAY. Jurisprudencia venezolana. Tomos 208, 232, 241, 242 y 261.

RENGEL ROMBERG, Arístides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II. Teoría General del Proceso, Editorial Arte, Caracas, 1995.

YANNUZZI RODRIGEZ, Salvador. La anulación de la confesión en el procedimiento civil. En Revista número 65 – 66 de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2011.

### **Paginas consultadas**

<https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/SCC-N%C2%BA-RC.000095-15-04-2017.pdf>

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/205218-0997-131117-2017-17-479.HTML>

<http://lacionnotificacionenvenezuela.blogspot.com/p/jurisprudencia-sobre-el-defensor-ad.html>.

<http://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CFYQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fblog.pucp.edu>.

<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGkZGmLfSDfmrxtFVJRzwtJcsNs>.

<https://www.franciscosantana.net/2017/05/sobre-los-deberes-del-defensor-ad-litem.html>.

<http://www.grupoveritaslex.com/blog/defensor-ad-litem-deberes-y-obligaciones-394>.

<https://vlexvenezuela.com/vid/luis-manuel-diaz-fajardo-283408743>.

<http://www.grupoveritaslex.com/blog/contestacin-anticipada-a-la-demanda-es-vlida-588>.

<https://vlexvenezuela.com/vid/restaurant-c-283491267>.

<https://www.franciscosantana.net/2012/01/sobre-la-confesion-ficta-carga-de-la.html>.

<https://www.google.com/search?q=Sala+de+Casaci%C3%B3n+Civil.+Sentencia+135+del+24+de+febrero+de+2006.+Validez+de+la+contestaci%C3%B3n+anticipada.&sxsrf=ALeKk03OwMCyCWhsb2dL6ZHChV56wO5HdQ:1626377181660&ei=3YvwYISvJ52MwbkP45q1sAY&start=60&sa=N&ved=2ahUKEwjEkbuR5-XxAhUdRjABHWNNDWY4KBDy0wN6BAgBEEM&biw=1706&bih=801>.

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/198986-346-16517-2017-14-1258.HTML>.

<https://accesoalajusticia.org/procedencia-de-la-confesion-ficta/>.

<https://vlexvenezuela.com/vid/multinacional-seguros-c-593332454>.

<https://vlexvenezuela.com/vid/rub-isturiz-gerardo-aranguren-fuentes-283397071>.

<https://vlexvenezuela.com/vid/alejandro-rodriguez-283462283>.

## EL APORTE DE CRIPTOACTIVOS AL CAPITAL SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: ¿POSIBLE ALTERNATIVA?

*Manuel Alejandro Romero Zapata*

Abogado cum laude egresado de la UJAP en 2020. Asociado de Número en la Sociedad Venezolana de Compliance (SVC). Ha cursado el Programa Especializado en Regulatory Compliance por parte de University of Michigan (EEUU — Coursera), así como también de las áreas del Blockchain & y Criptoactivos: INSEAD (FRANCIA — Coursera) y University Of Michigan (EEUU — Coursera).

### Resumen

La aparición de los criptoactivos como un elemento financiero inédito en los mercados internacionales se ha traducido en un surgimiento de diversas posibilidades, algunas la cuales pudieran resultar ser relevantes para el Derecho Mercantil, una de ellas, la constitución de sociedades a cuyo capital social se aporten criptoactivos. A partir de esa posibilidad, surgen una serie de inquietudes y problemáticas que deberán ser atendidas mediante un análisis particular de la normativa aplicable a la materia específica de la criptoconomía, así como también de aquella de naturaleza mercantil con aplicabilidad en el asunto, entre ellas el Código de Comercio y el Decreto-Ley de Registros y del Notariado.

**Palabras claves:** Derecho Mercantil, Criptoactivos, Derecho Registral, Capital Social, Sociedades Anónimas, Criptoconomía.

## THE CONTRIBUTION OF CRYPTO ASSETS TO THE SHARE CAPITAL OF PUBLIC LIMITED COMPANIES: A POSSIBLE ALTERNATIVE?

### Abstract

The introduction of cryptoassets as an unprecedented financial element in international market has resulted in the emergence of various possibilities, some of which could turn out to be relevant to Commercial Law, one of them, the constitution of companies whose capital stock crypto assets are provided. From this possibility, a series of concerns and problems arise that must be addressed through a particular analysis of the regulations applicable to the specific matter of cryptoeconomics, as well as those of a commercial nature with applicability in the matter, among them the Commercial Code and the Decree-Law of Registries and Notaries.

**Key words:** Commercial Law, Crypto-assets, Registry Law, Social Capital, Public Limited Companies, Cryptoeconomics.

## **INTRODUCCIÓN**

Desde la redacción del libro blanco del bitcoin<sup>1</sup>, y la puesta en marcha de la criptoconomía, el fenómeno de los criptoactivos<sup>2</sup> no ha hecho más que avanzar, cuestión que trajo consigo un escenario inédito en los sistemas financieros del mundo, a la par que posibilidades llamativas para los comerciantes. Esta novedad, que en un primer momento no tuvo la debida atención por parte de los Estados y sus respectivos poderes legislativos, actualmente es considerada como la mejor inversión de la última década 2010-2020, de acuerdo a la entidad bancaria Bank of America<sup>3</sup>.

Este acelerado avance disruptivo de los criptoactivos ha obligado a que actualmente, desde la ciencia del Derecho, se realicen planteamientos sobre cómo legislar en torno a un activo que no comporta, en principio, las características básicas de una moneda, siendo esta naturaleza económica que le acompaña la razón por la cual las criptomonedas han ocupado especial atención del derecho tributario, como a su vez del derecho mercantil.

En lo que respecta a la rama mercantil, y la forma en como esta interactúa con dicha novedad, se ha surgido la interrogante sobre cómo deberían tratarse los criptoactivos en cuanto a las sociedades mercantiles se refiere; y, una de las tantas posibilidades que pudiesen suscitarse entre ambos mundos vendría siendo la de aportar criptoactivos al capital social de una sociedad mercantil.

El objeto de estudio del presente escrito es dar respuesta a dicha interrogante, tomando en consideración para ello tanto la legislación de países foráneos dictada en la materia, como también la normativa nacional enfocada en los criptoactivos; todo ello a los fines de posteriormente evaluar si en Venezuela y específicamente en nuestra actual legislación mercantil existe cabida o no para dicha posibilidad. Tal análisis será realizado

---

<sup>1</sup> Satoshi Nakamoto, «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System», *bitcoin.org*, 13 de noviembre de 2008, acceso el 21 de agosto de 2021, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

<sup>2</sup> Se empleará en lo sucesivo el término criptoactivo, al ser las criptomonedas uno de los tantos tipos de criptoactivos existentes en la criptoconomía global actual.

<sup>3</sup> Marianella Vanci, «Bitcoin es considerado por Bank of America como la mejor inversión de la década» *criptonoticias.com*, 19 de diciembre de 2019, acceso el 21 de agosto de 2021, <https://www.criptonoticias.com/mercados/bitcoin-considerado-bank-america-mejor-inversion-decada/>

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

con especial atención de las sociedades anónimas, al ser estas las más frecuentes en la práctica comercial venezolana.

## **I. DEFINICIÓN JURÍDICA DE LOS CRIPTOACTIVOS.**

Antes de entrar de lleno al proceso de dar respuesta a la interrogante concerniente al aporte de criptoactivos al capital social de sociedades anónimas, resulta menester destacar sobre cómo se tratarán los criptoactivos a tales efectos, sabiendo que dicho capital pudiera componerse de acuerdo a MORLES<sup>4</sup> por aportes en dinero o en especie. Por ende, tener una aproximación terminológica en cuanto a cómo podríamos definir a los criptoactivos pudiera permitir un mayor entendimiento de la problemática.

Aún con ello, y más que recabar todas y cada una de las definiciones que pudieran conseguirse en el Derecho Comparado, producto de la diversidad de abordamientos ya existente, se destacarán en particular los casos concretos de Chile y España dada respuestas sólidas y congruentes que le han dado al tema, otorgándole definición jurídica a los criptoactivos. Y, una vez habiendo realizado tal análisis, se procederá a revisar si en Venezuela poseemos dentro de la normativa vigente una definición jurídica de criptoactivos.

### **1.1. Chile.**

De acuerdo a autores como IGNACIO<sup>5</sup>, en Chile no existe una legislación propia en torno a los criptoactivos, más allá de la forma en que se trata desde un punto de vista de políticas fiscales. El mencionado autor establece que los criptoactivos son “divisas”, ya que no pueden ser consideradas como dinero, producto de que los criptoactivos no son sancionadas por el estado chileno. Ello también se acompaña con que el autor, a su criterio, considera que a partir de la ausencia de normativa regulatoria sobre el tópico resulta dificultoso el reconocimiento de los criptoactivos y su tenencia como algo lícito.

---

<sup>4</sup> Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil 2 – Las sociedades mercantiles* (Caracas: Abcediciones – Universidad Católica Andrés Bello, 2017), 223-234.

<sup>5</sup> Rubén Ignacio, *El régimen jurídico del contrato de permutación en la jurisprudencia* (Santiago: Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2015). Edición en PDF, 78-80.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

En contraste, otros como BEDECARRATZ<sup>6</sup> le otorgan una calificación nacida a partir de los bienes, noción que comparte más características propias del Derecho Civil que la anterior enunciada.

Pareciera más acertado reconocer a las monedas virtuales como una especie de bien incorporal sui generis que como una moneda, las cuales pueden ser empleadas como un commodity y ser objeto de transacciones e inversiones, como ha ido ocurriendo hasta la actualidad. Mientras estas herramientas no sean depositarias de una aceptación generalizada en la sociedad como medio de pago, no puede calificárselas como moneda, al contrario de lo que postulan las definiciones del Banco Central Europeo o la Autoridad Bancaria Europea.

En lo que respecta a definiciones otorgadas propiamente por organismos o cuerpos normativos, el único organismo de Chile que ha otorgado cierto campo normativo en torno a los criptoactivos y su definición ha sido el Servicio de Impuestos Internos – SII, mediante el Oficio 963, publicado en fecha 14 de mayo de 2018, tendiente a regular lo concerniente a la tributación que afecta a las rentas obtenidas en la compra y venta de criptoactivos.

En dicho oficio administrativo tributario, se califica a los criptoactivos como “activos monetarios pactados entre particulares”, como a su vez de “bienes incorporales”, cuestión que los hace para el SII susceptibles de configurar hechos imponible del impuesto a la renta, de acuerdo al ordinal quinto del artículo 20<sup>7</sup> de la Ley sobre el impuesto a la renta<sup>8</sup>. Es de destacar que, pese a dicha calificación de bien, no se traduce con suficiente claridad como para afirmar que mediante su compra o venta nace la obligación de pago del impuesto al valor agregado (IVA).

Existe actualmente de acuerdo a la firma de abogados chilenos Brokering Abogados<sup>9</sup> un proceso legislativo iniciado por parte del Poder Ejecutivo de Chile de crear una ley

---

<sup>6</sup> Francisco Bedecarratz, «Riesgos delictivos de las monedas virtuales: Nuevos desafíos para el derecho penal» *Revista chilena de derecho y tecnología* Vol. 7 (2018), 38. <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/48515/53052>

<sup>7</sup> Dicho ordinal contempla que el impuesto a la renta se pagará sobre “*Todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas*”.

<sup>8</sup> Ley sobre el impuesto a la renta – contenida en el artículo 1 del decreto-ley no. 824 (Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974).

<sup>9</sup> Brokering Abogados. «Criptomonedas en Chile». 06 de febrero de 2020, acceso el 25 de agosto de 2021, [https://www.brokering.cl/criptomonedas-en-chile/#\\_ftn4](https://www.brokering.cl/criptomonedas-en-chile/#_ftn4)

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

Fintech, la cual también abarcaría la regulación concerniente a la materia de criptoactivos, y en donde se estima que se les otorgue eventualmente una definición jurídica más uniforme aplicable a los criptoactivos. Pero, en los momentos actuales, ello sigue sin ser una realidad convertida en cuerpo normativo.

## **1.2. España**

Teniendo entonces que el contexto normativo chileno es variable en torno a la materia, yendo desde una calificación generalísima de “bien incorporal” hasta de “activos monetarios” (aun cuando esta última representa una problemática terminológica, como lo es otorgarle naturaleza monetaria a los criptoactivos), en el caso de España nos encontramos con una mayor uniformidad en torno a darle una definición jurídica más consensuada a los criptoactivos. De acuerdo a la firma Dictuma Abogados<sup>10</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 22 de octubre de 2015 (asunto C-264/14)<sup>11</sup>, es la tomada como el marco definitorio base para el tratamiento jurídico de los criptoactivos en España.

La referida decisión toma a los criptoactivos (tomando que la controversia general se suscitaba en torno al bitcoin) como una “divisa virtual”, teniendo que esta “...*puede definirse como un tipo de moneda digital no regulada, emitida y verificada por sus creadores y aceptada por los miembros de una comunidad virtual concreta*”<sup>12</sup>. A su vez, la decisión igualmente resalta su naturaleza bidireccional en cuanto a la posibilidad de ser compradas y vendidas con arreglo al tipo de cambio corriente del mercado.

Otro aspecto también resaltante del referido fallo es que en el mismo se dictamina en torno al caso particular de la criptomoneda bitcoin que “*Al ser la divisa virtual «bitcoin» un medio de pago contractual, por una parte, no es posible considerarla ni una cuenta corriente*

---

<sup>10</sup> Virginia Paredes, «Criptomonedas en Chile», *Dictuma Abogados*, 28 de marzo de 2019, acceso el 25 de agosto del año 2021, <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/las-criptomonedas-y-su-fiscalidad/20320/>

<sup>11</sup> [https://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf\\_2015\\_04\\_j\\_stjue-de-22102015.pdf](https://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf_2015_04_j_stjue-de-22102015.pdf)

<sup>12</sup> Es importante señalar que el uso del término divisa es usado por parte del Tribunal más como una forma de referirse al origen foráneo que poseen estos activos, en el sentido de que son creados en el seno de una red en forma de Blockchain, que realmente implicar que estos activos son monedas provenientes de países extranjeros.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

*ni un depósito de fondos, un pago o un giro*<sup>13</sup>. Lo anterior tiene como consecuencia legal que, a efectos del impuesto sobre el valor añadido<sup>14</sup>, no se genere un hecho imponible en cuanto a la compra o venta de las mismas<sup>15</sup>.

Partiendo de dicha decisión, se puede observar que la normativa fiscal española ha realizado una exención del IVA a aquellas compras o ventas realizadas de criptoactivos en contraposición a un determinado tipo de cambio. La Dirección General de Tributos de España ha establecido en una serie de resoluciones vinculantes criterios jurídico-tributarios que se nutren del criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- La Resolución V1029-15 de 30 de marzo de 2015<sup>16</sup> recalca la utilidad de los criptoactivos como medio de pago, estableciéndose que las mismas “...*actúan como un medio de pago y por sus propias características deben entenderse incluidas dentro del concepto «otros efectos comerciales» por lo que su transmisión debe quedar sujeta y exenta del Impuesto*”. Dicho criterio es también ratificado posteriormente por la Resolución V2846-15.
- En el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas - IRPF<sup>17</sup>, mediante la Resolución V0999-18 se ha establecido que, por el uso de medio de pago que pudieran tener los criptoactivos, las pérdidas o ganancias producidas por la transmisión de criptoactivos deben de incluirse en la base imponible del impuesto, destacándose en consecuencia la capacidad de los criptoactivos de “aumentar o disminuir” el patrimonio de un particular.

Puede decirse que, de forma definitiva en cuanto a la legislación española se refiere, que los criptoactivos son divisas virtuales que contienen características intrínsecas y distintas

---

<sup>13</sup> TJUE, Asunto C-264/14, parágrafo 42.

<sup>14</sup> El Impuesto al Valor Agregado en el contexto general europeo.

<sup>15</sup> Al ser un medio de pago, y no una “divisa” tradicional en sí, las criptomonedas entran en el supuesto de exoneración contemplado en el artículo 135, apartado 1, letra e) de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido

<sup>16</sup> <https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt-v1029-15-30-03-2015-1411821>

<sup>17</sup> A efectos de mayor entendimiento, esta obligación tributaria es el equivalente al Impuesto sobre la Renta vigente en el territorio venezolano.



**Manuel Alejandro Romero Zapata**

a las monedas de curso legal tradicionales, cuya capacidad de generar rentabilidad le hace ser susceptible de valor y a su vez también comportan un medio de pago.

### **1.3. Venezuela**

Habiendo visto que existe una tendencia en el seno europeo de calificar a los criptoactivos como algo semejante, pero no equivalente al dinero, y teniéndose a partir de los anteriores conceptos una idea más concreta sobre la calificación jurídica de los criptoactivos, resulta consecuente entonces buscar cómo la normativa venezolana se ha encargado de calificar a los criptoactivos jurídicamente hablando. En el caso en concreto, la autora nacional LEPERVANCHE<sup>18</sup> destaca que en Venezuela nos encontramos en primera instancia y de acuerdo al texto constitucional que los criptoactivos no pueden considerarse dinero, producto de que la única moneda de curso legal es el bolívar, tal como se dispone en su Artículo 318:

Artículo 318. Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

Omisis...

A su vez, en el artículo 106 Ley Orgánica de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela se ratifica lo dispuesto en el artículo citado ut supra:

Artículo 106. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

Partiendo de ambos cuerpos legales, se puede decir que en las principales normas concernientes a la materia económica no se encuentra aún una definición expresa legal de los

---

<sup>18</sup> Luisa Lepervanche, «Consideraciones jurídicas sobre criptoactivos y petros», *Revista venezolana de derecho mercantil* – No. 1 (2018), <http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2F4EBF5BD872FE92824.pdf>

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

criptoactivos. Pero, en el caso de la normativa publicada sobre la materia, nos encontramos primeramente que el Decreto Constituyente de fecha 4 de abril de 2018, sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro<sup>19</sup>, le otorga una definición un tanto insuficiente al Petro, proyecto de “criptoactivo” emitido por el estado venezolano, que nos podría dar una ligera aproximación de definición aplicable a los criptoactivos en Venezuela:

Artículo 5. La Criptomoneda venezolana "PETRO" es de característica criptoactivo soberano, respaldado y emitido por la República Bolivariana de Venezuela sobre una plataforma de cadena de bloques federada, intercambiable por bienes y servicios, y por dinero fiduciario de "exchange" nacionales e internacionales, cuyo lanzamiento busca promover una economía digital independiente, transparente y abierta a la participación directa de las ciudadanas y ciudadanos, sobre la base de sus riquezas minerales e hidrocarburos. El Petro es un novedoso mecanismo financiero alternativo al sistema financiero tradicional, favoreciendo el crecimiento de un nuevo ecosistema económico basado en la confianza, integridad, transparencia, eficiencia y rapidez que garantiza la tecnología de cadenas de bloques, en sus tres dimensiones como instrumento de intercambio, de ahorro e inversión y como plataforma tecnológica.

Dejando a un lado la discusión sobre si el Petro puede considerársele desde un punto de vista económico y tecnológico como un criptoactivo per sé, cuestión la cual excede el objeto de estudio del presente escrito, la Asamblea Nacional Constituyente tipifica someramente que el Petro es un “criptoactivo soberano”, sin destacar ciertamente los efectos legales de esto. A su vez, tampoco se especifica si ello puede implicar a efectos contables, fiscales y mercantiles que el Petro se considere una divisa virtual, como ocurre en la normativa española, o en su defecto como un bien intangible.

Una definición más exacta, y que comparte lo que presumiblemente se intentó esbozar en la anteriormente citada norma, lo encontramos en Decreto Constituyente de fecha 20 de noviembre de 2018, sobre el Sistema Integral de Criptoactivos<sup>20</sup>. Dicha norma establece una regulación más amplia de los criptoactivos que la contenida en el anterior decreto, al contener una serie de definiciones dentro de las cuales se contemplan expresamente los criptoactivos:

---

<sup>19</sup> Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.370 Extraordinario de fecha 9 de abril de 2018.

<sup>20</sup> Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.575 de fecha 30 de enero de 2019.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

Artículo 5. A efectos de este Decreto Constituyente, se entiende por:

Omisis...

3. Criptoactivo: Activo digital que utiliza a la criptografía y a los registros distribuidos como base para su funcionamiento.

4. Criptoactivo Soberano: Activo digital emitido y respaldado por la República Bolivariana de Venezuela, bajo la denominación específica que a tal efecto se le confiera.

Como puede observarse, se le adjudica el término “activo digital” como medio terminológico para otorgarle una definición a los términos del citado decreto. En cuanto a la palabra “activo”, la cual posee una gran importancia en las ciencias contables, pudiera destacarse que esta tiene una diversidad de definiciones, las cuales según MARCOTRIGIANO<sup>21</sup> pudieran sintetizarse como todo aquello controlado por la empresa, capaz de generar beneficios económicos futuro, surgido por sucesos ocurridos en el pasado y cuyo valor pueda ser medido de manera fiable.

Sucesivamente la acepción jurídica de los criptoactivos como activos digitales es complementada por parte de la Norma de Información Financiera de Venezuela No. 12, versión 0<sup>22</sup>, titulada “tenencia de Criptoactivos propios”, cuya redacción se dio a partir de la publicación en fecha 19 de Noviembre de 2019 del Decreto N.º 4.025, en el cual se establece la obligación para las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas del registro de información y hechos económicos v expresados contablemente en Criptoactivos Soberanos<sup>23</sup>.

En dicha NIF se establece primeramente una definición similar a la otorgada en el Decreto anteriormente revisado, estableciendo que el criptoactivo “Es un activo intangible que utiliza la criptografía (técnica que funciona a través de la utilización de cifras o códigos para proteger documentos y datos) y a los registros distribuidos como base para su funcionamiento y control”.

---

<sup>21</sup> Laura Marcotrigiano, «Discusión del concepto de “activo” dentro del Marco Conceptual de las Normas Internacionales de Información Financiera» *Actualidad Contable FACES Año 14 N° 22* (2011), <https://www.redalyc.org/pdf/257/25720061006.pdf>

<sup>22</sup> En lo sucesivo VEN-NIF 12, VER. 0

<sup>23</sup> Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.763 de fecha 19 de noviembre de 2019.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

Sucesivamente, y aclarando lo concerniente a la forma en la que estos deberán de ser expresados contablemente, se establece lo siguiente:

1.2. Los criptoactivos serán clasificados como activos corrientes o activos no corrientes, según la temporalidad de la tenencia que tenga prevista la entidad.

1.3. Los criptoactivos se presentarán en el Estado de Situación Financiera en un rubro separado de los otros elementos.

1.4. En el Estado del Resultado del Periodo y en el estado del Otro Resultado Integral se presentará por separado la partida Ganancias y Pérdidas por tenencia de Criptoactivos.

Tomándose entonces los elementos anteriormente extraídos de la NIF mencionada, pudiera decirse que, a efectos de la óptica contable, los criptoactivos podrán considerarse un tipo de activo distinto dependiendo de la temporalidad y uso a que el mismo se le vaya a otorgar, en cuanto a los fines económicos a tratar en el escenario concreto, lo cual significa que:

- Serán considerados activos no corrientes, y en consecuencia intangibles, cuando se tendrán dichos criptoactivos por un lapso superior a un año, y en forma de ahorro, cuestión que dentro de la terminología de los criptoactivos se conoce como *hodl*<sup>24</sup>, y;
- Serán considerados activos corrientes, y en consecuencia disponibles, cuando se piensen usar como medio de pago, o retirarse en un corto o mediano plazo, tal como ocurre con el dinero en caja y en cuentas bancarias.

Poe ende, sobre lo referente a la definición del analizado término, y tomando en consideración tanto el contenido del Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos y la VEN-NIF 12, VER. 0, puede asumirse que en Venezuela se definen legalmente a los criptoactivos como activos intangibles y con un carácter digital, al no encontrarse estos presentes en una expresión física, si no en un espacio virtual<sup>25</sup>. Igualmente,

---

<sup>24</sup> Hodl es un término específico del ámbito de las criptomonedas, empleado para referirse a aquella conducta en la cual se conserva una determinada cantidad de criptomonedas a los fines de esperar a que las mismas suban de precio en el mercado, y ocasionar consecuentemente con ello una rentabilidad.

<sup>25</sup> Dicho espacio visual lo comportará la cadena de bloques correspondiente al criptoactivo, la cual registrará la existencia y titularidad de los mismos.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

estos activos podrán ser, desde lo contable, corrientes o no corrientes dependiendo del uso que le vaya a otorgar la persona natural o jurídica que sea su titular.

Cabe igualmente destacar que, dentro de la doctrina nacional, CARMONA<sup>26</sup> ha realizado aportes sobre los aspectos jurídicos de los Criptoactivos, quien en respecto al Petro estableció que “...*puede considerarse un bien mueble, intangible, genérico, de usos múltiple, pero restringido*”<sup>27</sup>. Dichos calificativos pudieran, extensivamente, aplicarse a una notable parte de los criptoactivos disponibles en el mercado, y los mismos pudieran tenerse como correctamente reflejados en las actuales leyes nacionales antes citadas, ya que se ha regulado al criptoactivo como un bien distinto a las divisas o monedas de curso legal, y ello resulta un acierto terminológico.

## **II. SOBRE LA POSIBILIDAD DEL APORTE DE CRIPTOACTIVOS AL CAPITAL SOCIAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Habiéndose realizado la necesaria labor de dar una respuesta legal a qué debemos de entender por criptoactivos, es hora de analizar la viabilidad de que las criptoactivos puedan ser usados como aporte al capital social de una sociedad anónima, bien sea al momento de su constitución o como una medida *a posteriori* por parte de alguno de los socios. Para dar respuesta a ello, primeramente, se acudirán nuevamente al contexto jurídico de España, al ser este una de las pocas naciones las cuales han abordado la interrogante sobre dicha posibilidad, y posteriormente se procederá a revisar el escenario venezolano en función a las normas concernientes a la actividad registral mercantil.

### **2.1. El Derecho Notarial Español y el aporte al capital social con criptoactivos.**

En España, las sociedades mercantiles se encuentran principalmente reguladas por la Ley de Sociedades de Capital<sup>28</sup> (en lo sucesivo LCS). En dicha norma, específicamente, en

---

<sup>26</sup> Juan Carmona, «El Petro como sucedáneo monetario» *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ACIENPOL N° 161* (Julio – diciembre 2020), 1067-1068 <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf>

<sup>27</sup> Dichos calificativos también son recogidos por el mismo autor en la obra “*Mundo Jurídico de las Criptomonedas*”, el cual comporta el primer libro nacional en la materia regulatoria de la criptoconomía.

<sup>28</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Boletín Oficial del Estado del 02 de Julio de 2010), <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-10544-consolidado.pdf>

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

sus artículos 61 al 66 se desglosan una serie de posibilidades en cuanto a cómo los potenciales socios pueden aportar al capital social, al momento de la creación de la sociedad mercantil. Tal como ocurre en el caso de la normativa venezolana (hecho que se verá con detalle más adelante), existe la posibilidad de aportar tanto dinero, como bienes que sean evidentemente susceptibles de una valoración económica.

Teniendo en cuenta que los criptoactivos en España son considerados como divisas digitales, distintas de las divisas corrientes y del dinero, resulta idóneo revisar el artículo 63 de la referida ley, concerniente a la posibilidad de que se constituya un capital social a partir de aportaciones no dinerarias<sup>29</sup> que resultaría ser el aplicable de acuerdo a la naturaleza de la materia:

Artículo 63. En la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social deberán describirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas

Ahora bien, teniendo en consideración que el referido artículo sería aplicable a la materia que nos ocupa, hay que destacar la serie de requisitos para realizar dicho aporte, como lo son la aportación del bien al capital social, la descripción de lo que se está aportando; y la atribución de un valor en euros, como moneda de curso legal en el país español, así como revisar si estos activos pudieran satisfacer tales exigencias de ley.

En lo que respecta al primer y segundo requisito, los mismos no contemplan mayores dificultades. De acuerdo al autor REQUENA<sup>30</sup>, el cual exploró desde la doctrina sobre la posibilidad de realizar aportes al capital social con uso de criptoactivos, la aportación pudiera realizarse en la *wallet*<sup>31</sup> creada para la empresa a constituir (o aquella que sea simplemente designada para su uso constitutivo o societario, de acuerdo al consenso común de los

---

<sup>29</sup> Tomando en consideración, tal como se destacó en la nota de pie de página no. 12, que si bien son denominados como divisas virtuales, esto no trae consigo que tengan la misma calidad monetaria que pudiera tener una divisa tradicional.

<sup>30</sup> Silvio Requena, «El aumento de capital con criptomonedas en sociedades de capital» Andersen.com, 12 de diciembre de 2018, acceso el 26 de agosto de 2021, <https://es.andersen.com/es/blog/el-aumento-de-capital-con-criptomonedas-en-sociedades-de-capital.html>

<sup>31</sup> Monederos digitales compuestos por una clave pública y una privada, y que permiten el almacenamiento de criptomonedas de un determinado usuario.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

accionistas); y la descripción de dichos bienes simplemente requerirá la elaboración de un escrito justificativo de los criptoactivos, y su distinción en cuanto a su naturaleza del dinero corriente.

Pero, en cuanto a la asignación de valor por parte del aportante, se presenta una problemática particular. Ciertamente el artículo 63 LSC faculta al aportante a que éste estipule el valor del bien aportado, pero los criptoactivos se ven directamente vinculados a un valor de mercado internacional, el cual varía dependiendo del movimiento de las tantas *exchanges*<sup>32</sup> existentes. Por ende, pudiera suscitarse la inquietud sobre la forma en la cual deberá de estipularse el valor de estos criptoactivos al momento de ser aportados.

Por suerte, tal interrogante ha sido respondida en la práctica del derecho notarial español. La firma de abogados Abanlex<sup>33</sup> en el año 2014 lograron la constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada “Coinffeine, SL.”, mediante el aporte no dinerario de criptoactivos al capital social, empleando en dicho caso particular el bitcoin como la criptomoneda de mayor preferencia y adopción internacional; y, el Notario el cual permitió dicha constitución, de nombre Ignacio Lanzón, recoge en su portal web su experiencia del caso mediante un artículo<sup>34</sup>, en el cual se responde desde su experiencia la interrogante sobre la posibilidad o no de constituir una sociedad mercantil con criptoactivos, a partir de una descripción suscita sobre su actuación en el caso concreto.

Ambas experiencias, tanto de la firma de abogados como la del mencionado Notario, pudieran expresarse de la siguiente manera, ordenada numéricamente a los fines de resolver la inquietud concerniente al valor de los criptoactivos, y cómo ocurriría en la práctica tal aporte:

---

<sup>32</sup> Plataformas de intercambio de criptomonedas, las cuales generalmente emplean el uso de conexiones *peer-2-peer* para la materialización de las transacciones entre los usuarios de la plataforma.

<sup>33</sup> Abanlex Abogados, Cómo constituir una sociedad con Bitcoins (bitcoins) en su capital social (Madrid: Abanlex Abogados, 2014). Edición en PDF. [https://www.abanlex.com/wp-content/uploads/2014/08/C%C3%B3mo-constituir-una-sociedad-con-Bitcoins-bitcoins-en-su-capital-social\\_-Abanlex-Abogados.pdf](https://www.abanlex.com/wp-content/uploads/2014/08/C%C3%B3mo-constituir-una-sociedad-con-Bitcoins-bitcoins-en-su-capital-social_-Abanlex-Abogados.pdf)

<sup>34</sup> Ignacio Lanzón, «¿SE PUEDE CONSTITUIR UNA SOCIEDAD CON BITCOINS?» *Notariosyregistradores.com*, 27 de mayo de 2014, acceso el 05 de septiembre de 2021, <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2014-sociedad-bitcoins.htm>

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

- I. Al momento de la redacción de la “escritura de constitución”<sup>35</sup>, se debe de indicar no solamente el capital social reflejado en euros, debidamente suscritos y pagados, si no también que cada accionista aportará en forma de pago de su participación una cantidad de criptoactivos equivalente a la cuota correspondiente en euros.
  - a. Resulta pertinente, al momento de indicar que se van a aportar una determinada cantidad de criptoactivos, qué clase de activo de criptografía se trata, bien sea bitcoin, dash, ether, u otras.
- II. Al momento de la presentación de la referida escritura de constitución, se presenta como adjunto los medios documentales que demuestran la titularidad de la cantidad de criptoactivos aportados. Ello puede hacerse trayendo dentro de la documentación la dirección a la cual se encuentra asociada a la transacción realizada, y que se aloja en la blockchain correspondiente al criptoactivo empleado.
- III. Una vez presentada la documentación, y habiendo agotado el procedimiento notarial de pago de timbres fiscales, el notario procede a la verificación de la dirección en la cual se ve reflejada el monto con el cual se constituye la sociedad mercantil, y que se encuentra en dicho momento alojada en la *wallet* de dicha sociedad.
  - a. El Notario debe de dejar constancia del valor que tenía dicho criptoactivo al momento de realizar la consulta en las distintas métricas disponibles a los efectos del cálculo de valor actual de los criptoactivos<sup>36</sup>.
  - b. A su vez, el Notario debe verificar que efectivamente la llave pública de la *wallet* receptora de dichos criptoactivos coincide con la *wallet* que alegan los accionistas ser propietarios.
- IV. Se procede a dar fiel cumplimiento a la protocolización de la escritura de constitución, habiendo dejado constancia de la titularidad de los criptoactivos

---

<sup>35</sup> En Venezuela, mejor conocido como documento constitutivo.

<sup>36</sup> Para tal fin es generalmente usada la página web de *CoinMarketCap*, la cual recoge un promedio ponderado por vía de los principales exchanges el valor actual e histórico de los criptoactivos más importantes del mercado.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152



**Manuel Alejandro Romero Zapata**

registrados en la *wallet* asignada a los fines de la constitución y del valor efectivo que éstas tenían al momento de realizarse la constitución<sup>37</sup>.

Visto el escenario tanto normativo como práctico, puede afirmarse con tranquilidad que en el derecho español es perfectamente posible la constitución de sociedades mercantiles mediante el aporte de criptoactivos por parte de los socios, tomando en cuenta el escenario antes transcrito. Por ello, queda ahora revisar si lo propio puede ocurrir en Venezuela.

## **2.2. El Derecho Registral Mercantil Venezolano y el aporte al capital social con criptoactivos en sociedades anónimas.**

En lo concerniente a la incógnita sobre el aporte al capital social de una sociedad anónima y con uso de criptoactivos, se debe de tomar como punto de partida la regulación del capital social de dicha figura societaria, contenida a partir de los artículos 248 y siguientes del Código de Comercio. Dichos artículos no componen una definición exacta de lo que vendría a configurar al capital social, pero autores como GARAY<sup>38</sup> sintetizan dicho asunto señalando que “...no es otra cosa que el dinero o bienes que los socios de una sociedad anónima aportan inicialmente a la sociedad para proceder a su creación y cuyo monto o valor debe aparecer en el acta constitutiva”.

Si bien es cierto que los referidos artículos no definen a plenitud al capital social, sí hacen mención a cómo debería procederse en caso de que el capital social sea suscrito o pagado mediante el aporte de dinero o en especie. Tal como se ha podido entrever, lo regulado sobre el aporte en especie será el punto de interés a los efectos del presente escrito, al ya haberse demostrado que la naturaleza de activos intangibles que acompañan a los criptoactivos; pero es menester indicar que el vigente Código regula de forma muy escasa lo referente al aporte en especie al capital social, siendo el único punto resaltante que el derecho

---

<sup>37</sup> De acuerdo a la experiencia recogida por el mencionado Notario, no existe mención o salvedad alguna respecto a si se empleó un experto en materia contable para la verificación del valor del aporte en bitcoins realizado. Ello quizás pudiera explicarse en el sentido de que la información sobre el valor de un criptoactivo es pública y visible para cualquier particular, sin necesidad de agotar los tradicionales métodos de evaluación que tienen que aplicarse en otros tipos de activos.

<sup>38</sup> Juan Garay, Miren Garay, *Código de Comercio comentado* (Caracas: Corporación AGR, S.C., 2013), 152-153.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

que tienen los accionistas a que las estimaciones de los aportes que no sean realizadas en dinero sean apreciados por expertos, de acuerdo al Artículo 256 CC.

La regulación sobre el aporte al capital social en especie se ve acompañada, igualmente, por la Ley de Registros y Notarías<sup>39</sup>, el cual establece dentro de su artículo 57 una obligación al Registrador Mercantil que se encuentra concatenada con el mencionado Artículo 256 CC:

#### Potestades de control

Artículo 57. Corresponde al Registrador o Registradora Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con el Parágrafo Único del Artículo 200 del Código de Comercio. A tal efecto, el Registrador o Registradora Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones.

Omisis...

2. Asegurar que los aportes en especie tengan el valor declarado en el documento de constitución, en los aumentos de capital, en las fusiones o en cualquier otro acto que implique cesión o aporte de bienes o derechos, a cuyo efecto se acompañará un avalúo realizado por un o una perito independiente colegiado o colegiada.

En razón a lo anterior, y tal como ocurre en el contexto normativo español, el funcionario actuante encargado de aprobar el capital social de una sociedad mercantil (en este caso, el Registrador Mercantil) deberá verificar siempre que se haga un aporte en especie el valor o precio que le asignan los socios, ello mediante un avalúo debidamente realizado por un perito colegiado, y a los fines de constatar que verídicamente lo aportado equivale nominalmente al valor agregado.

Partiendo entonces tanto de los artículos citados, y de la poca o nula regulación presente en la materia que limite los bienes susceptibles de ser o no aportados al capital social, pudiera sostenerse que los criptoactivos no son contemplados expresamente ni en el Código de Comercio, ni en las demás leyes tendientes al derecho registral mercantil, no estando

---

<sup>39</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.668 Extraordinario de fecha 16 de enero de 2021.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

prohibidos en cuanto a su aporte al capital social de sociedades anónimas. Tal escenario se encuentra coadyuvado al estar estos activos acompañados de un relativamente amplio marco legal que las regula en forma de decretos, así como también providencias administrativas emanadas de la Superintendencia con competencia en la materia.

## CONCLUSIONES

Tras haber realizado las aclaratorias concernientes a la definición jurídica de los criptoactivos, y su capacidad o no de poder ser aportados al capital social de una sociedad anónima, tomándose tanto escenarios del Derecho Comparado como la normativa nacional vigente, puede concluirse que ello sí es efectivamente posible, al menos desde lo jurídico. Ello a partir de la inexistencia de prohibición expresa en la ley, y la existencia de normas aplicables a la materia de la criptoeconomía.

Pero, si bien es cierto que tal aporte es posible jurídicamente hablando, desde lo práctico deberán de tomarse en consideración algunos aspectos vitales, sobre todo lo concerniente a cuál tipo de criptoactivo se pretende aportar al capital social de una sociedad anónima, bien sea a los efectos de su constitución o como un aporte para aumentar tal capital. Ello es mencionado a partir de que, en general, los criptoactivos como bitcoin poseen un valor sumamente volátil en el mercado<sup>40</sup>, el cual pudiera ser contraproducente a los efectos societarios, siendo en consecuencia las *stablecoins*<sup>41</sup> mejores alternativas para tal fin debido a su cotización estable en el mercado.

A su vez, para la ejecución práctica la validación jurídica por ante una oficina registral mercantil de un aporte al capital social con empleo de criptoactivos, el Registrador Mercantil que atienda el mencionado caso deberá de poseer conocimientos sólidos en la materia, tal

---

<sup>40</sup> Eduardo Venegas, «Gobernador de Banxico ve a Bitcoin “volátil” y como “medio de trueque”» *es. beincrypto.com*, 09 de septiembre de 2021, acceso el 12 de septiembre de 2020, <https://es.beincrypto.com/gobernador-de-banxico-ve-bitcoin-volatil-como-medio-trueque/>

<sup>41</sup> Tipo de criptoactivo el cual, a partir de un respaldo o garantía generalmente representado por monedas fiduciarias tradicionales como el dólar americano, goza de un valor estable e inalterable en el mercado. Tether, expresado en los exchanges como USDT, es uno de los mayores ejemplos a nivel mundial de una *stablecoin* actualmente.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

como entender qué son las *wallets*, *exchanges* y las cadenas de bloques que sustentan los criptoactivos en sí. Sin tales elementos conceptuales correctamente entendidos y manejados, mal podría el funcionario realizar su función de validación, y por consecuencia cada registrador requerirá formación y capacitación las cuales, preferiblemente, deberán de ser coordinadas por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Abanlex Abogados, *Cómo constituir una sociedad con Bitcoins (bitcoines) en su capital social* (Madrid: Abanlex Abogados, 2014). Edición en PDF.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

[https://www.abanlex.com/wp-content/uploads/2014/08/C%C3%B3mo-constituir-una-sociedad-con-Bitcoins-bitcoines-en-su-capital-social-\\_Abanlex-Abogados.pdf](https://www.abanlex.com/wp-content/uploads/2014/08/C%C3%B3mo-constituir-una-sociedad-con-Bitcoins-bitcoines-en-su-capital-social-_Abanlex-Abogados.pdf)

Agustín Díez, «Criptomonedas, economía y derecho», *Revista Chilena de Derecho Tecnológico* Vol. 8 – No. 1 (2019), [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-25842019000100029](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842019000100029)

Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil 2 – Las sociedades mercantiles* (Caracas: Abcediciones – Universidad Católica Andrés Bello, 2017), 223-234.

Beatriz Sánchez, «La aportación de criptomonedas al capital social», *LegalToday*, 09 de octubre de 2017, acceso el 25 de octubre de 2020, <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/nuevas-tecnologias-civil/la-aportacion-de-criptomonedas-al-capital-social-2017-10-09/>

Brokering Abogados, «Criptomonedas en Chile», 06 de febrero de 2020, acceso el 25 de agosto de 2021, [https://www.brokering.cl/criptomonedas-en-chile/#\\_ftn4](https://www.brokering.cl/criptomonedas-en-chile/#_ftn4)

Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos (G.O. No. 41.575 del 30 de enero de 2019).

Decreto N° 4.025, mediante el cual se instruye a las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas en cuanto a la obligatoriedad del registro de información y hechos económicos expresados contablemente en Criptoactivos Soberanos, sin perjuicio de su registro en bolívares, según corresponda (G.O. No. 41.763 del 19 de noviembre de 2019).

Eduardo Venegas, «Gobernador de Banxico ve a Bitcoin “volátil” y como “medio de trueque”» *es.beincrypto.com*, 09 de septiembre de 2021, acceso el 12 de septiembre de 2020, <https://es.beincrypto.com/gobernador-de-banxico-ve-bitcoin-volatil-como-medio-trueque/>

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

Francisco Bedecarratz, «Riesgos delictivos de las monedas virtuales: Nuevos desafíos para el derecho penal» Revista chilena de derecho y tecnología Vol. 7 (2018), <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/48515/53052>

Francisco Rosales, «Aumentar el capital social con criptodivisas», Notario Francisco Rosales Web, 15 de enero de 2019, acceso el 27 de octubre de 2020, <https://www.notariofranciscorosales.com/aumentar-el-capital-social-con-criptodivisas/>

Héctor Rodríguez, «El control Estatal sobre el capital social de las sociedades. Su inconstitucionalidad e ilegal regulación mediante la circular SAREN DG-N00463 del 03/07/2019» Revista Venezolana de Derecho Mercantil No. 4 (2020). [https://7907dbdc-6e18-443b-9fb45bed4fd1da0a.filesusr.com/ugd/de1016\\_c5e0519a48c24d82a988a5d1bc5c5d32.pdf](https://7907dbdc-6e18-443b-9fb45bed4fd1da0a.filesusr.com/ugd/de1016_c5e0519a48c24d82a988a5d1bc5c5d32.pdf)

Ignacio Lanzón, «¿SE PUEDE CONSTITUIR UNA SOCIEDAD CON BITCOINS?» Notariosyregistradores.com, 27 de mayo de 2014, acceso el 26 de agosto de 2020, <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2014-sociedad-bitcoins.htm>

Juan Carmona, Contabilidad en Petros – Otra irregularidad (Caracas: Firma de Abogados Grau, García, Hernández & Mónaco). Edición en PDF, <https://www.ghm.com.ve/wp-content/uploads/2020/01/contabilidad-en-petros-jcc.pdf>

Juan Carmona, «El Petro como sucedáneo monetario» Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ACIENPOL N° 161 (Julio – diciembre 2020), <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf>

Juan Carmona, Mundo Jurídico de las Criptomonedas (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019).

Juan Garay, Miren Garay, Código de Comercio comentado (Caracas: Corporación AGR, S.C., 2013), 152-153.

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

Laura Marcotrigiano, «Discusión del concepto de “activo” dentro del Marco Conceptual de las Normas Internacionales de Información Financiera» Actualidad Contable FACES Año 14 N° 22 (2011), <https://www.redalyc.org/pdf/257/25720061006.pdf>

Ley sobre el impuesto a la renta – contenida en el artículo 1 del decreto-ley no. 824 (Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974).

Ley de Registros y notaría (G.O. No. 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021).

LibreMercado, «Así se constituye una empresa con Bitcoins», 10 de Julio de 2014, acceso el 26 de agosto de 2021. <https://www.libremercado.com/2014-06-10/asi-se-constituye-una-empresa-con-bitcoins-1276520954/>

Luisa Lepervanche, «Consideraciones jurídicas sobre criptoactivos y petros», Revista venezolana de derecho mercantil – No. 1 (2018), <http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2F4EBF5BD872FE92824.pdf>

Marianella Vanci, «Bitcoin es considerado por Bank of America como la mejor inversión de la década» criptonoticias.com, 19 de diciembre de 2019, acceso el 21 de agosto de 2021, [criptonoticias.com/mercados/bitcoin-considerado-bank-america-mejor-inversion-decada/](https://criptonoticias.com/mercados/bitcoin-considerado-bank-america-mejor-inversion-decada/)

Márquez & Abogados. 2017. «¿Puedo constituir una sociedad con Bitcoins?», 26 de septiembre de 2017, acceso el 26 de agosto de 2021, <https://marquezyabogados.es/4824/constituir-sociedad-bitcoin/>

Providencia Administrativa N° 012-2019 mediante la cual se regula la operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Integral de Criptoactivos (G.O. No. 41.906 del 03 de abril de 2019).

Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Boletín Oficial del Estado del 02 de Julio de 2010), <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-10544-consolidado.pdf>

**Manuel Alejandro Romero Zapata**

Rubén Ignacio, *El régimen jurídico del contrato de permutación en la jurisprudencia* (Santiago: Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2015). Edición en PDF.

Satoshi Nakamoto, «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System», bitcoin.org, 13 de noviembre de 2008, acceso el 21 de agosto de 2021, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Silvio Requena, «El aumento de capital con criptomonedas en sociedades de capital» Andersen.com, 12 de diciembre de 2018, acceso el 26 de agosto de 2021, <https://es.andersen.com/es/blog/el-aumento-de-capital-con-criptomonedas-en-sociedades-de-capital.html>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sentencia de 22 de octubre de 2015 (Número de asunto C-264/14). [https://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf\\_2015\\_04\\_j\\_stjue-de-22102015.pdf](https://www.aedaf.es/plataforma/baf/baf_2015_04_j_stjue-de-22102015.pdf)

Virginia Paredes, «Criptomonedas en Chile», *Dictum Abogados*, 28 de marzo de 2019, acceso el 25 de agosto del año 2021, <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/las-criptomonedas-y-su-fiscalidad/20320/>



## VIABILIDAD DEL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO ELECTRÓNICO EN VENEZUELA. ESPECIAL REFERENCIA A LA PANDEMIA COVID-19

*Gabriela C. Cardalda F.*

Abogada *Magna Cum Laude*, UCV. Abogado junior en el departamento de litigios de la Firma Hexa Legal

### Resumen

El testamento es sin duda un acto jurídico trascendental a la propia existencia de la persona física, es entendido como un acto revocable por el cual una persona dispone para su muerte la totalidad o parte de su patrimonio, hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por ley. En este no solo se incluye la disposición sobre los bienes de del *cujus*, sino además las denominadas disposiciones de última voluntad. En la actualidad, el derecho ha ido cambiando a raíz de la aparición de las nuevas tecnologías de la información, lo cual alcanza, incluso, a la forma en la que se pueden otorgar distintos documentos, entre los que se incluyen los más solemnes como es el caso del acto testamentario.

**Palabras claves:** testamento, ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, firma electrónica, testamento electrónico

## VIABILITY OF THE E-TESTAMENTS IN VENEZUELA. SPECIAL REFERENCE TO THE COVID-19 PANDEMIC

### Abstract

The will is undoubtedly a legal act transcendental to the very existence of the natural person, it is understood as a revocable act by which a person disposes for his death all or part of his patrimony, makes some other arrangement, according to the rules established by law. This includes not only the disposition of the assets of the deceased, but also the so-called last will dispositions. Nowadays, the law has been changing as a result of the appearance of new information technologies, which even reaches the way in which different documents can be granted, including the most solemn ones, as is the case of the testamentary act.

**Keywords:** will, law on data messages and electronic signatures, electronic signature, electronic will.

## **INTRODUCCIÓN**

No es un secreto para nadie que con la aparición del internet el proceso de globalización ha ido progresando de forma acelerada. Los avances tecnológicos han ido dejando en desuso cientos de métodos y herramientas que hace más de 20 años parecían irremplazables. La tecnología ha ido creando nuevas formas de interconexión para los seres humanos, ha creado soluciones más rápidas y al alcance de un mayor número de personas y que sin lugar a dudas ha generado nuevos e innumerables conflictos jurídicos. Ante esta situación, los Estados se han visto en la necesidad de adaptar sus legislaciones a las nuevas tecnologías como forma de dar respuesta al sin número de posibilidades que abre el mundo tecnológico en el campo jurídico.

No obstante lo anterior, aún hay áreas del Derecho sobre las cuales la mayoría de las legislaciones se mantienen renuentes a aplicar regulaciones que incorporen el uso de la tecnología, privando a los ciudadanos del goce de las ventajas tecnológicas sobre sus actos y relaciones jurídicas incluida la agilización de trámites que supondría la automatización de los órganos administrativos y de justicia. Una de estas áreas es precisamente el derecho sucesorio, el cual sin duda se encuentra revestido de una serie de solemnidades cuyo cumplimiento condiciona la validez de los actos.

Dada la pandemia que, a la fecha de la escritura del presente texto, amenaza la vida de todos los habitantes del planeta, nos ha surgido la inquietud de si resultaría viable el otorgamiento de un testamento electrónico —a través de un mensaje de datos— conforme a nuestra legislación actual; en tanto resultaría bastante frecuente que aquellos ciudadanos que se encuentran mayormente expuestos al contagio del virus y a sufrir posteriores complicaciones que pudieran causarles la muerte, se encuentren preocupados sobre la forma en que podrán disponer de sus bienes en estos tiempos particulares.

Consideramos entonces que el otorgamiento de un testamento electrónico se manifiesta como la mejor forma de afrontar los impedimentos surgidos a raíz del decreto de estado de alarma en todo el territorio nacional dictado por el Ejecutivo Nacional el 13

Gabriela C. Cardalda F.

de marzo de 2020<sup>1</sup>, como es las limitantes para acudir ante autoridad pública y el alto riesgo de contagio que resulta de asistir a lugares concurridos, lo cual dificulta en gran medida dar cumplimiento a la forma de otorgamiento de testamentos que el Código Civil Venezolano (en lo sucesivo CCV) que se prevé para tiempos de pandemia.

## I. EL TESTAMENTO EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

### Noción y caracteres

Nuestro Código Civil establece que las sucesiones se defieren por la ley o por testamento<sup>2</sup>. De allí podemos concluir que solo a falta (total o parcial) de sucesión testamentaria resulta procedente la sucesión intestada.

De la referida disposición legal se denota la primacía que la ley le otorga a la sucesión testamentaria. Esta es definida por la doctrina como aquella que “tiene lugar como manifestación de la última voluntad del *de cuius*, mediante testamento, por el cual en la vida se dispone del destino de sus bienes a su muerte, dentro de ciertos límites legales”<sup>3</sup>.

En este sentido, se entiende que esta manifestación tiene cabida mediante el instrumento que se denomina *testamento*, definido por el artículo 833 del CCV como “un acto revocable por el cual una persona dispone para su muerte la totalidad o parte de su patrimonio, hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por ley”.

Asimismo, la doctrina patria ha tachado tal definición legal de incompleta, por lo cual se ha propuesto la siguiente: “El testamento es un acto unilateral y espontáneo, solemne, escrito, de última voluntad o *mortis causa*, esencialmente revocable, por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación según las reglas establecidas por la ley”<sup>4</sup>.

Esta definición, además de contener gran parte de los elementos característicos del instrumento, deja bastante claro que la ley otorga a los ciudadanos con capacidad para

---

<sup>1</sup> Decreto 4.160 publicado en G.O. N°. 6.519 extraordinario de fecha 13/20/2020 y su prórroga mediante decreto N°. 4.186 publicado en G.O. N°. 6.528 extraordinario de fecha 12/04/2020.

<sup>2</sup> Artículo 807 del Código Civil Venezolano.

<sup>3</sup> Domínguez Guillén, M. Manual de Derecho Sucesorio, p.p 331-332. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas 2019.

<sup>4</sup> Piña Valles, O. Derecho Sucesoral. Esquemas Prácticos, p. 102. Vadell Editores. Caracas, 2014.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Gabriela C. Cardalda F.

testar<sup>5</sup>, el derecho prioritario de efectuar disposiciones –patrimoniales o extrapatrimoniales<sup>6</sup>- como lo deseen y que surtirá efecto una vez acaecida la muerte del testador.

En este orden de ideas, podemos enumerar las características<sup>7</sup> del testamento así: es un *acto jurídico*, puesto que es una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos jurídicos; además es *unilateral*, dado que para su formación basta la voluntad de una sola persona; de *última voluntad*, debido a que se trata de un acto *mortis causa*; es *solemne* en razón de que se encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos o formalidades de ley esenciales para su validez; *requiere de la intervención del funcionario competente*, requisito respecto del cual se ha discutido sobre si a raíz de la promulgación de la Ley del Registro Público y del Notariado se deroga la potestad atribuida por el Código Civil al registrador para protocolizar testamentos, al respecto un sector de la doctrina —posición a la cual nos adherimos— señala que lo más lógico es interpretar que resulta competente tanto el registrador como el Notario Público<sup>8</sup>; *revocable*, en tanto que al tratarse de un instrumento que contiene la última voluntad de la persona puede ser revocado en sí mismo o por un testamento posterior; *personalísimo* al tratarse de un acto inherente a la voluntad directa del testador, por ello se excluye la representación<sup>9</sup>; *libre o espontáneo*; *puede referirse a la totalidad o parte de los bienes* según indica expresamente el artículo 833 del CCV; *mortis causa* en virtud de que sólo producirá efectos jurídicos una vez haya ocurrido la muerte del testador y es *exclusivo de la persona natural* lo cual impide al ente incorporal ser causante de una sucesión testamentaria.

---

<sup>5</sup> Artículos 836 y s.s. del Código Civil Venezolano.

<sup>6</sup> Véase Domínguez Guillén, M. Ob cit. p.p. 391-393.

<sup>7</sup> *Ibid.* p.p. 398, s.s.

<sup>8</sup> Domínguez Guillén, M. Ob. cit. p. 405.

<sup>9</sup> El artículo 966 del Código Civil Venezolano prevé una excepción a este principio al establecer la potestad de los padres para testar por el hijo incapaz en caso de que este muera en tal incapacidad, cuando no tenga herederos forzosos, hermanos o hijos.

## **Especies**

De conformidad con lo previsto en nuestro Código sustantivo, se distingue tres formas o especies de testamentos: (i) ordinarios; (ii) especiales y; (iii) otorgados en país extranjero<sup>10</sup>.

Escapa del propósito de la presente investigación realizar un análisis exhaustivo de cada uno de ellos, sin embargo vale la pena hacer las consideraciones que a continuación se exponen.

Dentro de los primeros podemos identificar a su vez, que los testamentos pueden ser abiertos o cerrados<sup>11</sup>. Aquellos, de conformidad con el artículo 852 y siguiente del CCV, admiten tres posibilidades: (i) pueden otorgarse mediante escritura pública con los requisitos y formalidades que la ley exige para ello; (ii) sin protocolizar, ante el Registrador –o Notario<sup>12</sup>- y dos testigos<sup>13</sup>; o (iii) sin presencia del funcionario, ante cinco testigos.

En segundo lugar, encontramos los testamentos especiales, aquellos otorgados en tiempos o lugares en que la situación reinante es inusual o extraordinaria<sup>14</sup>. Se trata de testamentos para los cuales no se exige el cumplimiento de las formalidades previstas para los ordinarios<sup>15</sup>. Dentro de estos testamentos especialísimos podemos mencionar: (i) testamentos otorgados en lugares donde haya pandemia; (ii) testamento a bordo de buques de Marina de Guerra o Mercante; y (iii) otorgados por militares y demás personas empleadas en el ejército.

---

<sup>10</sup> Véanse los artículos 879 al 881 del Código Civil Venezolano.

<sup>11</sup> Véase artículo 851 del Código Civil Venezolano.

<sup>12</sup> A raíz de la potestad conferida al Notario en la Ley del Registro Público y del Notariado (G.O. Extraordinaria N°. 6.156 de fecha 19 de noviembre de 2014), en su artículo 75.6. Como se mencionó líneas arriba, compartimos la opinión de que esta atribución no deroga la potestad que el Código sustantivo le otorga al Registrador.

<sup>13</sup> Las formalidades exigidas para los testigos se encuentran previstas en el artículo 864 del Código Civil Venezolano.

<sup>14</sup> Piña Valles, O. Ob. Cit., p. 120.

<sup>15</sup> No obstante se debe tomar en consideración lo previsto en el artículo 882 del Código Civil: “Las formalidades establecidas por el artículo 854, en sus disposiciones 1°, 2°, 3° y 4° y por los artículos 855, 856, 857, 858, 861, 862, 863, 864, 865, 867, 868, 869, 870 y 875, deben observarse bajo pena de nulidad”.

## II. EL TESTAMENTO SIN PRESENCIA DE AUTORIDAD Y EL TESTAMENTO EN ÉPOCAS DE PANDEMIA

Tal y como se expuso con anterioridad, se puede distinguir entre las especies de testamentos, a los ordinarios abiertos y, a su vez, estos pueden ser otorgados sin concurrencia del funcionario siempre que se cumplan con los requisitos que establece el Código. Por otro lado, dentro de los denominados testamentos especiales, pudimos ubicar a los testamentos otorgados en lugares donde reine pandemia grave que se repute contagiosa.

A los efectos de la presente exposición nos corresponde analizar más a detalle cada uno de ellos.

### El testamento abierto

En cuanto al *testamento abierto o nuncupativo*, se entiende como un tipo de testamento ordinario que, de conformidad con el artículo 850 del CCV, se produce cuando el testador al otorgarlo, manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. En razón de esto último es que se ha considerado que su nota distintiva es precisamente la publicidad<sup>16</sup>.

Dentro de las modalidades admitidas por nuestro Código Civil se encuentra la posibilidad de otorgarlo sin presencia de funcionario público ante cinco testigos<sup>17</sup> específicamente en el artículo 853 *in fine*.

De la convergencia de las normas legales que rigen este asunto, se concluye que los requisitos para su otorgamiento son: (i) tiene que constar por escrito (arts. 855 y 856 del CCV); (ii) ha de ser firmado por el testador (art. 856 CCV); (iii) tiene que ser firmado por todos los testigos (art. 855 CCV); (iv) estos tienen que haber sido enterados de la voluntad del testador (ya que de lo contrario mal podrían reconocer judicialmente el contenido del mismo como exige el artículo 855 del CCV)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Domínguez Guillén, M. Ob. cit. p. 413.

<sup>17</sup> Respecto a los testigos, es necesario tener en cuenta las previsiones del artículo 864 del Código Civil.

<sup>18</sup> López Herrera, F. *Derecho de Sucesiones*. p. 194. Tomo I.

Gabriela C. Cardalda F.

Además de lo anterior, resulta necesario para su validez a la luz de lo previsto en el artículo 855 del CCV, la necesidad de que al menos dos de los cinco testigos requeridos, reconozcan judicialmente su firma y el contenido del testamento dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento, ello bajo pena de nulidad del mismo. El testador, por su parte, deberá reconocer su firma y contenido dentro de este mismo lapso y en la oportunidad en que los anteriores lo hagan, salvo que muera en el transcurso de este tiempo o se pruebe su imposibilidad de hacerlo.

Se ha discutido en doctrina sobre la necesidad de que el testamento sea firmado por el testador y los testigos *en un mismo acto*, ello a propósito de lo previsto en el artículo 917 del Código de Procedimiento Civil<sup>19</sup> (en lo sucesivo “CPC”). Al respecto, el autor LÓPEZ HERRERA se ha pronunciado en el sentido siguiente:

*“Evidentemente, existe una clara discrepancia entre los preceptos de la ley sustantiva y los de la ley adjetiva, en lo tocante a la materia que nos ocupa. La doctrina, empero, está pacíficamente de acuerdo en los siguientes puntos: a) que lo esencial en el reconocimiento judicial ulterior del testamento otorgado ante cinco testigos, son los dos aspectos o elementos determinados en el art. 855 CC; b) que el interrogatorio judicial referente a los otros elementos o aspectos adicionales señalados en el art. 917 del CPC, no es esencial ni indispensable, puesto que la ley sustantiva y la adjetiva, no consagran –en realidad– que tales elementos o aspectos adicionales sean solemnidades necesarias en el otorgamiento de ese tipo de testamento abierto, motivo por el cual mal podrían estimarse como determinantes, en el acto de reconocimiento ulterior del mismo”<sup>20</sup>.*

En conclusión de lo anterior, no puede reputarse nulo un testamento que no haya cumplido con los elementos adicionales a los cuales hace referencia el artículo 917 de la norma adjetiva civil, ello en vista de que las únicas solemnidades consagradas para el otorgamiento de este tipo de instrumentos son las establecidas en el artículo 855 de la ley

---

<sup>19</sup> **Artículo 917:** El testamento abierto hecho sin Registrador, ante cinco testigos, deberá presentarse ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentre el testamento, dentro del término que fija el Código Civil para el reconocimiento, acto en el cual deberá preguntarse a los testigos si se verificó el acto estando todos reunidos en presencia del testador; si el testamento fue leído en alta voz en presencia del otorgante y los testigos; si las firmas son las de las respectivas personas, y si las vieron poner en su presencia al testador, o a quien firmó a su ruego, y a cada uno de los testigos. Si el testador viviere para la fecha del reconocimiento deberá hacerlo también, a cuyo efecto declarará sobre los mismos hechos. También dirán los testigos si, a su juicio, el testador se hallaba en estado de hacer testamento.

<sup>20</sup> López Herrera, F. *Ob.Cit.* p.p. 195 y ss.

Gabriela C. Cardalda F.

sustantiva, por lo que mal podría entenderse que el incumplimiento de tales adicionales le resta validez al acto testamentario.

### **El testamento en lugares donde reine pandemia**

En segundo lugar tenemos al *testamento otorgado en lugares donde reine pandemia grave que se repute contagiosa*, como apuntamos en su oportunidad, se trata de un testamento especial que se encuentra previsto en el artículo 865 del CCV y de cuya lectura podemos extraer que para su procedencia es necesario lo siguiente: (i) debe tratarse de un lugar donde reine una epidemia<sup>21</sup>; (ii) la misma debe ser grave y reputarse contagiosa, esto es que debe ser susceptible de causar la muerte y además debe ser posible la transmisión por contacto entre las personas<sup>22</sup>; y (iii) que el testador se encuentre en ese lugar<sup>23</sup>.

Una vez sean concurrentes las anteriores circunstancias, la norma sustantiva admite la posibilidad de otorgar este testamento ante el Registrador o cualquier autoridad judicial de la jurisdicción y ante dos testigos.

En el particular referente a la autoridad frente la cual se puede otorgar, señala LÓPEZ HERRERA que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado<sup>24</sup> no derogó el artículo 865 del Código Civil<sup>25</sup>, por lo que se entiende que los Notarios no tienen conferida la facultad para el otorgamiento de estos testamentos especiales, por lo que niega que los numerales 6 y 7 del art 75 de la LRN puedan aplicarse analógicamente a tal supuesto; por esta razón considera prudente el otorgamiento de estos ante la autoridad judicial<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> De acuerdo con la Real Academia Española se entiende por epidemia: “*Enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas.*”. Consultado en: <https://dle.rae.es/epidemia>.

<sup>22</sup> López Herrera, F. *Ob.Cit.* p. 204.

<sup>23</sup> *Íbid.*

<sup>24</sup> Publicado en G.O. No. 6.156 Extraordinaria del 19/11/2014.

<sup>25</sup> *Íbid.* p.p. 185 y s.s. El autor es de la opinión de que el Decreto Ley del Registro Público y del Notariado (cuya aparición fue en 2001), derogó los artículos del Código Civil que facultan a los Registradores Subalternos para el otorgamiento de testamentos ordinarios abiertos y cerrados, en tanto que esta Ley derogó La Ley de Registro Público y con ello, entiende que se traspasó la facultad reconocida por el CCV a los registradores, a manos de los Notarios. En sentido contrario se expresa María Domínguez Guillén en *Manual de Derecho Sucesorio*. pp. 405-406; opinión que compartimos.

<sup>26</sup> López Herrera, F. *Ob.Cit.* p.205.



Gabriela C. Cardalda F.

En cuanto a esta última, debe entenderse a cualquier juez que tenga jurisdicción en el territorio en el cual se desarrolla la epidemia, sea cual sea su jerarquía, competencia por la materia o cuantía<sup>27</sup>. Asimismo, el precitado artículo 865 del CCV, establece la exigencia de que el testamento se otorgue en presencia de dos testigos quienes deben ser mayores de 18 años y deben saber leer y escribir.

Adicionalmente este tipo de testamentos cuentan con un lapso de caducidad legal prevista en el artículo 866 del CCV, de tres meses una vez haya dejado de reinar la epidemia en el lugar en donde el testador se encuentre, o bien se haya trasladado a un lugar en el que no reine la epidemia.

De lo anteriormente expuesto, creemos que resulta sumamente complicado en este tipo de circunstancias de epidemia acudir ante la autoridad exigida por la precitada disposición legal, en tanto resulta común que el Ejecutivo Nacional adopte medidas de distanciamiento social tendentes a mitigar el contagio de la enfermedad reinante en el territorio nacional, tal y como es el caso actual de Venezuela ante la presencia de la pandemia Covid-19 y de conformidad con el decreto de estado de alarma en todo el territorio nacional<sup>28</sup>.

Adicionalmente, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en la resolución 005-2020 de fecha 5 de octubre de 2020, estableció todo un procedimiento destinado al funcionamiento de los tribunales de la jurisdicción civil a nivel nacional tendente a mitigar el riesgo de contagio.

Sin embargo, somos de la opinión de que ello no ha sido la mejor solución para dar continuidad a las causas de manera eficaz y expedita, en tanto el sistema funciona bajo el *esquema 7+7* e implica que en las semanas flexibles se efectúe la consignación física de las actuaciones remitidas vía correo electrónico, tratándose entonces de un sistema que implica la doble participación de las partes para la realización de los actos procesales y de ninguna manera se refiere a un mecanismo de automatización de los procesos judiciales.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Decreto 4.160 publicado en G.O. N°. 6.519 extraordinario de fecha 13/20/2020 y su prórroga mediante decreto N°. 4.186 publicado en G.O. N°. 6.528 extraordinario de fecha 12/04/2020.

**Gabriela C. Cardalda F.**

En este sentido, pensamos que la solución brindada por la ley para este tipo de situaciones no se presenta como la más idónea para algunas epidemias que son de fácil transmisión, en tanto, que los registros, notarías y tribunales se encuentran cerrados durante las semanas denominadas *radicales*, lo cual conlleva a que en las semanas abiertas al público haya saturación de los mismos generando un irremediable retraso en los actos notariales y registrales, así como también dilación en el trámite de los procesos.

### **III. EL TESTAMENTO ELECTRÓNICO Y SU APLICABILIDAD EN OTRAS LEGISLACIONES**

Cuando hablamos de testamento electrónico hacemos referencia a aquel acto de última voluntad expresado en un medio electrónico como puede ser un archivo en una computadora, Tablet o Smartphone<sup>29</sup>.

Sin embargo, consideramos que la anterior definición resulta un tanto incompleta, por ello preferimos definir el testamento electrónico —a los fines de esta investigación— como aquel en el cual la manifestación de voluntad se ha realizado con empleo de mensajes de datos, que conste en un documento electrónico validado mediante la firma electrónica avanzada<sup>30</sup> del testador<sup>31</sup>.

Si bien es cierto que hablar del otorgamiento de testamento electrónico resulta un tema nuevo y de difícil adaptación a muchísimas legislaciones alrededor del mundo; se ha visto a países como Australia en los cuales su máximo tribunal ha otorgado reconocimiento y efectos jurídicos a testamentos dejados en formato electrónico.

En este sentido, en una decisión emanada de la Corte Suprema de Queensland en Brisbane, Australia en el año 2013<sup>32</sup>, se llegó a discutir el reconocimiento por parte de estas autoridades judiciales de un archivo almacenado en el iPhone del causante como un

---

<sup>29</sup> Véase: <https://www.avezalia.es/testamento-electronico/>.

<sup>30</sup> A decir de Torres Lana, se entiende por esta aquella que resulta suficiente para identificar a una persona en las relaciones elaboradas mediante técnicas informáticas.

<sup>31</sup> Becerril Gil, A. *El testamento electrónico: los actos jurídicos frente a las herramientas tecnológicas*. p. 24. Cuernavaca, México. 2015. Disponible en: <http://fiadi.org/wp-content/uploads/2015/08/Anahiby-Anyel-Becerril.pdf>.

<sup>32</sup> En el caso Yu [2013] QSC 322, decidido conforme a la Succession Act de 1981 (secciones 10 y 18). Disponible en: [http://www.queenslandreports.com.au/docs/db\\_keydecisions/QSC13-322.pdf](http://www.queenslandreports.com.au/docs/db_keydecisions/QSC13-322.pdf).

**Gabriela C. Cardalda F.**

testamento válido. Al respecto la Corte consideró que –de conformidad con la Ley de Sucesiones vigente para ellos- la manifestación de voluntad cumplía con tres requisitos que le permitirían a la Corte considerar que la voluntad del *de cuius* era precisamente la de elaborar su testamento.

Tales requisitos son: (i) la existencia de un documento; (ii) que este tenga el propósito de declarar las intenciones testamentarias del que fallece; y (iii) la pretensión del difunto de que este documento constituyera su testamento. Al respecto la Corte consideró que el archivo encontrado en el iPhone del difunto satisfacía a plenitud tales requisitos.

No obstante lo anterior, no es la primera vez que ocurre tal reconocimiento por parte de la nación Australiana, en tanto que en para el año 2012 la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur<sup>33</sup> decidió que bajo ciertas circunstancias un documento de Word alojado en la computadora personal del difunto podía ser considerado válidamente como testamento.

Por otro lado, en España es un tema que ha sido objeto de amplia discusión. Por un lado, sus detractores alegan la imposibilidad de cumplir a través del testamento electrónico con las formalidades exigidas por la ley para el otorgamiento de testamentos; mientras que en lado contrario hay quienes abogan por una interpretación extensiva de las normas que regulan la materia al punto de adaptarla a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas<sup>34</sup>.

#### **IV. VIABILIDAD DEL TESTAMENTO ELECTRÓNICO EN VENEZUELA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.**

Vimos en el punto anterior la forma en que la Corte Suprema Australiana dio reconocimiento al testamento electrónico, a pesar de considerar ello como un gran avance en el mundo del Derecho para la incorporación de los beneficios tecnológicos a la celebración de los actos y negocios jurídicos, consideramos que en razón de la particular

---

<sup>33</sup> En el caso *Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor* [2012] NSWSC 594. Disponible en: <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/54a637ad3004de94513d9a45>.

<sup>34</sup> Véase: <https://www.avezalia.es/testamento-electronico/>.

Gabriela C. Cardalda F.

solemnidad que reviste al derecho de sucesiones, el otorgamiento de un testamento, como acto trascendental a la vida, no debería significar la absoluta informalidad.

En este sentido, creemos que la forma más viable para el otorgamiento de un testamento electrónico susceptible de surtir efectos jurídicos en Venezuela es en atención a las previsiones de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como también la normativa que en esta materia se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley del Registro y del Notariado y la Ley de Infogobierno, como veremos a continuación.

En primer lugar tenemos al Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas<sup>35</sup>(en lo sucesivo LMDFE), en su artículo 2 podemos encontrar ciertas definiciones que nos resultan de interés, entre las cuales cabe mencionar: *mensajes de datos*, entendido como toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio; *firma electrónica*, definida por la norma como la información creada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado; y *certificado electrónico*, entendido como mensaje de datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica.

Vistas como han sido las definiciones anteriores, debemos tener en cuenta que el empleo de firmas electrónicas a su vez se encuentra asociado a la certificación por parte de un proveedor de servicios de certificación que se encuentre acreditado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE)<sup>36</sup>. Asimismo, el mencionado instrumento legal destina todo un capítulo a la firma electrónica, sus requisitos de validez, efectos jurídicos y certificación<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Publicado en Gaceta Oficial N°. 37.148 de fecha 28/02/2001.

<sup>36</sup> A propósito de las firmas electrónicas, la Organización de las Naciones Unidas se ha encargado de la elaboración de una serie de leyes modelos sobre la equiparación del uso de las Firmas Electrónicas con las Firmas Autógrafas. Si bien es cierto que tales leyes modelos se circunscriben al uso de las mismas en el contexto de las actividades comerciales, no es menos cierto que se está buscando que los Estados adapten sus legislaciones a la aplicación de los beneficios informáticos al mundo jurídico. Véase: Ley Modelo CNUDMI sobre las firmas electrónicas del 2001 en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

<sup>37</sup> Artículos 16 y ss. del Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Gabriela C. Cardalda F.

En este sentido, en el artículo 6 de la LMDFE se establece que cuando para determinados negocios o actos jurídicos la ley exija el cumplimiento de ciertas formalidades o solemnidades estas podrán realizarse utilizando los mecanismos previstos en la propia ley; además indica que cuando para un determinado acto o negocio jurídico se exija la firma autógrafa, se verá satisfecho mediante el uso de la firma electrónica.

Conforme con lo anterior, resulta acorde traer a colación el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado<sup>38</sup> (en lo sucesivo LRN) la cual establece en su artículo 24 la posibilidad de que los procesos notariales y registrales se lleven a cabo a partir de un documento electrónico.

En este orden de ideas, el artículo siguiente hace referencia a que la firma electrónica de los Notarios Públicos y Registradores tendrá la misma eficacia y validez probatoria que la ley les otorga. También, en el artículo 68 de la LRN se señala la potestad atribuida a los Notarios Públicos de dar fe pública de los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia física o *a través de medios electrónicos* para lo cual se exigirá el acompañamiento de los instrumentos mediante los cuales se otorga presunción de certeza al acto.

Finalmente, en este mismo sentido, la Ley de Infogobierno<sup>39</sup> (en lo sucesivo LI), reconoce expresamente en su artículo 5 los términos *actuación electrónica*, como aquella capaz de producir efectos jurídicos; y *documento electrónico*, como el documento digitalizado que contiene un dato, diseños o información acerca de un hecho o acto, capaz de causar efectos jurídicos.

Además en el artículo 26 *eiusdem* establece que los archivos y documentos electrónicos que emitan el Poder Público y el Poder Popular, que contengan certificaciones y firmas electrónicas tienen la misma validez jurídica y eficacia probatoria que los archivos y documentos que consten en físico. Señala la SUSCERTE que el uso de la firma electrónica como mecanismo de autenticación será obligatorio, so pena de sanción en caso de incumplimiento, para los órganos de la Administración Pública

---

<sup>38</sup> Publicado en G.O. No. 6.156 Extraordinaria del 19/11/2014.

<sup>39</sup> Publicada en G.O. No. 40.274 del 17/10/2013.

**Gabriela C. Cardalda F.**

Nacional, empresas incluidas, cuando el mensaje o documento electrónico en cuestión produzca efectos jurídicos<sup>40</sup>.

Conforme con lo anteriormente expuesto, creemos que resulta perfectamente posible de acuerdo con nuestro derecho el otorgamiento de un testamento mediante un mensaje de datos, siempre que cuente con una firma electrónica que permita corroborar la identidad del testador.

Sobre este tema en particular escribió el autor AMONI REVERÓN en el año 2004, que a partir de las previsiones tanto de la LMDFE como de la LRN, se podría otorgar válidamente en Venezuela el testamento electrónico, supeditado a la condición de que se implementara en el país las instituciones que la Ley contempla para darle validez a la firma electrónica<sup>41</sup>

En este sentido, actualmente se encuentra en funcionamiento la SUSCERTE, organismo público que acredita, supervisa y controla a los Proveedores de Servicios de Certificación y es el ente responsable de la gestión de la Autoridad de Certificación Raíz del Estado Venezolano. Así como también es el responsable del Sistema Nacional de Seguridad Informática, a fin de crear las condiciones idóneas para el resguardo y confiabilidad de los documentos electrónicos obtenidos y generados por el Poder Público<sup>42</sup>.

Asimismo, contamos con proveedores de servicios de certificación acreditados por la SUSCERTE, un ente público, Fundación del Instituto de Ingeniería de Ministerio del Poder Popular de Ciencia y Tecnología<sup>43</sup> y un ente privado, a saber, la sociedad mercantil Proveedor de Certificados (PROCERT) C.A.<sup>44</sup> quienes se encuentran

---

<sup>40</sup> Véase <http://www.suscerte.gob.ve/?p=685> *¿Es obligatorio el uso de firmas electrónicas?*. Ciencia y Tecnología, Nacionales, Suscerte.

<sup>41</sup> Amoni Reverón, G. *El testamento electrónico*. Revista de Derecho y Tecnología. Universidad Católica del Táchira, Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías. San Cristóbal: Litho Arte, 4 (enero-julio) (2004). Pp. 193-218.

<sup>42</sup> Véase: [http://www.suscerte.gob.ve/?page\\_id=473](http://www.suscerte.gob.ve/?page_id=473).

<sup>43</sup> Según G.O. N°. 41.325 de fecha 22/01/2018.

<sup>44</sup> Renovación mediante providencia administrativa N°. 003-2017 emanada de la SUSCERTE y publicada en G.O. N°. 41.264 del 25/10/2017.

**Gabriela C. Cardalda F.**

autorizadas para el otorgamiento de certificados electrónicos destinados a darle certeza y validez a las firmas electrónicas.

### **Solemnidades previstas en el Código Civil para el otorgamiento de los testamentos y la posibilidad de su cumplimiento a través de medios electrónicos**

Como oportunamente señalamos, nuestro código sustantivo exige el cumplimiento de ciertas formalidades dependiendo de la especie de testamento que se pretenda otorgar.

Antes de ahondar en el presente punto, es necesario precisar que de las especies de testamentos admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, podemos descartar prima facie la posibilidad de otorgar un mensaje de datos que haga a las veces de testamento ordinario cerrado, dada las especiales características del mismo<sup>45</sup> y en razón de los requisitos sumamente específicos a los cuales se contrae el artículo 857 del CCV y de los cuales se presume la necesidad del documento físico sobre el cual reposarán las últimas disposiciones del testador.

En el presente apartado haremos referencia al testamento ordinario abierto, respecto del cual creemos perfectamente posible que se otorgue de forma electrónica, ello en concordancia con el artículo 6 de la LMDFE referido al cumplimiento de formalidades exigidas por ley a través de los mecanismos previstos en ella.

En cuanto a las solemnidades que prevé el código sustantivo para su otorgamiento estas varían conforme a la modalidad del mismo, a continuación profundizaremos en cada una de ellas:

#### **Testamento otorgado mediante escritura pública (art. 852 CCV)**

De conformidad con las previsiones de nuestro código sustantivo, para otorgar esta especie de testamento abierto, se debe dar cumplimiento a los requisitos y formalidades previstas en la Ley de Registro Público, hoy en día Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado (LRN), para la protocolización de documentos.

---

<sup>45</sup> Artículos 857 al 860 del CCV.

Gabriela C. Cardalda F.

En este orden de ideas y sin adentrarnos en la discusión doctrinaria sobre la supuesta derogatoria de la potestad atribuida por el Código Civil a los Registradores para el otorgamiento de testamentos por la ley *in commento*; traemos a colación el artículo 68 *eiusdem* el cual le otorga a los Notarios la potestad de dar fe pública de los actos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos, siendo en este último caso imperativa la indicación de los instrumentos que le sirvan de presunción de certeza al acto.

A propósito de lo anterior, cabe mencionar la definición de documento público o auténtico contenida en el artículo 1.357 del CCV, en el que se precisa lo siguiente:

Artículo 1.357.- Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.

No cabe duda entonces que el Notario Público, en nuestro país se encuentra facultado para dar fe pública a los actos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos.

En cuanto a las formalidades requeridas para ello, el artículo 79 de la LRN señala que el documento notarial es aquel que se otorga en presencia del Notario dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley. El artículo siguiente establece que en la llamada acta notarial hacen constar los hechos, sucesos o situaciones que ocurran en presencia del funcionario.

Estas parecen ser las únicas formalidades que exige la LRN para la protocolización de documentos; enfatizamos la especial mención que la ley hace a los actos acaecidos por medios electrónicos y para lo cual exige particularmente que el Notario Público indique los documentos que le sirvan de presunción de certeza al acto; lo cual nos permitiría afirmar que es necesario presentar tales documentos al funcionario.

Además de los precitados artículos, el autor LÓPEZ HERRERA<sup>46</sup> remite a las previsiones del Reglamento de Notarías Públicas<sup>47</sup>, cuyo decreto remonta al año 1998 y

---

<sup>46</sup> López Herrera, F. *Ob.Cit.* p. 189.

<sup>47</sup> Decreto N°. 3.019 publicado en G.O. N°. 36.588 del 24/11/1998.



**Gabriela C. Cardalda F.**

que se encuentra parcialmente vigente a pesar de la cantidad de reformas que ha sufrido la Ley rectora en esta materia desde entonces.

Todo lo relativo al procedimiento de protocolización de documentos se encuentra regido por los artículos del 54 al 61 del Reglamento de Notarías Públicas (en lo sucesivo RNP). En nuestra opinión y dada la fecha del mencionado reglamento, el mismo no se entiende concebido para los avances e implementación de la tecnología en el sistema de Registros y Notarías, por lo que mal podríamos guiarnos de tales formalidades para hablar del otorgamiento de un testamento electrónico.

De hecho, de la lectura y análisis de tales normas se puede entrever que se trata de un procedimiento que requiere necesariamente de la presencia física tanto del testador como de Notario, especialmente conforme a las previsiones del artículo 55 y siguiente del RNP; ello en absoluta contradicción con lo previsto en los artículos 24<sup>48</sup>, 68<sup>49</sup> y 77<sup>50</sup> de la LRN.

En este sentido, creemos que dada la primacía de la Ley sobre el reglamento, no existe impedimento alguno para que el Notario Público de fe pública a un testamento presentado en formato electrónico y que cuente con una firma electrónica válida conforme al ordenamiento jurídico vigente, ello en vista de los avances que implementó la LRN en materia de documentos electrónicos. Para ello, y en concordancia con todas las normas anteriormente sometidas a consideración, sugerimos el cumplimiento de los siguientes requisitos al momento de otorgar este tipo de testamento en formato electrónico:

- Se debe presentar el documento en formato digital<sup>51</sup> con una firma electrónica válida conforme las previsiones de la LMDFE.

---

<sup>48</sup> *Manejo Electrónico. Artículo 24:* todos los soportes físicos del sistema registral y notarial actual podrán se digitalizarán y se transferirán a las bases de datos correspondientes.

El proceso registral y notarial pobra ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico.

<sup>49</sup> *Potestad de dar fe pública. Artículo 68:* Los Notarios Públicos o Notarías Públicas son funcionarios o funcionarias ser Servicio Autónomo de Registros y Notarías, que tienen la potestad de dar fe pública de los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos, indicando en este último caso los instrumentos mediante los cuales le otorga presunción de certeza al acto.

<sup>50</sup> *Publicidad Notarial. Artículo 77:* La publicidad notarial reside en la base de datos del sistema automatizado de las Notarías Públicas, en la documentación archivada que de ellas emanen y en las certificaciones que se expidan.

<sup>51</sup> Expertos en el área de derecho informático sugieren que tal presentación se realice en un instrumento “no editable” como lo sería un CD. Véase Webcast: *Otorgamiento de documentos públicos y auténticos con firma electrónica*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XjjMyUooNQs>.

Gabriela C. Cardalda F.

- El Notario Público debe autenticar la validez del certificado electrónico de la firma plasmada en el documento, ello a los fines de validar su vigencia y la identidad del testador; así como también autenticar la respectiva firma electrónica<sup>52</sup>.
- Se debe acompañar al testamento electrónico los documentos que permitan al Notario presumir la celebración del acto.
- El Notario Público debe estampar su firma electrónica al documento notarial, ello de conformidad con el artículo 25 de la LRN y el 26 de la LI.

No obstante lo anterior, creemos que lo más conveniente es que se tenga la disposición por parte del Ejecutivo Nacional de dictar el correspondiente Reglamento del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, ello a los fines de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos al momento de hacer sus correspondientes solicitudes, no solo respecto del otorgamiento de testamento, sino de cualquier otro documento electrónico.

### **Testamento otorgado sin protocolizar y ante dos testigos (art. 853 y s.s. CCV)**

Para el otorgamiento de esta forma de testamento el Código establece el cumplimiento de las formalidades contenidas en el artículo 854<sup>53</sup> del CCV. A continuación analizaremos la posibilidad de cumplir cada una de ellas con los mecanismos previstos en las leyes cuyo análisis estamos efectuando.

*1º El testador declarará ante el Registrador<sup>54</sup> y los testigos su voluntad que será reducida a escrito bajo la dirección del Registrador, si el otorgante no presentare redactado el documento.* En cuanto a este primer requisito, la ley le otorga dos

---

<sup>52</sup> De conformidad con el artículo 75, numeral 15 de la LRN.

<sup>53</sup> **Artículo 854.-** En el primer caso del artículo anterior, se llenarán las formalidades siguientes:

1º El testador declarará ante el Registrador y los testigos su voluntad que será reducida a escrito bajo la dirección del Registrador, si el otorgante no presentare redactado el documento.

2º El Registrador, si el testador no prefiere hacerlo, leerá el testamento a quienes concurran al acto, sin que baste que la lectura se haga separadamente.

3º El Registrador y los testigos firmarán el testamento.

4º Se hará mención expresa del cumplimiento de estas formalidades.

Este testamento se protocolizará sin ninguna otra formalidad, no pudiendo deducirse derecho alguno derivado del mismo sin que antes se haya verificado su protocolización en la Oficina de Registro correspondiente al Registrador que autorizó el acto.

<sup>54</sup> Como se ha mencionado reiteradamente, a raíz de la potestad otorgada por la LRN, debe leerse “o Notario”.

**Gabriela C. Cardalda F.**

posibilidades al testador: presentar el testamento escrito o manifestarlo de forma verbal. En cuanto a esta última, se excluye completamente la posibilidad de hablar de un testamento electrónico.

En cuanto a la primera, es posible que el Notario reciba el testamento escrito mediante un mensaje de datos por las razones precedentemente expuestas y tomando en cuenta las previsiones de la LMDFE relativas a la validez de los mensajes de datos.

*2º El Registrador, si el testador no prefiere hacerlo, leerá el testamento a quienes concurran al acto, sin que baste que la lectura se haga separadamente.* En relación al segundo de los requisitos se nos presenta un inconveniente para la viabilidad del testamento electrónico, en tanto que se requerirá la presencia física de los intervinientes en el acto (el testador y los dos testigos) para que se pueda efectuar la lectura del testamento frente a estos.

Consideramos perfectamente posible que en un futuro, cuando sea dictado el respectivo reglamento de la LRN y se materialice en nuestro país la idea de la cibernotaría, la posibilidad de que tales actos se ejecuten mediante videoconferencia; sin embargo, con las normas actualmente vigentes no vemos posible el otorgamiento de esta modalidad de testamento ordinario por vía electrónica.

Así las cosas, resulta inoficioso entrar en el análisis del resto de las formalidades previstas en el mencionado artículo, en tanto que debe concurrir el cumplimiento de cada una de ellas para que el testamento se repunte válido.

### **Testamento ante cinco testigos sin concurrencia del funcionario (art. 853 y 855 del CCV)**

En puntos anteriores analizamos a profundidad este tipo de testamento por lo cual analizaremos directamente la posibilidad de cumplir las formalidades exigidas al otorgar un testamento electrónico.

Gabriela C. Cardalda F.

Señalamos anteriormente que la doctrina ha reconocido que para el otorgamiento de esta modalidad de testamento ordinario abierto se deben cumplir con tres requisitos: (i) tiene que constar por escrito; (ii) ha de ser firmado por el testador; (iii) tiene que ser firmado por todos los testigos; (iv) estos tienen que haber sido enterados de la voluntad del testador.

(i) Respecto a este primer requisito, previsto en los artículos 855 y 856 del CCV, ha quedado suficientemente satisfecho a lo largo del desarrollo de este apartado la posibilidad de que el testamento esté escrito en un mensaje de datos, lo cual se encuentra plenamente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente, es necesario destacar que en este punto se deben tener en cuenta las previsiones de la LMDFE referentes la integridad del mensaje de datos, especialmente el artículo 8 *eiusdem* en el que se exige que cuando la ley exija que la información conste por escrito, se entenderá que el mensaje de datos satisface tal requerimiento siempre que la información que contiene es accesible para su ulterior consulta.

Asimismo, cuando se exija que el soporte del acto jurídico permanezca archivado y accesible, se verá satisfecho tal requisito mediante la conservación del mensaje de datos, sujeto al cumplimiento de las condiciones siguientes:

(...)

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.
3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.  
Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo.

(ii) En cuanto a la firma del testador (art. 856 CCV), creemos que es un requisito que puede ser perfectamente satisfecho a través del uso de la firma electrónica.

Sin embargo, para que ella tenga plena validez es necesario que se cumplan con una serie de requisitos previstos en la LMDFE. Al respecto, establece el artículo 16 *eiusdem* lo siguiente:

Gabriela C. Cardalda F.

Artículo 16.- La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos:

1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad.
2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos.

A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto.

Sin embargo, los expertos en la materia señalan que tales elementos se ven satisfechos mediante el uso de un Proveedor de Servicios de Certificación acreditados por la SUSCERTE, por lo que se prefiere el uso de una firma electrónica que cuente con el correspondiente certificado electrónico<sup>55</sup>.

Además, con fundamento en la facultad prevista en el artículo 75, numeral 15 de la LRN, es recomendable acudir ante el Notario Público a los fines de solicitar la autenticación de la firma electrónica de que se trate.

- (iii) En cuanto al requisito de la firma de cinco (5) testigos previsto en el artículo 855 del CCV, se puede entender satisfecho mediante la aplicación de las consideraciones anteriores, es decir, mediante el correcto uso de la firma electrónica para cada uno de ellos.

Además, se deben tomar en cuenta las previsiones del artículo 864 del CCV.

- (iv) Finalmente en cuanto al requisito de que los testigos tienen que haber sido enterados de la voluntad del testador, como se dijo con anterioridad, encuentra sentido en la exigencia del artículo 855 del CCV, de que para su validez, se precisa que al menos dos (2) de los testigos requeridos reconozcan judicialmente su firma y *contenido* del testamento, dentro de los seis meses siguientes. Lo mismo deberá

---

<sup>55</sup> Véase Webcast: *Otorgamiento de documentos públicos y auténticos con firma electrónica*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XjjMyUooNQs>.

Gabriela C. Cardalda F.

hacer el testador, salvo que muera en el transcurso de este tiempo o se pruebe su imposibilidad de hacerlo.

Como comentamos en un punto anterior, se ha discutido en doctrina sobre la necesidad de que el testamento sea firmado por el testador y los testigos *en un mismo acto*, ello a propósito de lo previsto en el artículo 917 del CPC. Sobre lo cual se concluyó que existe una discrepancia entre ambas leyes y que mal podría entenderse como una solemnidad necesaria en el otorgamiento del testamento, por lo que su omisión, no puede implicar la nulidad del mismo.

Al librarnos de tal inconveniente, resulta perfectamente posible que el testador vacíe su última voluntad en un mensaje de datos, lo firme y lo vaya distribuyendo entre cada uno de sus testigos para que cada uno de ellos estampe su firma electrónica en el mismo.

Y dadas las previsiones legales que le otorgan validez y eficacia probatoria tanto a los mensajes de datos, como a la firma electrónica, mal pudiera el Juez frente al cual los intervinientes acudan a reconocer su firma y contenido del testamento, desconocer el mismo con base en el artículo 917 del CPC. Por estas razones, resulta recomendable en una futura reforma legislativa subsanar la discrepancia advertida por la más autorizada doctrina patria.

## **V. VENTAJAS DEL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTOS ELECTRÓNICOS EN CIRCUNSTANCIAS DE EPIDEMIA. REFERENCIA A LA PANDEMIA COVID-19**

Actualmente el mundo atraviesa una delicada situación que ha implicado un cambio drástico en la vida de todos los habitantes del mundo. El pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al virus denominado Covid-19 como pandemia; a raíz de ello, se exhortó a los países en los cuales se detectara su presencia, a la toma de medidas dirigidas a mitigar la propagación del virus.

Por tal motivo, fueron dictados en nuestro país una sucesión de decretos de estado de alarma a causa de la presencia del virus en territorio venezolano; este primer decreto vino acompañado, entre otras cosas, de medidas de distanciamiento social tales como: *cuarentena social*, suspensión de actividades académicas y escolares y suspensión de

**Gabriela C. Cardalda F.**

actividades laborales, en tanto y en cuanto sea contenida la propagación del mencionado virus.

Con el paso del tiempo, estas restricciones se fueron relajando en el denominado *esquema 7+7* implementado por el Ejecutivo Nacional como una forma de disminuir contagios pero que de todas maneras conlleva al cierre de los organismos públicos en las semanas denominadas como *radicales*, además de que en ocasiones en las mismas *semanas flexibles*, los entes públicos operan con el mínimo del personal a los fines de disminuir los focos de contagio.

Si bien es cierto, en este momento de la pandemia, se han buscado alternativas a la asistencia física de los usuarios y justiciables mediante la implementación de sistemas electrónicos y esquemas de recepción de actuaciones mediante correo electrónico, los mismos se encuentran en una etapa inicial y, además de tratarse de un mecanismo que de todas formas requiere del traslado físico de los usuarios y la presentación impresa de los documentos y actuaciones; no incorporan de ninguna manera el uso de firmas electrónicas.

En este orden de ideas y conforme a lo antes explicado, nuestro legislador previó esta circunstancia en lo relativo al tema de la disposición de los bienes, mediante el denominado testamento especial *otorgado en lugares donde reine pandemia grave que se repute contagiosa* (art. 865 del CCV).

Sin embargo, como también se mencionó, esta alternativa legal no se presenta como la más idónea en este tipo de epidemias, en tanto que los Tribunales se encuentran despachando en un esquema de siete días de despacho presencial para consignación de actuaciones en físico, y siete días de despacho digital para la recepción de actuaciones en forma digital<sup>56</sup>; lo anterior implica no solo un tiempo excesivo para el otorgamiento de un testamento sino además el riesgo que supondría para muchas personas salir a la calle y exponerse al contagio del Covid-19, o arriesgarse a contagiar a otros.

---

<sup>56</sup> Resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 05 de octubre de 2020.

**Gabriela C. Cardalda F.**

Por esta razón, creemos que resulta mucho más conveniente la implementación de la firma electrónica en el campo del Derecho, en este caso en el mundo de las Sucesiones, sin que ello implique un incumplimiento de las solemnidades previstas para la sucesión testamentaria.

Por un lado, lo ideal sería que finalmente se implemente el proyecto de las cibernetarías, surgiendo entonces la posibilidad de que los ciudadanos otorguen testamentos ordinarios abiertos mediante escritura pública, sin que se encuentre en riesgo la salud de los involucrados. Para este supuesto resulta imperioso que el Ejecutivo Nacional se proponga reglamentar lo referente al procedimiento a seguir para este tipo de solicitudes, se trabaje en conjunto con la SUSCERTE y el Ministerio de Ciencia y Tecnología, a los fines de otorgarle a los Notarios todo el sistema tecnológico necesario para la utilización de la firma electrónica, así como también se capaciten a los funcionarios en el tema de firmas electrónicas, seguridad digital y derecho de la tecnología.

Sin embargo, sabemos que por más empeño que se le ponga a este proyecto, es algo que tomará una gran cantidad de tiempo, tiempo del cual muchos ciudadanos pueden no disponer; por ello, ante la necesidad de formular las disposiciones de última voluntad, lo más viable para el testador<sup>57</sup> resultaría el otorgar un testamento ordinario abierto en la modalidad de que sea otorgado sin presencia del funcionario, ante cinco testigos. Para ello, deberán siempre tomarse en consideración las disposiciones del CCV, LRN, LMDFE y LI; tal y como indicamos a lo largo de este trabajo.

## **VI. ARGUMENTOS EN CONTRA**

No obstante los argumentos anteriormente expuestos, existen detractores a la tesis del otorgamiento de testamentos a través de documentos electrónicos.

---

<sup>57</sup> Bien sea que posea su firma electrónica certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación acreditado por la SUSCERTE, o bien que no lo posea pero que la firma electrónica cumpla con los requisitos de validez previstos en el artículo 16 de la LMDFE.



**Gabriela C. Cardalda F.**

Entre ellos, el autor Piña Valles<sup>58</sup>, quien afirma que los avances tecnológicos no son aplicables al testamento en razón de que no puede ser presentado ante el funcionario a través de reproducciones, inclusive electrónicas, por inteligibles que sean.

Sin embargo, oportunamente señalamos que el artículo 24 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado establece la posibilidad de que los procesos notariales y registrales se lleven a cabo a partir de un documento electrónico, por lo que no existe obstáculo alguno para la presentación de un testamento electrónico ante el Notario (o Registrador, partiendo de la tesis de que la potestad atribuida a este no fue derogada por la LRN, sino que concurre con la del Notario).

Por otra parte, se ha argumentado que el otorgamiento de un testamento electrónico en Venezuela implicaría el desconocimiento a las formalidades que el Código Sustantivo contempla para este acto jurídico; destruyéndose de esta manera la principal característica del testamento, esto es, ser un acto solemne.

En contra de ello podemos señalar lo previsto en el artículo 6 de la LMDFE referido a que cuando para determinados negocios o actos jurídicos la ley exija el cumplimiento de ciertas formalidades o solemnidades estas podrán realizarse utilizando los mecanismos previstos en la propia ley.

Para ello, resulta necesario que se proceda a reglamentar todo lo relativo a las formalidades para el otorgamiento de los documentos electrónicos que se encuentra previsto en la ley pertinente.

## **CONCLUSIONES**

---

<sup>58</sup> Piña Valles, Ob. cit., p. 103.

**Gabriela C. Cardalda F.**

Como se resaltó a lo largo de esta investigación, las nuevas tecnologías se han presentado como herramientas que pueden ser empleadas en el campo de la realización de actos jurídicos, otorgándole una mayor certeza y seguridad a los mismos.

Específicamente nos referimos a un acto jurídico concreto, el testamento, dado lo trascendental de este instrumento a la vida humana.

Como vimos con anterioridad, en el testamento la persona evidencia su última voluntad, no solo respecto a la disposición de sus bienes, sino también sobre temas relativos a la disposición del cadáver; por ello las nuevas tecnologías nos brindan un sin número de posibilidades para plasmar nuestra última voluntad en un mensaje de datos, ello adaptado a todas las medidas de seguridad que la ley dispone como es el caso del uso de la firma electrónica.

Por esta razón podemos concluir que resulta perfectamente viable el otorgamiento de un testamento electrónico en nuestro país que sea susceptible de desplegar efectos jurídicos, ello de conformidad con la legislación vigente en la materia.

Sin embargo, esta posibilidad solo se encuentra reducida a un tipo de testamento: el ordinario abierto otorgado sin concurrencia del funcionario público y ante cinco (5) testigos. Para ello, es completamente necesario que cada uno de los intervinientes en el acto utilice una firma electrónica válida, bien sea que la misma haya sido autenticada por el Notario Público o, que cuente con un certificado emitido por un Proveedor de Servicios de Autenticación acreditado por la SUSCERTE.

Si bien es cierto, es posible que la firma electrónica no se encuentre certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación y que sea válida (en tanto cumpla con los requisitos previstos en el artículo 16 de LMDFE), lo más recomendable es contar con tales certificados.

Por otro lado, no es imposible el otorgamiento de un testamento electrónico mediante escritura pública, solo que hasta el momento no ha sido digitalizado el trabajo en nuestras Notarías y Registros. Por ello, a pesar de que el legislador patrio le haya dado reconocimiento a los documentos electrónicos y a las actuaciones electrónicas como

**Gabriela C. Cardalda F.**

aquellas capaces de surtir efectos jurídicos, no se cuenta con la infraestructura necesaria para su implementación.

Creemos que para que ello pueda ser llevado a cabo con éxito basta con que sean dotados de equipos que cuenten con la tecnología necesaria para la utilización de su firma electrónica y sea capacitados nuestros Notarios Públicos en este particular, de esta manera finalmente los ciudadanos podrían aprovechar las ventajas que la tecnología ofrece para el otorgamiento de prácticamente cualquier documento que parta de un mensaje de datos.

Además creemos que resulta necesario que sea dictado el reglamento de la LRN, a los fines de que primero, se derogue el parcialmente vigente reglamento de Notarías, y segundo, exista seguridad jurídica sobre la forma en que deberá realizarse todo el procedimiento para el otorgamiento de los documentos electrónicos, así como el asiento de los mismos en los libros llevados por cada Notaría.

Como ha sido suficientemente desarrollado a lo largo de la presente investigación, del otorgamiento de testamentos electrónicos deriva un sinnúmero de beneficios para los testadores y herederos; de seguirse cada una de las regulaciones previstas en LMDFE no implicaría riesgo alguno para ninguno de los intervinientes, sino todo lo contrario, siguiendo todas estas medidas de seguridad digital resultaría mucho más difícil la alteración de las disposiciones de este instrumento por parte de terceros.

Asimismo, al ser el testamento en esencia revocable, resulta mucho más rápido y sencillo para el testador la modificación de un testamento electrónico.

Finalmente, creemos que nuestros jueces deberán tener en cuenta tales beneficios y en especial el cumplimiento de las medidas de seguridad al momento en el que los testigos y el testador acudan a reconocer judicialmente su firma y contenido en el supuesto del testamento otorgado sin concurrencia del funcionario público, en especial si se demuestra que el testamento fue otorgado en medio de la pandemia Covid-19 que actualmente existe como una amenaza a nuestra salud y, para muchos, a su vida.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo. *El Testamento Electrónico*. Derecho y Tecnología Universidad Católica del Táchira, Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías, San Cristóbal, 2004.
- BECERRIL GIL, Anahiby Anyel. *El Testamento Electrónico: Los Actos Jurídicos Frente a las Herramientas Tecnológicas*. Universidad La Salle, Campus Cuernavaca, Cuernavaca México, 2015.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Manual de Derecho Sucesorio*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2019.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de sucesiones*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.
- PIÑA VALLES, Ovelio. *Derecho Sucesoral. Esquemas Prácticos*. Vadell Hnos. Editores, Caracas, 2014.

## **LAS PROYECCIONES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UN DILEMA ÉTICO VISTO DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA.**

*Alejandro Guzmán Gherzi*

Estudiante egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Apasionado profundamente por el Derecho de Propiedad Intelectual, se desempeña actualmente como Paralegal en el Departamento de Propiedad Intelectual de la firma Paris Consulting Group. En su haber, cuenta con haberse desempeñado como Asistente Legal en la ONG Defiende Venezuela, y como voluntario en la ONG E-ROQ Project.

### **Resumen**

El mundo globalizado ha sido el escenario perfecto para el desarrollo de un fenómeno comúnmente denominado *Revolución Digital*, el cual ha motivado el registro masivo de patentes relacionadas con sistemas computarizados. A consecuencia de ello se han presentado situaciones para las cuales los ordenamientos jurídicos modernos no están preparados, y cuya regulación demanda una urgente revisión de las disposiciones legales actuales; probablemente la mayor cuestión que se debe tratar al respecto es la regulación de las invenciones creadas por Inteligencias Artificiales. ¿Puede una Inteligencia Artificial ser titular de Derechos de Propiedad Intelectual? ¿Qué razonamientos jurídicos y qué aprendizajes podemos obtener a partir de los escasos precedentes a esta clase de situaciones? Este artículo se enfocará en analizar estas preguntas y hacer una crítica frente a estas situaciones inéditas.

**Palabras Clave:** Inteligencia Artificial; Derechos de Propiedad Intelectual; Patentes; Derechos de Autor.

## **THE PROJECTIONS OF INTELLECTUAL PROPERTY VERSUS ARTIFICIAL INTELLIGENCE: AN ETHICAL DILEMMA SEEN FROM A LEGAL PERSPECTIVE.**

### **Abstract**

The globalized world has been the perfect scenario for the development of a phenomenon commonly called *Digital Revolution*, which has motivated the massive registration of patents related to computerized systems. As a consequence, situations have arisen for which modern legal systems are not prepared, and whose regulation demands an urgent revision of the current legal provisions; probably the biggest issue to be addressed in this regard is the regulation of inventions created by Artificial Intelligences. Can Artificial Intelligence be the holder of Intellectual Property Rights? What legal reasoning and what lessons can we learn from the scarce precedents to this kind of situations? This article will focus on analyzing these questions and formulating a critique of these unprecedented situations.

**Keywords:** Artificial Intelligence; Intellectual Property Rights; Patents; Copyrights.

## INTRODUCCIÓN

La segunda mitad del siglo XVIII fue protagonista de uno de los procesos que, a juicio de toda clase de historiadores modernos, se erige como uno de los más destacados eventos en la historia de la humanidad: La Revolución Industrial. A partir de entonces una imperante necesidad se presentó a las puertas del Derecho Positivo; la protección de numerosos inventos orientados a simplificar la vida de los humanos y multiplicar los frutos de su trabajo. Es así como el legislador moderno comienza a entender la relevancia que posee la regulación de las patentes a fin de incentivar la innovación y proteger el comercio y el crecimiento de la industria.

Un poco más de dos siglos y medio después, el mundo nuevamente atraviesa una revolución que de alguna forma puede considerarse descendiente directa de la industrial. La revolución digital, que cada día pareciera hacer más pequeño nuestro mundo gracias a las conexiones que provee, y es que también ha sorprendido ver invenciones que desarrollan actividades que los humanos normalmente llevaríamos a cabo.

Así como hace doscientos años innovadoras máquinas empezaron a reproducir a escala masiva procesos de manufactura y fabricación de bienes, hoy en día sistemas autónomos han sido diseñados para hacer cálculos, aprender, sacar conclusiones y crear objetos con igual o mejor precisión que los humanos.

A consecuencia de ello, el Derecho de Propiedad Intelectual se ha topado con un problema de desactualización que versa sobre un dilema de orden ético. El Derecho de Propiedad Intelectual tiene un núcleo sumamente noble, cual es la protección de algo personalísimo, como lo es el producto del intelecto; pero el mismísimo poder creativo de la humanidad nos ha puesto a las puertas de un nuevo orden creativo, aun imprevisto por el derecho: *las cosas creadas por otras cosas*.

Este dilema de orden ético plantea una pregunta fundamental que resulta interesante abordar a lo largo de este artículo: *¿Es ético proteger la creación de una Inteligencia Artificial por medio de Derechos de Propiedad Intelectual?*

## I. ANTECEDENTES

Ya alrededor del mundo distintas jurisdicciones han sido protagonistas y testigos de los primeros antecedentes del problema que el Derecho debe atender en relación con la propiedad intelectual y la inteligencia artificial. El mundo ya ha observado diversos debates que se han arremolinado alrededor de los derechos que sistemas de Inteligencia Artificial pueden eventualmente llegar a obtener; siendo que aquellas hipótesis que alguna vez parecieron propias de un relato ficticio, o de una película de ciencia ficción, hoy día se presentan cada vez con mayor frecuencia en la vida real. A continuación, algunos ejemplos que permitirán ahondar en la subsecuente crítica formulada por este artículo:

### **RobotArt**

RobotArt es una competencia orientada a promover la creación de robots capaces de crear obras de arte. En la edición de 2018 un sistema autónomo llamado e-David fue capaz de simular obras de Rembrandt, luego de haber aprendido los caracteres específicos que distinguen las obras del reconocido artista. e-David logró entonces producir obras originales inspiradas en el estilo de Rembrandt con impresionante precisión<sup>1</sup>.

En torno a este caso particularmente surgen varias preguntas de interés; sabiendo que e-David fue el autor de las obras de arte inspiradas en Rembrandt ¿podría considerarse que e-David es el propietario de los derechos de autor sobre las obras que ha creado?; ¿Debería el creador de e-David ser acreedor de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras de arte creadas por e-David? La verdad es que sería de sumo interés a los fines del Derecho de Propiedad Intelectual que casos como este fuesen analizados por cortes, o que estos supuestos de hecho fuesen contemplados por los legisladores en diversas jurisdicciones. Pues pareciera haber una clara tendencia orientada a que casos como este sucedan con mayor frecuencia cada vez. e-David es tan solo el reflejo de cientos de historias de robots con capacidad creativa.

---

<sup>1</sup> M. (2017, 11 abril). *e-David Painting His "Self Portrait" | Robotart*. ROBOTART. <https://robotart.org/selbstsp/>

## **Sohpia**

Sophia es un robot provisto de Inteligencia Artificial, creado en el año 2015 por la compañía de origen Hongkonés Hanson Robotics<sup>2</sup>. Sophia es de tipo humanoide, habiendo sido dotado de tantas características físicas humanas como ha sido posible. Sophia ha sido programado para simular expresiones humanas, hacer razonamientos, sacar conclusiones e imitar emociones.

En el año 2017, Sophia fue noticia a nivel mundial, y objeto de gran controversia, cuando se convirtió en el primer robot la historia en recibir una ciudadanía; fue la ciudadanía saudí. Esta situación rápidamente generó muchísimas opiniones y preguntas por parte de quienes señalaron que típicamente una ciudadanía involucra la posesión de derechos civiles y políticos. Surgieron entonces interrogantes como ¿podría Sophia votar? ¿Puede Sophia protestar? ¿Puede Sophia ser propietaria de bienes?

Aunque el mérito de este artículo no es indagar sobre las posibles respuestas a la hipótesis de una Inteligencia Artificial teniendo derechos políticos o civiles, este caso si constituye un precedente sumamente interesante para el estudio a cargo de esta obra escrita. Y es qué, específicamente en el caso del derecho de propiedad intelectual, es menester concluir si una Inteligencia Artificial puede o no ser titular de derechos a fin de proporcionar las respuestas que legisladores y jueces necesitan para adaptar el derecho a las demandas del futuro.

Algunas jurisdicciones han buscado dar respuesta a estas preguntas por medio de un tratamiento uniforme a casos de esta naturaleza; a continuación, algunos de los más destacados criterios:

---

<sup>2</sup> UNDP. (2017, 22 noviembre). *UNDP in Asia and the Pacific Appoints World's First Non-Human Innovation Champion*. UNDP in Asia and the Pacific. <http://www.asia-pacific.undp.org/content/rbap/en/home/presscenter/pressreleases/2017/11/22/rbfsingapore.html>



## **El criterio actual en la Unión Europea frente a los potenciales titulares de Patentes:**

En la Unión Europea, si bien se presenta cierta ambigüedad en la redacción de la norma aplicable, pareciera quedar claro que se hace referencia a seres humanos como los potenciales titulares de patentes. La Convención Europea sobre Patentes dispone en su regla 19, y en su artículo 81, quiénes son elegibles para ser considerados creadores de una invención patentada:

*(1) La solicitud de concesión de una patente europea deberá contener la designación del inventor. No obstante, si el solicitante no es el inventor o no es el único inventor, la designación se presentará en un documento separado. En la designación se indicarán el apellido, los nombres y el país y el lugar de residencia del inventor, se incluirá la declaración mencionada en el artículo 81 y llevará la firma del solicitante o de su representante.<sup>3</sup> La solicitud de patente europea deberá designar al inventor. Si el solicitante no es el inventor o no es el único inventor, la designación deberá contener una declaración que indique el origen del derecho a la patente europea.<sup>4</sup>*

## **El criterio actual en Estados Unidos frente a los potenciales titulares de Patentes**

En Estados Unidos la legislación es clara respecto de quién puede figurar como el creador de una invención para que esta pueda ser patentada. El Código de Estados Unidos, en su Título 35, Artículo 100, apartes f y g, dispone lo siguiente en relación con la identidad del creador de una invención patentable:

*(f)El término "inventor" significa el individuo o, si se trata de una invención conjunta, los individuos colectivamente que inventaron o descubrieron el objeto de la invención.  
(g)Los términos "inventor conjunto" y "coinventor" significan cualquiera de los individuos que inventaron o descubrieron el objeto de una invención conjunta.<sup>5</sup>*

---

<sup>3</sup> European Patent Office. (2020, 1 junio). *Rule 19 – Designation of the inventor - The European Patent Convention, Implementing Regulations – to the Convention on the Grant of European Patents, Part II – Implementing Regulations to Part II of the Convention, Chapter II – Mention of the inventor*. Copyright © 2007 European Patent Office. All Rights Reserved. <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/r19.html>

<sup>4</sup> European Patent Office. (2020b, julio 1). *Article 81 – Designation of the inventor - The European Patent Convention, Convention on the Grant of European Patents – (European Patent Convention), Part III – The European patent application, Chapter I – Filing and requirements of the European patent application*. Copyright © 2007 European Patent Office. All Rights Reserved. <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/e/ar81.html>

<sup>5</sup> Cornell University. (1992). *35 U.S. Code § 100 - Definitions*. LII / Legal Information Institute. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/100>

## **El criterio actual en Reino Unido frente a los potenciales titulares de Patentes**

En Reino Unido se ha buscado dar un tratamiento jurídico uniforme y más moderno a este tipo de situaciones, adoptando un criterio vanguardista. El criterio en cuestión, previsto en la Ley de Derechos de Autor, Diseños y Patentes, de 1988, dispone que sí es posible reconocer la existencia de derechos de autor sobre obras creadas por sistemas computarizados y, que tales derechos corresponden “a los individuos que hayan hecho los arreglos necesarios para que la creación de la obra final se haya llevado a cabo”<sup>6</sup>

Existen diversos casos de estudio en la historia reciente que han puesto a prueba los criterios revisados -que en cierta forma parecen coincidir en el espíritu de la ley-. A continuación, se presenta de forma pormenorizada las decisiones relevantes en las cuales se han empleado estos criterios:

### **Caso de estudio: DABUS**

La Oficina de Marcas y Patentes de Estados Unidos (USPTO), ha sido cautelosa al hacer una interpretación literal de esta norma. El criterio de la USPTO se remonta al reciente 2020<sup>7</sup>; el 22 de Abril de 2020, la USPTO emitió un pronunciamiento en relación con relación a una solicitud de patente provisional realizada por Stephen Thaler. Ahora bien, la relevancia legal de dicha solicitud es que Thaler no figuraba como el creador de la invención a ser patentada. Dentro de las declaraciones hechas en la solicitud de patente provisional se señaló a DABUS -un sistema de inteligencia artificial- como el creador de la invención; Thaler, por su parte, figuraba como el titular de los derechos de propiedad intelectual que eventualmente serían otorgados.

---

<sup>6</sup> Parliament of the United Kingdom. (1988). *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Parliament of the UK. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/I/crossheading/authorship-and-ownership-of-copyright?view=plain>

<sup>7</sup> United States Patent and Trademark Office. (2019, 8 agosto). *United States Patent and Trademark Office*. [https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350\\_22apr2020.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf)

**Alejandro Guzmán Gherzi**

Dicha eventualidad nunca ocurrió. En el mencionado pronunciamiento de la USPTO, se niega la solicitud de patente provisional a nombre de DABUS, y el argumento central para esta negativa por parte de la USPTO tuvo sustento en una interpretación restrictiva de la legislación de Estados Unidos en materia de patentes. A continuación, un extracto de la decisión, del cual se desprende claramente el razonamiento empleado:

*De conformidad con el 35 U.S.C. § 115(a), "una solicitud de patente que se presente en virtud del artículo 111(a)... deberá incluir, o ser modificada para incluir, el nombre del inventor de cualquier invención reivindicada en la solicitud". Un "inventor" se define en 35 U.S.C. § 100(a) como "el individuo o, si se trata de una invención conjunta, los individuos colectivamente que inventaron o descubrieron el objeto de la invención".*

*En la medida en que el peticionario argumenta que un "inventor" podría ser interpretado para cubrir las máquinas, los estatutos de patentes impiden una interpretación tan amplia. El Título 35 del Código de los Estados Unidos se refiere sistemáticamente a los inventores como personas físicas. Por ejemplo, el 35 U.S.C. § 101 establece que "quien invente o descubra cualquier proceso, máquina, fabricación o composición de materia nuevos y útiles... podrá obtener una patente por ello, con sujeción a las condiciones y requisitos de este título" (énfasis añadido). "Quienquiera" sugiere una persona física. El 35 U.S.C. § 115 se refiere de forma similar a individuos y utiliza pronombres específicos de personas físicas "él mismo y ella misma" cuando se refiere al "individuo" que se cree inventor original o co-inventor original de una invención reivindicada en la solicitud. Además, establece que el inventor que presta juramento o declaración debe ser una "persona". Otras secciones del Título 35 adoptan el mismo enfoque.<sup>12</sup> Por lo tanto, interpretar el término "inventor" de forma amplia para abarcar las máquinas sería contradictorio con la lectura simple de los estatutos de patentes que se refieren a personas e individuos.<sup>8</sup>*

Este criterio sienta un precedente sumamente interesante, siendo que el mismo deja claro que la lista de posibles inventores de una patente -en Estados Unidos-, es taxativa. Es una lista taxativa, porque la interpretación que se hace del artículo 100(a) del estatuto 35 U.S.C. determina que únicamente figuran como individuos a los fines de ser el creador de una patente, las personas naturales. Queda muy claro en la decisión que la titularidad de la patente puede recaer sobre una o varias personas naturales.

---

<sup>8</sup> United States Patent and Trademark Office. (2019, 8 agosto). *United States Patent and Trademark Office*. [https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350\\_22apr2020.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf)

**Alejandro Guzmán Gherzi**

Y de alguna manera el criterio sigue el razonamiento utilizado por la Oficina de Patentes de la Unión Europea (EPO), al decidir que las inteligencias artificiales no pueden gozar de Derechos de Propiedad Intelectual sobre las creaciones que producen<sup>9</sup>. Stephen Thaler también intentó registrar la patente sobre dos invenciones creadas por el sistema DABUS ante la EPO; en este caso, el titular de la invención a patentar se encontraba en un proceso de extensión de la solicitud de registro de la patente, por medio del Tratado de Cooperación en materia de Patentes<sup>10</sup>; sin embargo, la EPO rechazó las dos solicitudes de patente EP3564144<sup>11</sup> y EP3563896<sup>12</sup>, respectivamente. Las razones enunciadas por la EPO para rechazar las solicitudes de patente se fundamentan en los citados artículo 81, y regla 19 de la Convención Europea sobre Patentes. No obstante, el caso ante la EPO aun sigue en curso, ya que Thaler ha apelado la decisión, alegando que las normas antes mencionadas no brindan suficiente claridad respecto de la elegibilidad de los sujetos que pueden ser titulares de una patente. El 21 de diciembre de 2021, la EPO tendrá que revisar la apelación y pronunciarse nuevamente respecto de este caso.

### **Caso de estudio: David Slater vs. Personas por el Trato Ético de los Animales (PETA)**

En 2011, el fotógrafo David Slater viajó a Indonesia a fin de hacer varias capturas de la fauna y la flora del Parque Nacional Sulawesi Norte. Luego de varios intentos de fotografiar a un grupo de primates, Slater dejó su cámara situada en su trípode y se alejó de esta con la intención de observar qué sucedería. Un primate llamado Naruto se acercó con curiosidad a la cámara de David Slater y accidentalmente tomó una foto selfie. Posteriormente, Slater inició una campaña de difusión de la fotografía, enviándola a varios medios de gran prestigio internacional. En particular, el diario de origen británico Daily Mail publicó la fotografía -que sucesivamente fue objeto de gran fama-.

---

<sup>9</sup> European Patent Office. (2019, 20 diciembre). *European Patent Office*. <https://www.epo.org/news-events/news/2019/20191220.html>. <https://www.epo.org/news-events/news/2019/20191220.html>

<sup>10</sup> WIPO. (1970). *Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)*. <https://www.wipo.int/treaties/es/registration/pct/>

<sup>11</sup> EPO. (s. f.-b). *About this file - European Patent Register*. Recuperado 30 de agosto de 2021, de <https://register.epo.org/application?number=EP18275174>

<sup>12</sup> EPO. (s. f.). *About this file - European Patent Register*. Recuperado 30 de agosto de 2021, de <https://register.epo.org/application?number=EP18275163>

**Alejandro Guzmán Gherzi**

Posteriormente, en 2014, Wikipedia publicó la fotografía en su sitio web, específicamente en la página Wikimedia Commons. Sucede con las fotografías publicadas en esta página web que tienen la característica particular de ser de dominio público, es decir que no hay una persona que pueda reclamar derechos de autor sobre ellas. Ello generó un debate de orden moral y legal, pues David Slater indicó a Wikipedia que debía remover la imagen del sitio web, a lo que Wikipedia respondió negativamente, sostenido que la fotografía había sido tomada por un primate, el cual por ser animal no era susceptible de tener derechos de autor.

En septiembre del año 2015, el caso llegó a una Corte del estado California de EE.UU., cuando la reconocida ONG **Personas por el Trato Ético de los Animales (PETA)** interpuso una demanda en contra de Slater por infracción de derechos de autor del primate Naruto. PETA, sostenía que de conformidad con la ley, quién captura la fotografía es su propietario, por lo que técnicamente el primate Naruto debía ser el propietario. PETA también argumentó que la fotografía fue capturada por Naruto de forma espontánea y sin asistencia de Slater. Finalmente, la corte concluyó que para poder estar sujeta a Derechos de Autor, la obra debía haber sido creada por un ser humano. En virtud de ello, la corte decidió que los derechos de autor sobre la fotografía pertenecían a David Slater<sup>13</sup>.

Sobre este caso, algo que llama poderosamente la atención es la postura generalizada que mantiene la legislación estadounidense frente a las distintas expresiones de la Propiedad Intelectual. No sólo se reserva exclusivamente a los seres humanos el derecho a patentar creaciones, sino que también se reserva solo a humanos el derecho a proteger creaciones artísticas con derechos de autor.

### **Caso de estudio: Creativity Machine (Máquina de Creación)-Stephen Thaler**

El primer cepillo de dientes de cerdas cruzadas fue diseñado por una máquina autónoma; dicha máquina, denominada Creativity Machine fue creada por Stephen Thaler

---

<sup>13</sup> Guadamuz, A. (2018, febrero). *¿Qué nos puede enseñar sobre la legislación de derecho de autor el caso del mono que se hizo un selfi?* Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2018/01/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/01/article_0007.html)

**Alejandro Guzmán Ghersi**

en 1994. Algo muy interesante respecto de este caso es el hecho de que Stephen Thaler llevó a cabo un proceso de recolección y suministro de datos a la máquina. Este proceso -orientado al aprendizaje de la máquina- permitió que el sistema de inteligencia artificial obtuviese conocimiento acerca de las funciones, diseños, procedimientos de ensamblaje y eficacia de los cepillos de dientes existentes en el mercado del momento. El particular más relevante respecto de este caso es que Stephen Thaler no solo obtuvo la patente sobre la máquina autónoma que él creó, sino también sobre el cepillo de dientes diseñado por la máquina<sup>14</sup>.

Este caso resulta de sumo interés, ya que sentó un precedente interesantísimo, pero que, en contraste con lo atestiguado hoy en día, resulta confuso. Sucede que la invención de la Creativity Machine fue patentada exitosamente ante la Oficina de Marcas y Patentes de Estados Unidos (USPTO) en 1998.

Ahora bien, ¿Por qué si el criterio actual de la USPTO es que las creaciones de inteligencias artificiales no pueden ser patentadas, el caso de Stephen Thaler si tuvo éxito? Sucede que, en la descripción de la patente, en ningún momento se afirma a la *Creativity Machine* como el dispositivo creador de la invención a patentar. Por el contrato -y estratégicamente-, las afirmaciones hechas en los antecedentes de la patente sostienen que la máquina nueva fue enteramente creada por Thaler, y que la inteligencia artificial Creativity Machine está interrelacionada con esta nueva creación en tanto que en el desarrollo de una y otra, se llevó a cabo la observancia de patrones razonamiento que retroalimentaron el conocimiento empleado por su inventor para llegar al producto final.<sup>15</sup>

### **Caso de estudio: Invention Machine (Máquina de Invención)-John Koza**

En 1997 John Koza solicitó ante la USPTO el registro de patente sobre la Máquina de Invención (cuyo nombre de patente es *Método y aparato para diseño automatizado de estructuras complejas mediante programación*). Se trata de un sistema de inteligencia artificial que funciona bajo el esquema de *Programación Genética* (GP), consistente en

---

<sup>14</sup> Abbott, R. (2016, 28 septiembre). *Boston College Law Review*. Law Digital Commons. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=bclr>

<sup>15</sup> Thaler, S. L. (1996, 26 enero). *Neural network based prototyping system and method*. Google Patents. <https://patents.google.com/patent/US5852815A/en>

**Alejandro Guzmán Gherzi**

programar al sistema con aprendizaje basado en el proceso evolutivo de seres vivos: “mutación, recombinación sexual, y selección natural”<sup>16</sup>. De este modo, su invención no versaba sobre la premisa de sugerir la opción más favorable luego del procesamiento de un algoritmo; el mérito de esta invención era crear patrones nuevos con base en el aprendizaje empírico.

En el 2005, John Koza recibió la patente US6847851B1 (Aparato para mejorar los controladores PID y no PID de uso general)<sup>17</sup>. La historia de esta patente constituye un caso de estudio a los fines de este artículo, pues resulta que la invención patentada fue creada por la Máquina de Invención, es decir, por un sistema de Inteligencia Artificial. Un artículo publicado en la revista *Popular Science* en 2006 hizo la siguiente afirmación refiriéndose a la Máquina de Invención: “*incluso ha obtenido una patente estadounidense por desarrollar un sistema para hacer que las fábricas sean más eficientes, una de las primeras protecciones de propiedad intelectual concedidas a un diseñador no humano*”<sup>18</sup>.

Nuevamente, compete preguntar ¿Cómo es que John Koza recibió la patente US6847851B1, habiendo sido esta invención creada por un sistema de Inteligencia Artificial? Una vez más, dicho logro es atribuible a la estrategia de los abogados a cargo de la solicitud de patente. En el artículo anteriormente mencionado de la revista *Popular Science*, se relata como Koza confesó en una entrevista hecha para dicho artículo, que sus abogados le aconsejaron nunca mencionar a lo largo de la patente, que la invención había sido diseñada por la Máquina de Invención<sup>19</sup>. En efecto, a lo largo de la patente no se hace mención alguna sobre la participación de la Máquina de Invención en el proceso creativo del método y aparato para diseño automatizado de estructuras complejas mediante programación.

Los criterios y casos revisados en este capítulo, sin lugar a duda ponen en tela de juicio la función legislativa frente a temas elementales del derecho, como lo son la

---

<sup>16</sup> John R. Koza et al., *Evolving Inventions*, SCI. AM., Feb. 2003

<sup>17</sup> Koza, J. R. (2005). *Apparatus for improved general-purpose PID and non-PID controllers* (US6847851B1). United States Patent & Trademark Office. <https://patents.google.com/patent/US6847851B1/en>

<sup>18</sup> Keats, J. (2006, 19 abril). *Popular Science*. Popular Science. <https://www.popsci.com/scitech/article/2006-04/john-koza-has-built-invention-machine/>

<sup>19</sup> Keats, J. (2006, 19 abril). *Popular Science*. Popular Science. <https://www.popsci.com/scitech/article/2006-04/john-koza-has-built-invention-machine/>

**Alejandro Guzmán Gherzi**

propiedad intelectual, y la inteligencia artificial. Es evidente que las previsiones de los ordenamientos jurídicos son obsoletas ante la carrera feroz que la humanidad desarrolla en torno a la tecnología, y tal parece que los criterios actuales fueron adaptados para un mundo distinto del actual. De modo que en lo sucesivo, este artículo intentará de forma humilde, y posiblemente ambiciosa, analizar algunas de las preguntas que sería oportuno responder para dotar al derecho de algunas herramientas que quizá nos podrían ser útiles para tratar este tipo de situaciones.

## **II. ¿QUÉ TRATAMIENTO DEBERÍA DAR EL DERECHO AL PRODUCTO FINAL?**

El dilema que hoy en día enfrenta el legislador con respecto al tema en cuestión, esencialmente se centra en el objeto intermediario de la creación: la Inteligencia Artificial. Es decir, el ser humano crea una Inteligencia Artificial, y esta a su vez crea un producto final, pero ¿qué postura debería adoptar el legislador frente al producto final?

A partir de los antecedentes ya descritos, pareciera -salvo ciertas excepciones- que hay una tendencia mayoritaria a no asegurar la protección del producto final, creado por una Inteligencia Artificial. No obstante, sería interesante analizar brevemente qué precedente sientan estas resoluciones:

¿Qué propósito cumplen las Inteligencias Artificiales hoy día? sería excesivamente ambicioso -y carente de información- pretender dar una sola respuesta a esta pregunta. Pero se puede observar un patrón común en inteligencias artificiales creadas por empresas vanguardistas y líderes en el mercado mundial: los algoritmos de redes sociales como Tik Tok, Facebook, Instagram y Twitter son determinados por Inteligencias Artificiales; empresas como Google Maps y Uber utilizan Inteligencias Artificiales para hacer proyecciones de rutas más apropiadas y posibles contratiempos; en la industria musical, Sony desarrolló *Flow Machines*<sup>20</sup>, un sistema que ya ha creado

---

<sup>20</sup> SONY. (s. f.). *Flow Machines – AI assisted music production*. Flow Machines. Recuperado 23 de agosto de 2021, de <https://www.flow-machines.com/>



**Alejandro Guzmán Gherzi**

exitosamente algunas canciones, mientras que Google creó el *Magenta Project*, un sistema hecho para generar música<sup>21</sup>.

Pareciera que todas estas Inteligencias Artificiales tienen en común el desenvolvimiento de actividades para su uso comercial, que a su vez simplifican procedimientos humanos que normalmente involucran más tiempo y recursos. Y pareciera que estos ejemplos tienen eso en común con varios de los antecedentes enunciados, como sucede en los casos de la Creativity Machine, la Invention Machine, los robots presentados al público en la competencia RobotArt y DABUS. Quizás se podría presumir -salvo mejor criterio del examinador de la solicitud-, que una inteligencia artificial ha sido creada con un propósito comercial.

¿Qué quiere decir esto?, pues las diversas instituciones del derecho de propiedad intelectual normalmente deben pasar por un proceso de revisión para funcionar. En cualquier jurisdicción del mundo, cuando un particular solicita el registro de una patente sobre una invención, la solicitud es revisada por un funcionario examinador perteneciente a la entidad administrativa encargada de gestionar todos los procedimientos concernientes a patentes. El funcionario examinador de la solicitud está legalmente encargado -y lo que es más preciso, vinculado a- de revisar la conformidad de la solicitud con el derecho.

Es en esta fase del proceso de registro de una patente, cuando el funcionario examinador se encarga de averiguar qué propósito cumple la inversión a patentar, y por qué el creador de la invención desea patentarla. Entonces, ¿no podría análogamente afirmarse que, si una inteligencia artificial figura como la creadora de una invención, el funcionario que examine la solicitud, debería también averiguar qué propósito cumple la invención que se desea patentar, y por qué la inteligencia artificial en cuestión creó dicha invención?

Si nos remitimos a los casos estudiados en el capítulo anterior, todas las inteligencias artificiales que fungieron como intermediarias en la creación de las invenciones a patentar, cumplían un propósito específico, es decir, fueron diseñadas para

---

<sup>21</sup> Magenta Project-Alphabet Inc. (s. f.). *Magenta Project*. Magenta Project. Recuperado 23 de agosto de 2021, de <https://magenta.tensorflow.org/>

**Alejandro Guzmán Gherzi**

alcanzar fines particulares. Es más, en todos los casos, las Inteligencias Artificiales cumplieron propósitos que podrían tenerse como comerciales y lícitos, pues las actividades que desarrollaron siempre sirvieron para fines comerciales y, las invenciones que crearon -así como las actividades que desarrollan-, no vulneran ningún bien jurídico.

En todo caso, algo que el Derecho de Propiedad Intelectual -a nivel internacional- ha sabido codificar muy bien es el catálogo de cosas que pueden ser objeto de derechos de propiedad intelectual. Es decir, la lista de cosas que se pueden patentar, registrar como marcas comerciales, recibir derechos de autor, considerarse diseños industriales. Posiblemente allí debería estar contenida la respuesta a si la cosa es, o no, patentable, cuando una inteligencia artificial es figura como el creador de una invención. Es decir, que el tratamiento que se dé a ese producto final posiblemente debería ser analizado a la luz de los ya existentes listados de cosas que pueden o no recibir una patente, y de allí concluir si la cosa creada por una Inteligencia Artificial puede ser patentada, o ser protegida por derechos de autor, según sea el caso.

Claro que, de lo anterior se desprende un primer problema de raíz; sucede que la gran mayoría de estos catálogos -sino todos-, disponen que no pueden ser objeto de derechos de propiedad intelectual cosas no creadas por personas naturales. Y he aquí el dilema inicial. Pero ¿acaso esa restricción no debería estar contenida en un catálogo de otra naturaleza? Esa limitación más bien obedece a la pregunta ¿Quién puede ser sujeto de derechos de propiedad intelectual?, y no a la pregunta ¿Qué puede ser objeto de derechos de propiedad intelectual? Visto desde esa óptica, pareciera que ese fue el razonamiento empleado en el citado caso *David Slater vs PETA*. La corte reconoció que David Slater es el propietario de los derechos de autor sobre la fotografía tomada por un primate, no porque una fotografía no pueda ser objeto de derechos de autor, sino porque un primate no puede ser sujeto de derechos de autor.

Posiblemente, para que el derecho de propiedad intelectual a nivel internacional pueda adaptarse a las demandas multitudinarias del mundo actual, el primer paso sea ubicar esa restricción en un catálogo distinto. Es decir, que frente a cosas que son programadas para crear cosas útiles, novedosas y que sirven para el comercio, el funcionario examinador mencionado al iniciar este análisis tendría que preguntarse ¿la

**Alejandro Guzmán Gherzi**

invención puede ser objeto de derechos de propiedad intelectual?, y el ente creador ¿puede ser sujeto de derechos de propiedad intelectual?

Atendiendo al precedente histórico de la revolución industrial, y a la proliferación de sistemas de Inteligencia Artificial para producir bienes y servicios, no es descabellado considerar que la tendencia en el futuro será a utilizar más Inteligencias Artificiales para crear nuevas cosas. En tal sentido, pareciera que, a la fecha de hoy, una de las mayores promesas del derecho, cuál es su vocación de evolución y adaptación, no está siendo correctamente manifestada.

Entonces, aplicando los criterios de la Unión Europea y la USPTO, ¿las creaciones de Inteligencias Artificiales en el futuro no deberían gozar de protección legal? ¿deben quedar en un espacio de desamparo legal que las haga objetos de dominio público? No debe olvidarse que los derechos de propiedad intelectual incentivan la innovación y creación de todo tipo por parte de personas jurídicas y naturales. Tampoco se debe dejar de lado el hecho de que los derechos de propiedad intelectual potencian la actividad comercial al proteger las creaciones de los comerciantes. La verdad es que en el futuro las actividades comerciales cada vez manifestarán mayor presencia de sistemas inteligentes capaces de producir formar más innovadoras y eficientes de producir bienes y servicios.

Con estas consideraciones en cuenta, la respuesta al problema no debería simplemente limitarse a afirmar que las creaciones de inteligencias artificiales no pueden ser protegidas por derechos de propiedad intelectual. El derecho debe ir más allá.

### **III. ENTONCES, ¿QUIÉN DEBE SER TITULAR DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LAS CREACIONES DE INTELIGENCIAS ARTIFICIALES?**

Esta es, sin lugar a duda la principal cuestión ética detrás de todo este escrito. Pareciera que únicamente hay 3 opciones: 1) que la creación no sea patentada, o no obtenga derechos de autor (según sea el caso), sino que su uso sea irrestricto y libre para todo público; 2) que la patente o derecho de autor pertenezca a la Inteligencia Artificial

**Alejandro Guzmán Gherzi**

que la creó, y que a su vez fue creada por alguien más y; 3) que la patente o derecho de autor pertenezca a la persona que creó la Inteligencia Artificial, y que posee su patente.

En relación con la primera de las posibilidades enunciadas en el párrafo anterior, como ya se ha argumentado previamente durante este artículo, existen una serie de consideraciones que no favorecen esta solución; no se trata únicamente de que el otorgamiento de patentes incentive la investigación y la innovación. Tampoco se agotan los argumentos al sostener que en el futuro cada vez serán más las invenciones creadas por Inteligencias Artificiales. Un argumento de orden ético en contra de esta solución es que el otorgamiento de una patente también constituye un premio al esfuerzo de una o varias personas que han dedicado tiempo y recursos a la creación de una invención.

Si se atiende a la normalidad de los hechos, es posible alegar que una Inteligencia Artificial es normalmente creada con un propósito comercial y lícito, y también es posible concluir que hay un nexo causal directo entre la creación de una Inteligencia Artificial y el propósito del diseño de esta. Es decir, las Inteligencias Artificiales que a su vez crean cosas nuevas han sido planeadas con ese propósito por sus propietarios.

La segunda posibilidad -que la patente sea otorgada a la Inteligencia Artificial que creó la invención- debería ser analizada a la luz de ciertas cuestiones de orden ético, que atañen al Derecho Natural. El Derecho, entendido como un conjunto de normas que regulan conductas humanas, nace precisamente de necesidades humanas; el propósito más puro del Derecho es regular relaciones interpersonales, la misma palabra excluye todo aquello que no sea una persona -u organización conformada por personas- de su participación en relaciones jurídicas. Y ello no es lo mismo que regular la afectación de seres humanos en su entorno o sobre ciertas cosas.

Es decir, el tratamiento que los seres humanos dan a las cosas no queda -ni debe quedar- excluido de límites del derecho positivo. Pero ello es completamente distinto a la tenencia de derechos por parte de entes no humanos, pues en este punto del análisis no se trata de que una cosa deba ser comprendida en normas jurídicas por su potencial para ser parte de supuestos de hechos, no cabe duda de que ello es posible. El análisis en cuestión se trata de que la cosa sea, o no capaz de disponer legal y lícitamente de otras cosas, de

**Alejandro Guzmán Gherzi**

bienes jurídicos. Y la respuesta tiene que partir del hecho mismo de que aquello que no tiene vida, no puede sentir la afectación de un bien jurídico, y por ello no puede ser sujeto de derechos en una relación jurídica.

Y posiblemente, frente al argumento anteriormente elaborado quepa contraargumentar ¿qué sucede con los animales, plantas y demás formas de vida que no son humanos, y para ciertas jurisdicciones y sectores de la doctrina, tienen derechos? Y ¿por qué no se puede establecer una analogía entre estos casos y los casos de inteligencias artificiales? Pues ante esas preguntas cabe argumentar lo siguiente: los derechos que otras formas de vida pueden percibir según sus defensores, consisten en que no se afecte la forma en que han llegado al mundo, pero no versan sobre la disponibilidad que estos puedan tener sobre otras cosas. Es decir, en términos muy generales los derechos que se reconocen -nuevamente, en ciertas jurisdicciones- a otras formas de vida, son derechos a no ser maltratados directamente. Pero de ninguna manera se les reconocen derechos de disponibilidad sobre cosas.

Y en torno a la segunda pregunta formulada ¿por qué no se puede establecer una analogía entre estos casos y los casos de inteligencias artificiales?, la respuesta es que, al no tener vida, no existe ningún bien jurídico que se pueda vulnerar a una inteligencia artificial. Aun las formas de vida no humana poseen sistemas que les permiten sentir dolor, excitación, o depresión. Y de allí se podrían valer los defensores de estas formas de vida para afirmar que, si se les agrede directamente, se les están vulnerando bienes jurídicos, y que por eso deben ser titulares de derechos muy específicos. Pero aun en el caso de una Inteligencia Artificial -un sistema que analiza, entiende y propone, pero que no siente nada en absoluto-, no hay forma de que perciba alguna emoción o sensación, y por lo tanto, no hay forma de que se le vulnere un bien jurídico. Es decir, que la Inteligencia Artificial no tiene forma, en ningún plano que se conciba, de figurar como sujeto de derechos.

Una Inteligencia Artificial ciertamente no es un humano, por mejor programación que tenga, y por superior que pueda ser incluso al intelecto humano en determinadas actividades. En todo caso, basta con señalar el incumplimiento de la Inteligencia Artificial

**Alejandro Guzmán Gherzi**

con características inherentes a la humanidad, tales como la tenencia de alma e intelecto, para determinar que no debe ser sujeto de relaciones jurídicas.

Ante todo este análisis, cabe la posibilidad de preguntarse: si es afectada la invención creada por una Inteligencia Artificial, o, si es dañada la Inteligencia Artificial directamente ¿quién percibe la afectación de un bien jurídico? Pues la persona -o las personas- que creó la Inteligencia Artificial -y que con toda seguridad la creó para que a su vez está creando algo más-. De ello no cabe duda, pues esta persona tuvo que invertir recursos propios en la creación de la Inteligencia Artificial, y es propietario de la Inteligencia Artificial.

Y si un ser humano tiene un bien jurídico afectado por lo que le suceda a una Inteligencia Artificial -o a su creación-, ello es ineludiblemente porque está figurando como sujeto de derechos en una relación jurídica. Y ello nos dirige a la tercera posibilidad -que los derechos de propiedad intelectual sobre la creación de una inteligencia artificial sean otorgados al creador de la inteligencia artificial-, la cual parece compaginarse con dos elementos importantes: las expectativas del derecho presente y futuro, y; los principios generales del derecho.

Todos los argumentos ya esbozados en contra de la primera posibilidad parecen ser satisfechos con esta tercera posibilidad; al otorgar a una o varias personas la patente sobre una invención producida por una Inteligencia Artificial 1) se les reconoce y valora el esfuerzo, genialidad, y tiempo invertidos en la creación de un sistema de Inteligencia Artificial que a su vez crea una nueva invención -habiendo sido dicha creación motivada, pensada y sugestionada por las personas que crearon la Inteligencia Artificial-; 2) al otorgar los derechos de propiedad intelectual a la persona involucrada, se está incentivando a la creación de esta persona de nuevas invenciones que sean útiles a la humanidad; 3) también se está incentivando a esta persona a utilizar la Inteligencia Artificial en cuestión para fines que otras personas pueden aprovechar; 4) finalmente se incentiva a terceros a crear sus propios sistemas de Inteligencia Artificial, con los cuales a su vez se puedan producir nuevas invenciones. Nuevamente, no debe olvidarse que dichos productos finales pueden beneficiar en forma de bienes y servicios al resto de la humanidad.

**Alejandro Guzmán Gherzi**

Posiblemente las decisiones de la USPTO y de la Corte Europea que negaron la posibilidad de patentar las creaciones de Inteligencias Artificiales debieron enfocarse en quién debería ser el titular de la patente, y no en el hecho mismo de si debería haber o no una patente. Los principios y parámetros internacionales que determinan qué puede ser objeto de una patente o de derechos de autor, ya existen. Las preguntas más importantes de cara al futuro son quién debe ser titular de los derechos en cuestión, o si es ético, o no, que algo más que un humano -u organización de humanos- sea titular de estos derechos.

En ese sentido, pareciera que la norma prevista en la legislación de Reino Unido -antes citada- asimila mejor las demandas del futuro, al concluir que en última instancia quién hizo los esfuerzos necesarios para crear la inteligencia artificial -que desarrolló a su vez una invención u obra artística-, podrá ser el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el producto final.

#### **IV. CONCLUSIONES**

La primera conclusión que se puede obtener a partir de la investigación sostenida y que ha servido como fundamento a este artículo es que, la creación de invenciones y obras de arte a partir de inteligencias artificiales es una tendencia. El Informe Mundial de Indicadores de Propiedad Intelectual del año 2020, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, refleja que el 7.3% de las patentes registradas a nivel mundial en 2018, están relacionadas con tecnología computarizada<sup>22</sup>.

También se puede concluir que los esfuerzos actuales de las diversas legislaciones alrededor del mundo en esta materia son muy escasos e insuficientes. El derecho de propiedad intelectual a nivel mundial tiene que actualizarse y dar respuestas claras a un supuesto de hecho cada vez más común. Incluso los criterios más desarrollados a la fecha parecen ciertamente escuetos y con grandes lagunas jurídicas, como es el caso de la mencionada disposición en la legislación de Reino Unido.

---

<sup>22</sup> World Intellectual Property Organization. (2020). *World Intellectual Property Organization*. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_941\\_2020.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2020.pdf)

**Alejandro Guzmán Gherzi**

Otra conclusión fundamental de este artículo, es que las patentes y derechos de autor únicamente deben ser acreditados a seres humanos o conjunto de seres humanos. Esencialmente los derechos de propiedad intelectual hacen a sus titulares partícipes de relaciones jurídicas, les hacen titulares de derechos y obligaciones; tal esquema es propio del derecho, sistema creado por y para seres humanos, y en definitivas cuentas no es ético que un ente distinto de un ser humano (u organización humana) sea partícipe de una relación jurídica.

En virtud de ello, también es importantísimo concluir que, el legislador moderno se debe plantear dos preguntas trascendentales, y codificar en virtud de ellas. Las preguntas en cuestión deberían ser ¿qué puede ser objeto de derechos de propiedad intelectual? Y, ¿quién puede ser sujeto de derechos de propiedad intelectual?

Como se ha analizado a lo largo de esta obra escrita, la clave para saber qué puede ser objeto de derechos de propiedad intelectual, debe obedecer a si es lícito, o no. Y, ¿cómo sabemos que algo es lícito? Porque no vulnera un bien jurídico -y con esta afirmación no se pretende simplificar el análisis dado a que algo sea o no lícito, tal situación puede ser complejísima, pero siempre debe dar la respuesta a si algo puede figurar en una relación jurídica legalmente-.

En referencia a la pregunta ¿quién puede ser sujeto de derechos de propiedad intelectual? Un ser humano -o seres humanos-, y ello no elimina la posibilidad de que una inteligencia artificial -creada por un ser humano- figure como ente creador de una invención a patentar. Lo fundamental en este caso es que la inteligencia artificial no puede ser sujeto de derechos, y, por lo tanto, debe premiarse con el otorgamiento de tales derechos al ser humano que creó la Inteligencia Artificial.

En este orden de ideas, es importante concluir que los derechos de propiedad intelectual sobre invenciones creadas por inteligencias artificiales deben ser acreditados a los creadores de las inteligencias artificiales que han mediado en la creación del producto final. A simple vista pareciera ambicioso pretender hacer esta afirmación, pero la respuesta del derecho no debe ser no regular sobre una situación jurídica en particular. Como ha sido mencionado a lo largo de este artículo, existe una multiplicidad de



**Alejandro Guzmán Gherzi**

argumentos de orden ético, financiero y práctico que justifican el otorgamiento de estos derechos a los creadores de las inteligencias artificiales implicadas.

Como conclusión final, las normas de ética pertinentes a lo susceptible de recibir una patente o derechos de autor, deben ser revisadas y reformadas a fin de dar paso a los cambios necesarios.

El mérito de este artículo es determinar que no hay claridad sobre quién (o qué), y bajo cuáles circunstancias puede ser sujeto de derechos de propiedad intelectual. Lo meramente lógico supone que un objeto no puede ser sujeto de derechos, y el principio de suficiencia del derecho sugiere que un supuesto fáctico (y que cada vez será más recurrente) no puede quedar sin regulación. Compete al legislador moderno dar forma legal a esta situación cuya repetición es de esperarse.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Milenko. “e-David Painting His ‘Self Portrait.’” Robotart, April 11, 2017. <https://robotart.org/selbstsp/>.

Anon, UNDP in Asia and the Pacific Appoints world's FIRST Non-human INNOVATION CHAMPION. *UNDP in Asia and the Pacific*. Available at: <http://www.asiapacific.undp.org/content/rbap/en/home/presscenter/pressreleases/2017/11/22/rbfsingapore.html> [Accessed August 31, 2021].

Office, European Patent. “The European Patent Convention.” *Rule 19 – Designation of the Inventor - The European Patent Convention, Implementing Regulations – to the Convention on the Grant of European Patents, Part II – Implementing Regulations to Part II of the Convention, Chapter II – Mention of the Inventor*. Accessed August 31, 2021. <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2020/e/r19.html>.

“35 U.S. Code § 100 - Definitions.” *Legal Information Institute*. Legal Information Institute. Accessed August 31, 2021. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/100>.

*Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Accessed August 31, 2021. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/I/crossheading/authorship-and-ownership-of-copyright?view=plain>.

USPTO. *USPTO*, n.d. [https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350\\_22apr2020.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf).

EPO. “EPO Refuses DABUS Patent Applications Designating a Machine Inventor.” <https://www.epo.org/News-Events/News/2019/20191220.html>, December 20, 2019

*Tratado De Cooperación En MATERIA DE Patentes (PCT)*. Accessed August 31, 2021. <https://www.wipo.int/treaties/es/registration/pct/>.

“About This File: Ep3563896.” *About This File - European Patent Register*. Accessed August 31, 2021. <https://register.epo.org/application?number=EP18275174>.

**Alejandro Guzmán Gherzi**

“About This File: Ep3564144.” *About This File - European Patent Register*. Accessed August 31, 2021. <https://register.epo.org/application?number=EP18275163>.

¿Qué Nos Puede Enseñar Sobre La Legislación De Derecho De Autor El Caso DEL MONO Que Se Hizo UN Selfi? Accessed August 31, 2021. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2018/01/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/01/article_0007.html).

Abbot, Ryan. “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law.” *Law Digital Commons*, September 28, 2016. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=bclr>

Stephen Thaler. “Us5852815a - Neural Network Based Prototyping System and Method.” *Google Patents*. Google. Accessed August 31, 2021. <https://patents.google.com/patent/US5852815A/en>.

Office, European Patent. “The European Patent Convention.” *Article 81 – Designation of the Inventor - The European Patent Convention, Convention on the Grant of European Patents – (European Patent Convention), Part III – The European Patent Application, Chapter I – Filing and Requirements of the European Patent Application*. Accessed August 31, 2021. <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/e/ar81.html>.

Koza, John. “US6847851B1 - Apparatus for IMPROVED General-Purpose PID And Non-PID Controllers.” *Google Patents*. Google, 2005. <https://patents.google.com/patent/US6847851B1/en>.

Jonathon Keats | Published Apr 19, Antennas Artificial Intelligence Feature Inventions Machines, Antennas, Artificial Intelligence, Feature, Inventions, and Machines. “John Koza Has Built an Invention Machine.” *Popular Science*, April 26, 2021. <https://www.popsci.com/scitech/article/2006-04/john-koza-has-built-invention-machine/>.

“Ai Assisted Music Production.” *Flow Machines*. Accessed August 31, 2021. <https://www.flow-machines.com/>.

**Alejandro Guzmán Gheri**

*Magenta*. Accessed August 31, 2021. <https://magenta.tensorflow.org/>.

“World Intellectual Property Indicators 2020.”

[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_941\\_2020.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2020.pdf). World

Intellectual Property Organization, 2020.

## EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN EL LAUDO ARBITRAL\*

*Víctor Jiménez Escalona*

Abogado de la Universidad José María Vargas. Doctorando en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello

### Resumen

La actividad del árbitro, al momento de dictar el laudo en los procesos arbitrales institucionales de derecho, es semejante a la del juez: se resume en convertirse en un operador jurídico con el deber de motivar su decisión. En la actualidad existe pleno consenso en que los jueces, tanto de instancia como los del Máximo Tribunal de la República, deben sujetar su fallo al control de la convencionalidad. Este ensayo abordará el tema de dicho control desde la perspectiva de la motivación del laudo.

**Palabras clave:** Laudo arbitral, control de la constitucionalidad, control de la convencionalidad.

## CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE ARBITRATION AWARD

### Abstract

The activity of the arbiter, at the moment of issuing the arbitral award through the institutional arbitral proceedings of the law, is similar to one of a judge: it is condensed in becoming a legal practitioner with the duty of justifying his decision. Nowadays there exists consensus that judges, both from instance and from the highest court of the republic, must subject their decision to control of conventionality. This article will take on the subject of the aforementioned control from the justification of the arbitral award sphere and perspective.

**Keyword:** arbitral award, constitutional review, control of conventionality.

---

\* Dedico el presente ensayo a la abogada Frankcelys MORFE PONCELEÓN, quien tuvo el noble gesto de revisar el contenido del presente *paper*. Su ayuda fue vital para la investigación, y aunque todo lo malo de la misma debe reputárseme, que todo lo bueno que en ella se hallare se le endilgue al buen ojo lector de la joven abogada. Asimismo, agradezco la revisión formal que hicieron las estudiantes Ana Isabel HERNÁNDEZ y Alejandra AGUILERA del presente ensayo. Un futuro prominente les aguarda a ellas. Mil gracias a todas.

## INTRODUCCIÓN

El presente *paper* abordará el tema del control de la convencionalidad en el arbitraje comercial venezolano. Allí se hará referencia tanto al ordenamiento jurídico venezolano como al derecho internacional de los derechos humanos y, por supuesto, a los reglamentos de los centros de arbitraje de Venezuela.

El estudio partirá de la premisa de la motivación de los laudos arbitrales en los arbitrajes institucionales de derecho. Para ello, se argumentará sobre las implicaciones del arbitraje comercial en el marco de un auténtico Estado de Derecho y su relación con el control convencional sentado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De igual forma se abordará la naturaleza del arbitraje comercial, como elemento mínimo e indispensable para entender el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje y su relación con el control de la convencionalidad.

### I. BREVES CONSIDERACIONES AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y AL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

#### 1. El control constitucional en la Constitución de 1999

El control constitucional es una institución jurídica que ya roza los doscientos años de vigencia. Desde el célebre caso *Marbury vs. Madison*<sup>1</sup>, que le dio origen, el concepto ha calado en el constitucionalismo contemporáneo hasta el punto que muchas constituciones la han incluido en sus textos, dentro de la gama de garantías que ella prevé para la vigencia de los derechos fundamentales.

Si bien el surgimiento del control fue en virtud de un caso judicial, ello se justificó en la necesidad de darle cobertura a las normas constitucionales, para que éstas no sufrieran violaciones indirectamente por la aplicación de alguna disposición jurídica que,

---

<sup>1</sup> “Como lo afirmó el juez Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803, todos los jueces y todos los tribunales deben decidir sobre los casos concretos que les son sometidos ‘de conformidad con la Constitución, desistiendo de la ley inconstitucional’ lo que constituye ‘la verdadera esencia del deber judicial’. Sin embargo, en este sistema de control de la constitucionalidad, este papel le corresponde a todos los tribunales y no a uno en particular, y no debe considerarse sólo como un poder, sino como un deber que les está impuesto para decidir sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, inaplicándolas cuando sean contrarias a sus normas”, Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Constitucional. El derecho y la acción de amparo en el derecho constitucional comparado*, Tomo XI, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 2017, p. 124.

para el caso concreto, significa una disminución de los atributos inherentes a los derechos constitucionales en cuestión.

Esta circunstancia aparejó la imbricada noción de la supremacía constitucional, como fundamento mismo del control en cuestión. Esta noción —hoy capital en el constitucionalismo moderno— se encuentra entre nosotros concretamente positivizada en el artículo 7 de la Constitución de 1999<sup>2</sup>.

Sin embargo, por paradójico que fuera, el control constitucional previsto en la decisión *Marbury vs. Madison* fue el resultado de una interpretación teleológica de los postulados constitucionales que proclaman la prevalencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico interno, y no la concreta aplicación de disposición constitucional expresa que regule la institución *in commento*.

Al respecto, digno es de destacar que ha sido la Constitución venezolana de 1811 —la tercera Constitución en el mundo y la primera iberoamericana<sup>3</sup>— que positivizó el control constitucional, en su modalidad de control difuso, en el artículo 227<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> “Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

<sup>3</sup> En efecto, sería en fecha 19 de marzo de 1812 cuando en España se sancionó la Constitución de la Monarquía Española de Cádiz, apenas tres meses después de la Constitución de Venezuela. *Vid.*, Brewer-Carías, Allan R., “La Constitución de Cádiz de 1812 y los principios del constitucionalismo moderno: su vigencia en Europa y en América”, Texto de la Conferencia Magistral dictada en el IV Simposio Internacional sobre la Constitución de Cádiz de 1812: Fuente del derecho europeo y americano. Relectura de sus principios fundamentales, Cádiz, 11 al 13 de junio de 2008, disponible en <http://allanbrewercarias.net/dev/wp-content/uploads/2010/01/629-977.-La-Constituci%C3%B3n-de-C%C3%A1diz-y-los-principios-del-constitucionalismo-moderno-2008-1.pdf>.

<sup>4</sup> “La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla, y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las provincias, estarán obligados a obedecerlas, y observarlas religiosamente y sin excusa, ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella no tendrán ningún valor, sino cuando lo hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa, legítima revisión y sanción”. Al respecto, la Sala Constitucional expresó: “La Constitución de 1811, en su artículo 227, establecía que aquellas leyes que se expidieran contra la Constitución: “no tendrán ningún valor, sino cuando hubiesen llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción”; en razón de lo cual de la señalada disposición se origina el principio de la supremacía constitucional, la garantía de la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución, y la facultad de los jueces patrios para considerar la nulidad de las leyes inconstitucionales. / De esta manera, de dicho principio de la supremacía constitucional nace, desde principios del siglo pasado, un sistema de control judicial de la constitucionalidad de los actos normativos, es decir, de justicia constitucional, tanto de carácter difuso como de carácter concentrado. / Por ello, la justicia constitucional en todo Estado de Derecho tiene su génesis en los principios: a) de supremacía y fuerza normativa de la Constitución; y, b) de separación de los poderes y de legalidad, los cuales constituyen el fundamento de todos los sistemas constitucionales modernos. / En

Así las cosas, Venezuela fue el precursor del control constitucional que la propia Carta Magna se daba a sí misma como garantía de su vigencia<sup>5</sup>. El Constituyente de 1999 previó normativamente la proclamación de distintos tipos de controles constitucionales como medios de salvaguarda del propio texto político, de manera que él mismo estableciera los mecanismos propios de su protección<sup>6</sup>.

---

tal sentido, las formas de protección de la Constitución, acogidas por los distintos ordenamientos, se dividen en un control concreto o difuso y un control abstracto o concentrado. En el primero de los casos, se permite a los distintos jueces ejercer una parte de esta justicia constitucional en los casos particulares que les corresponde decidir; y, en el segundo se otorga a la máxima instancia de la jurisdicción constitucional, el control de la constitucionalidad de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley. A partir de allí, se ejerce la supremacía constitucional, la cual, en unos casos, se atribuye a una Corte o Tribunal autónomo, y en otros sistemas, como el caso de Venezuela, se inserta en el máximo organismo jurisdiccional del país, como órgano rector del resto del sistema de justicia constitucional, concretamente: en esta Sala Constitucional. / Conforme a ello, el sistema venezolano de justicia constitucional es un sistema mixto, en el cual el control difuso de la constitucionalidad está atribuido a todos los tribunales de la República y el sistema concentrado de la constitucionalidad de leyes y demás actos de rango similar corresponde a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Cfr. artículos 334 y 336, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). / Al respecto, el control difuso de la constitucionalidad es un poder-deber de todos los jueces de desaplicar aquellas normas que estime como inconstitucionales, pese a que, en principio, resultaban ajustadas para casos concretos como al que le corresponde conocer y decidir, razón por la cual opta de manera preferente por la Constitución. Dicho deber, permitido mediante el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, es el de examinar la constitucionalidad de las leyes que va a aplicar en un caso concreto y, de ser inconstitucional, porque colide con la Carta Fundamental, su misión será la de considerar su desaplicación, sin llegar por ello a decretar su nulidad, aun cuando la considere nula, por cuanto no puede el juez ordinario actuar como legislador negativo. / En este sentido, la ley desaplicada, por inconstitucional, no solo tiene efectos entre las partes en relación con el caso sometido al conocimiento del juez, sino que, además, debe ser ejercido en un proceso donde la inconstitucionalidad de la ley o de la norma no es objeto de dicho proceso ni el asunto principal. / De esta manera, el control difuso de la constitucionalidad de las normas debe entenderse como la interpretación que deben realizar todos los jueces de la República, de la ley que debe aplicar en un caso concreto sometido a su consideración y decisión. Este análisis o examen lo debe realizar “*in abstracto*” a la luz de la norma fundamental, pero, sin llegar a sobrepasar sus poderes suponiendo el sentido de la misma y, en consecuencia, desaplicar, ya sea a instancia de parte o de oficio, aquella norma que no se adapte a las exigencias constitucionales, con efectos únicamente “*inter partes*” y de aplicación inmediata al caso concreto. / De igual modo, la decisión en la cual se ejerza el control difuso de la constitucionalidad debe ser una decisión expresa y motivada, en la que se haga un examen de la norma legal y de las razones por las cuales se desaplica a un caso concreto, por lo que no es aceptable una especie de control difuso tácito de la constitucionalidad, por cuanto, en el momento en el cual el Juez desaplica una norma por inconstitucional, se hace un examen exhaustivo de la misma, a los fines de asegurar la integridad constitucional” Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1.859/18.12.2014, con ponencia del magistrado Juan José Mendoza Jover.

<sup>5</sup> Como lo expresa el maestro Allan Brewer-Carías: “Esta cláusula de supremacía y la garantía objetiva de la Constitución se ratificó en el Capítulo VIII sobre los Derechos del Hombre, al prescribirse en su último artículo, lo siguiente: ‘Artículo 199. Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: Que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos están exentas y fuera del alcance del Poder General ordinario del gobierno y que conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellos que será absolutamente nula y de ningún valor”’, Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Constitucional. Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 2013, p. 284.

<sup>6</sup> *Vid.*, por todos Escudero León, Margarita, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.



La Constitución actual prevé el control difuso de la constitucionalidad en el artículo 334<sup>7</sup>. Bajo el amparo de esta disposición, el juez puede realizar el control de la constitucionalidad de cualquier disposición legal que para el caso concreto pueda colidir con las disposiciones constitucionales, prevaleciendo éstas en la decisión de fondo, sin que ello implique una incongruencia positiva por su parte, dado que el juez, como operador jurídico, debe garantizar la vigencia de los principios, valores y reglas constitucionales. Esa ha sido la opinión hasta la fecha de la Sala Constitucional<sup>8</sup>.

Lo anterior nos permite identificar que el control difuso de la constitucionalidad es un medio jurisdiccional de control o protección de la Constitución —y por extensión, de los derechos constitucionales de los justiciables— en el marco de un proceso judicial.

El ordenamiento jurídico procesal ha concretado la recepción de este principio constitucional en varios textos legislativos, como por ejemplo el artículo 20 del Código

---

<sup>7</sup> “Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. / Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella”, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *op. cit.*

<sup>8</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 2.785/24.10.2003, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera. Hubo una sentencia confirmatoria que estableció: “En primer lugar, se debe reiterar que, tal y como estableció esta Sala en sentencia N° 3067/2005 del 14 de octubre, el artículo 334 de la Constitución atribuye a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad del Texto Fundamental, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo. Dicho mandato se traduce en el deber de ejercer, aun de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver, por esta vía, las disconformidades que puedan generarse en cualquier proceso, entre normas legales o sublegales y una o varias disposiciones del Texto Constitucional, debiéndose aplicar preferentemente, ante tal supuesto, las últimas. / (...) De este modo, la Sala señaló que el control difuso sólo puede tener fundamento en la violación expresa del Texto Constitucional, ya que su fundamento, no es otro que la facultad judicial de examinar la compatibilidad entre las normas jurídicas aplicables a un caso concreto y la Constitución. / En otras palabras, el control difuso es un efecto del principio de supremacía constitucional, que permite a los jueces valorar la constitucionalidad de la legislación conforme a la cual debe resolver un proceso determinado y de ser el caso, descartar las que pudieran comprometer la incolumidad de la Carta Magna. De allí, que su procedencia está necesariamente vinculada a la divergencia entre la Constitución y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico” (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 474/21.05.2014, con ponencia del magistrado Francisco Antonio Carrasquero López).

de Procedimiento Civil<sup>9</sup>. Asimismo, el artículo 19 del vigente Código Orgánico Procesal Penal<sup>10</sup>.

Estos textos procesales positivizan el control difuso de la constitucionalidad como una forma de aparcar dicho principio constitucional en el ámbito de sus procesos, a modo de determinar con mayor precisión el deber constitucional de garantizar la prevalencia de la Constitución.

Y es que el control difuso es un deber constitucional en cabeza del juez, como operador jurídico de alta jerarquía, quien como tal debe ponderar en el caso concreto la utilidad de aplicar una disposición legal contraria a la Constitución<sup>11</sup>.

Por estas razones, el control difuso es un auténtico medio de protección de la Constitución y de los derechos fundamentales de los justiciables, el cual realiza el juez, como operador jurídico, a la hora de enjuiciar la pertinencia de aplicación de una disposición normativo-legal que pudiera colidir con la Carta Magna.

Con esta breve explicación, es fácil razonar hacia la idea de que, siendo un deber del juez a realizar en el marco de una decisión judicial, su estructura corresponde al de una técnica argumentativa bajo el cual el judicante fundamenta la exclusión de aplicar una norma inconstitucional.

---

<sup>9</sup> “Artículo 20. Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia”, Publicado en la Gaceta Oficial N° 3.970 del 13 de marzo de 1987, con una reforma parcial publicada en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

<sup>10</sup> “Artículo 19. Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces y juezas velar por la incolumidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional”, Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

<sup>11</sup> “(...) esta Sala debe reiterar que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye a todos los Jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer, aun de oficio, el denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre aquellas y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas (*vid.* sentencia SC N° 1.483/2014). / Igualmente, debe reiterarse que el examen de las sentencias en las que se ha ejercido el control difuso de la constitucionalidad, remitidas por los Tribunales de la República, redundan en una mayor protección del Texto Constitucional e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales -o bien la desaplicación de normas ajustadas a la Carta Magna- en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional (*vid.* sentencia SC N° 1.483/2014)” Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 883/13.12.2018, con ponencia del magistrado Juan José Mendoza Jover.

Esta forma de técnica argumentativa permite identificarla como un modo de razonamiento del juez, más que como un acto jurídico-procesal. Es el caso que, en el marco del proceso, el juez dispone de un arsenal de elementos jurídicos, configurados como actos procesales, para asegurarle a los justiciables una tutela judicial eficaz.

En el proceso civil, algunos de estos elementos son reconocibles, dado que algunos de ellos tienden a evitar la materialización de actos írritos como la reposición indebida<sup>12</sup>, e incluso otros persiguen alcanzar la verdad material por encima de la verdad procesal<sup>13</sup>, ante lo cual el Legislador Procesal previó actos jurídico-procesales como el auto para mejor proveer<sup>14</sup>, o el auto para mejor instruir<sup>15</sup>.

Sin embargo, el Constituyente previó que el control difuso de la constitucionalidad no se produjera como acto jurídico procesal autónomo, sino como una técnica argumentativa contenida o alojada en un específico acto jurídico-procesal, como lo es la sentencia.

De esta manera, la técnica es ejercida soberanamente por el juez durante la sentencia —bien de mérito o en alguna interlocutoria—, lo que además permite identificar que el alojamiento de dicho control se ubica dentro de la motivación del fallo, siendo este el lugar reservado para el razonamiento judicial luego de dejar fijado en los autos los argumentos propuestos por cada una de las partes durante el íter procesal, amén de ser el capítulo referido a la fundamentación de la decisión<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> “Artículo 206. Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez. / En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado”, Código de Procedimiento Civil, *op. cit.*

<sup>13</sup> Al respecto, vid., Badell Madrid, Álvaro, *La Sentencia Civil. Tendencias jurisprudenciales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

<sup>14</sup> Artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, *op. cit.*

<sup>15</sup> Artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, *op. cit.*

<sup>16</sup> Para todo lo relativo a la motivación de la sentencia, vid., Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013; Atienza, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008; Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; Atienza, Manuel, *La razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Escovar León, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002; Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011; Zerpa, Levis Ignacio, “Argumentación Jurídica”, en Delgado Ocando, José Manuel, *et al, Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 163-278; Troconis Villarreal, Moisés, A., “Argumentación jurídica y razonamiento judicial”, en Delgado Ocando, José Manuel, *et al, Curso de*

El control ejercido en el marco de una decisión judicial no es un acto jurídico que subyace en cualquier parte del *íter* procesal: es una técnica de razonamiento que se halla en la motivación de la sentencia con miras a depurar el fallo de vicios de inconstitucionalidad que pudieran existir al aplicarse una norma legal que, para el caso concreto, perfeccionara una antinomia constitucional.

Entonces, el control, que tiene como finalidad la protección de los derechos constitucionales o fundamentales de los justiciables, se enmarca en un razonamiento jurídico que en sí mismo es justificación de la inaplicación de una norma que pudiere vulnerar bienes constitucionales. Por ello, la técnica es un deber constitucional en cabeza del juez, en tanto que éste es un guardián de la Constitución, y al encontrarse en la motivación de la sentencia, es una técnica argumentativa que no puede, en forma alguna, constituirse sobre falacias o cualquier patología argumentativa<sup>17</sup>.

De modo que a título de conclusión liminar tenemos que el control difuso de la constitucionalidad es una modalidad de los distintos tipos de control constitucional que prevé la Constitución y que positivizan las leyes, enmarcado en la desaplicación de una norma legal que, en un proceso judicial concreto, pudiera colidir con la Constitución y, por vía consecencial, vaciar de contenido uno o varios derechos o garantías constitucionales de los justiciables que son parte en dicho litigio; de modo que el juez, en la sentencia que profiriere, y dentro de la motivación de la decisión, usaría esta técnica de control con la cual, bajo una sólida argumentación, justifique la falta de aplicación en cuestión, fijando las consecuencias negativas de aplicarlas y las positivas de inaplicarla.

Esta conclusión, a modo de definición, a pesar de su omnicompreensión, resulta insuficiente a los fines del presente ensayo. Somos tributarios de la posición doctrinal que arguye la posibilidad y necesidad de aplicarla en el marco de procesos arbitrales. Empero, para arribar a dicho puerto, resulta menester, a los fines del objeto de la investigación, el analizar la otra figura de protección de derechos fundamentales que precisamente intitula este *paper*: el control de la convencionalidad.

---

*Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 397-410.

<sup>17</sup> Sobre las falacias, *vid.*, Copi, Irving M., Cohen, Carl, *Introducción a la Lógica*, Noriega Editores, México, 2000; Chirino, Alfredo, "Las falacias", en Delgado Ocando, José Manuel, *et al*, *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 279-312, Jánez Barrios, Tarsicio, *Lógica Jurídica. Argumentación e interpretación*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

## **2. El control de la convencionalidad en el derecho contemporáneo**

Los derechos humanos cristalizaron una fuente rica de protección jurídica. Como buena parte de la doctrina liberal los consideró como auténticos derechos de libertad que se erigían frente al Estado, se constituía de manera automática la dualidad derecho-deber en el cual el Estado se convertía en el sujeto pasivo de la relación, en tanto y en cuanto su actividad debía ceñirse a un respeto irrestricto a los anotados derechos naturales.

Esto significaba, de entrada, que el Estado pasaba a tener, en la cabeza de sus funciones, el deber negativo frente a tales derechos; es decir, a no realizar ninguna actividad en la cual se le vaciara de contenido la libertad fundamental de los ciudadanos. Con el advenimiento del Estado Social de Derecho, el cual configuró un Estado más activo, *i. e.*, uno que actuaba en procura de garantizar el acceso al disfrute pleno de los derechos humanos de los ciudadanos, a través de la garantía del derecho a la igualdad, se entendió que los derechos humanos no poseían únicamente derechos de libertad que el Estado debía respetar, sino también ciertos derechos que requerirían una específica prestación del Estado. No es el objeto de este trabajo ahondar sobre el Estado Social de Derecho y sobre la pertinencia de los derechos sociales en un Estado Constitucional, pero bueno es matizar cómo los derechos fundamentales han requerido, bajo múltiples ópticas y desde los distintos tipos de evolución, una garantía de funcionamiento.

Desde los albores del constitucionalismo moderno, en el cual los derechos humanos son el fundamento mismo del Estado, cobró vigencia el tema de su garantía más allá de los límites propios del Estado nacional, habida cuenta la experiencia nefasta del nazismo, y de otros tipos de colectivismos que desembocaron en una ardua vejación de la dignidad humana. La tarea del constitucionalismo fue determinar hasta qué punto era lícito traspasar el también constitucional —e internacional— derecho de soberanía nacional, o soberanía política.

La política trasnacional de los países gravitó sobre la necesidad de instituir una garantía reforzada de los —ahora reconocidos— derechos humanos, en cuanto a su universalidad,

Hemos anotado que derechos sin garantías significa vaciar de contenido aquel, pues precisamente en el marco de una sociedad liberal donde el pensamiento, y por extensión, las acciones que las personas producen, pueden desencadenar desacuerdos en

torno al alcance de cualquier derecho en conflicto, se torna necesario la positivización de mecanismos que aseguren la eficacia de los enunciados derechos, amén de su operatividad.

Si dentro de una sociedad liberal puede darse un conflicto de intereses como la apuntada discusión acerca de un derecho civil, cuánto más no ocurriría un conflicto entre el Estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando aquél es precisamente iliberal. La experiencia nazi, soviética y fascista, por nombrar tres, dan cuenta de los excesos en los cuales pueden incurrirse cuando no se establecen garantías fidedignas.

Si los tribunales de la República simbolizan un estandarte de protección última a las violaciones de toda índole de los derechos, garantías y obligaciones de los justiciables, había que crear una institución de semejante naturaleza que albergara la protección de los ciudadanos cuando existiesen conculcaciones de sus derechos fundamentales. Surge así la necesidad de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Este nuevo derecho jurisdiccional de los derechos humanos<sup>18</sup>, viene a garantizar el cumplimiento de los deberes constitucionales de los Estados de proteger los derechos, asegurar su ejercicio, de que él, como primer garante, debe mantenerse siempre en una posición de tercero imparcial en disputas privadas, y que cuando es parte de un litigio, debe actuar conforme al derecho procesal nacional, en igualdad de condiciones, respetando siempre al ciudadano. Los excesos, sin embargo, quedarían protegidos por un órgano jurisdiccional supranacional que, al ser tal, sería un auténtico ente imparcial en la disputa sobre las violaciones en cuestión, y velaría por el cumplimiento de los estándares en materia de derechos humanos.

Este órgano no vendría sólo: su institucionalidad aparejaría la creación de todo un marco normativo constitutivo de derechos y garantías transnacionales, mejor dicho, de todo un elenco de disposiciones jurídicas internacionales que se enmarcarían en la protección última de los derechos humanos. Este derecho, sin lugar a dudas, fungiría como un contenido del derecho internacional y como tal, se incluiría en textos normativos que los Estados firmarían a los fines de constituir una comunidad jurídica de protección *iusfundamental*. Nace, de esta forma, el derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>18</sup> Sobre el derecho jurisdiccional *vid.*, Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, 2015.

Surgió de esa forma la suscripción de diversos tratados, como la Carta de la ONU<sup>19</sup>, la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>20</sup>, el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>21</sup>, y en América se suscribió en 1969 la Convención Americana sobre los Derechos Humanos<sup>22</sup>, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en virtud de haberse suscrito en dicha ciudad.

Este Convenio vino a circunscribir el ámbito de protección de los derechos humanos en el continente americano, e instituyó par de organismos interamericanos de altísima relevancia: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>24</sup>.

Las disposiciones normativas contenidas en dicho Tratado constituyeron a la postre en deberes supranacionales de los Estados, en lo que llegó a denominarse como el derecho convencional, como rama del derecho internacional y símil del derecho internacional de los derechos humanos en su contexto institucional.

En la doctrina, el control de la convencionalidad ha sido definido como:

(...) la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como nacionales, de verificar la correspondencia entre los actos internos de un Estado (como por ejemplo las constituciones, leyes, reglamentos, etc.), con las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y protección de los derechos humanos, lo que conforma el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos, así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “bloque de la convencionalidad”. Este control de la convencionalidad tiene por finalidad armonizar el ordenamiento jurídico del Estado parte, con la convención de que se trate y de esta forma, asegurar su efectividad a través de la desaplicación o el desconocimiento, en un caso concreto, de las normas o actos internos contrarios a las convenciones internacionales<sup>25</sup>.

El Pacto de San José contiene las disposiciones que fundamentan el control de la convencionalidad:

---

<sup>19</sup> Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

<sup>20</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

<sup>21</sup> Roma, 4.XI.1950.

<sup>22</sup> San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>23</sup> Artículo 34 y siguientes del Pacto de San José.

<sup>24</sup> Artículo 52 y siguientes del Pacto de San José.

<sup>25</sup> Badell Madrid, Rafael, “Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que distorsiono el control de convencionalidad”, disponible en <https://www.badellgrau.com/?pag=37&ct=2551>.

Artículo 1. — Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. — Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

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.

...Omissis...

Artículo 29. — Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherente al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes de Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Empero a ello, ha sido la jurisprudencia interamericana la que creó el control de la convencionalidad, siendo una consecuencia de la interpretación de las *supra* transcritas normas, así como de la finalidad de la Corte y de la justicia interamericana:

En efecto, en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, se hizo alusión por primera vez al concepto de control de la convencionalidad:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible



seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional<sup>26</sup>.

Esta definición, novedosa para la época, sentaría las bases de los que es, al día de hoy, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en su faceta de control de la convencionalidad.

La Corte Interamericana ha establecido el criterio sobre la tipología del control convencional, esto es, el control convencional concentrado<sup>27</sup>, atribuido a ella de forma exclusiva y excluyente, y el control difuso de la convencionalidad, el cual vincula a todos los jueces y demás funcionarios del Poder Público de los países firmantes del pacto.

Al respecto, la Corte definió el control difuso de la convencionalidad como:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>28</sup>.

Y en torno al deber de los jueces de realizar el control de la convencionalidad *ex officio*, la Corte indicó:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

<sup>27</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en AA.VV., *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, p. 34.

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones<sup>29</sup>.

La jurisprudencia arrancó su andamiaje, vinculando la actuación del Poder Judicial a los fines de que fuese éste el que realizara el control de la convencionalidad interna —control difuso—<sup>30</sup>, para luego ampliar su criterio y vincular a todos los órganos de administración de justicia en todos sus niveles:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado,

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

<sup>30</sup> *Vid.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>31</sup>.

La Corte, además, ha sido enfática en afirmar que todos los órganos de un país miembro del Pacto, que ejerza funciones jurisdiccionales, está en el deber de ejercer el control de la convencionalidad<sup>32</sup>.

A la par de lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia interamericana, formando un concepto unívoco en el derecho internacional con incidencia en el derecho constitucional, el entramado normativo convencional supuso la ejecución directa de sus disposiciones jurídicas –el denominado *self executive*– en tanto y en cuanto son auténticas normas jurídicas de imperiosa observancia por los sujetos a los que lo vincula, y por ser moralmente idóneo dada su finalidad protectora.

Lo anterior conlleva a la adopción en el plano interno de las reformas constitucionales y legales que haya lugar para tornar operativo en lo interno a los tratados internacionales de derechos humanos. Basta hacer un breve escaneo de la jurisprudencia interamericana para contemplar la posición de la Corte de indicar a los países miembros la necesidad de efectuar las reformas en cuestión a los fines de adecuar el derecho interno al derecho convencional.

De esta forma, la vinculación entre el derecho interno y el derecho convencional es sustancial y única: sólo un Estado Constitucional en cuanto tal, debe poseer disposiciones constitucionales y legales que sean espejo de las disposiciones convencionales, lo cual apareja, de suyo, la adopción de las recomendaciones efectuada por la Corte, al ser esta la boca por la cual habla el derecho internacional de los derechos humanos, y en nuestro caso, el derecho interamericano y el escudo con el cual los ciudadanos se resisten a vejaciones de sus derechos por parte del Estado mismo. Un Estado Constitucional es un Estado garantista, es decir, un Estado que contempla la adopción de las medidas recomendadas por el derecho convencional en tanto y en cuanto éste es la garantía de las garantías de los ciudadanos.

---

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010. Ratificado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, sentencia de 08 de octubre de 2015.

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

La Corte, siendo el órgano de protección de los ciudadanos, brinda tutela a las personas que acudan a ella siempre en atención a las vejaciones sufridas por parte del Estado infractor; entonces, si existiesen violaciones palmarias que la Corte haya determinado en su fallo, y siendo condenado el Estado parte, se activa la doble condena que apareja el resarcimiento que haya lugar y la adopción de medidas que eviten una eventual conculcación de ese tipo. Esta última es una norma dispositiva que la Corte puede otorgar ponderando las circunstancias del caso, en la cual la necesidad de tutela no sólo se ciñe a la condena al Estado infractor del resarcimiento en cuestión sino a la modificación o institucionalización de alguna medida específica que salvaguarde *ex nunc* a los ciudadanos de eventuales patologías jurídicas por parte de su Estado. Y, además, por fuerza de ese *self executive*, las recomendaciones dadas por la Corte abarcan impretermitiblemente al Estado parte, pero también fungen como recomendaciones al resto de las naciones suscriptoras de la Convención, como quiera que son medidas que pretenden proteger los derechos fundamentales, y de suyo, garantías de alcance universal.

Todo lo expuesto hasta acá explica, *grosso modo*, que el derecho convencional, y su brazo ejecutor, el control de la convencionalidad, son herramientas de protección de los derechos humanos, que constituyen fuente de derecho interno y que garantiza la dignidad humana de las personas que habitan los Estados miembros.

Empero, existe una consecuencia política de la misma, en tanto las arbitrariedades que pudieran cometer los Estados son consecuencia de patologías de las instituciones públicas que, en definitiva, el Poder Judicial no pudo resolver. Esta consecuencia política que a todo evento significa la protección de los derechos humanos, en tanto que éste es el fundamento de la Constitución y el desiderátum del Estado mismo, conlleva la adopción de medidas reformistas del derecho y de las instituciones del Estado parte, con lo cual se vislumbra con nitidez la vinculación entre la justicia interamericana con las instituciones públicas de los Estados, en particular con el Parlamento, en torno a las reformas antes expuestas, con el Poder Ejecutivo, en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas en cuestión, y al Poder Judicial en tanto y en cuanto último bastión de defensa de los ciudadanos frente a las arbitrariedades del Poder.

### 3. ¿Existe el control de la convencionalidad en la Constitución de 1999?

Lo hasta aquí expuesto obliga a plantearse el interrogante: bajo el amparo de la vigente Constitución, ¿podemos afirmar que existe el control de la convencionalidad?

El Constituyente previó un conjunto de normas que constituían el denominado “Bloque de la Constitucionalidad”, contenido en el artículo 23 de la Constitución.

Este ítem innovador en nuestra Constitución de 1999, era un clamor del constitucionalismo vernáculo desde hacía varios años<sup>33</sup>, que propugnaba su incorporación al texto de la Norma Fundamental a los fines de producir una mayor protección y promoción de los susomencionados derechos humanos.

En efecto, dicho artículo *supra* referido, prevé la constitucionalización de los tratados, pactos y convenios (términos afines) sobre derechos humanos e, incluso, la *supra* constitucionalización de los mismos, en el sentido de su prevalencia respecto al ordenamiento interno, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República”.

Pues bien, este aspecto posee un tratamiento infeliz por parte de los tribunales de la República, en especial por la Sala Constitucional que ha considerado, cual bandera ideológica, que por encima de la Constitución no hay nada, y todo debe ser interpretado y aplicado conforme a ello, y sobre esto podemos decir que es una verdad a medias: estamos de acuerdo con el carácter superior normativo de la Constitución, pero si ella tiene como fundamento o base el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, es írrito considerar que las normas más favorables para su ejercicio y que no se contengan en su texto, ni en el de ningún otro cuerpo normativo intra-nacional, sólo trasnacional, en aquellos convenios celebrados por Venezuela, no debía aplicarse inmediatamente, con el debido amparo de todos los Poderes Públicos.

Una de las primeras sentencias de la Sala Constitucional abordó con suma precisión dicho tema al considerar que:

En materia de derechos humanos, adquieren rango constitucional, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela que resulten más favorables a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales. Así, dichas

---

<sup>33</sup> Combellas, Ricardo, *Una Constitución para el futuro, el debate constitucional en Venezuela*, Fundación Konrad-Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios de Desarrollo Latinoamericano, Editorial Panapo, Caracas, año 1994.

normas, producto de acuerdos escritos celebrados entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, se incorporan al derecho interno.

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: **1)** Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; **2)** Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos.

Dichas disposiciones, al igual que la Constitución, se aplican en Venezuela inmediata y directamente, siempre que sean más favorables para las personas, que los derechos constitucionales, o los derechos humanos contemplados en nuestras leyes; y muchas veces ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable.

Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.

Pero más abajo, esa misma sentencia dictaminó:

Al fin y al cabo, el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, siempre que éstos cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución.

La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.

El artículo 2 del “Pacto de San José de Costa Rica”, es claro, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas y **de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es decir, las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales, y por ende a la Constitución misma<sup>34</sup>.

Esta decisión es claramente contradictoria: por un lado aduce la constitucionalidad de las normas que contengan derechos humanos y su prevalencia respecto al ordenamiento interno, incluida la Constitución, en aquellas normas más favorables, pero luego expone la imposibilidad de la ejecución directa de las mismas pues primero debe analizarse su compatibilidad con la Carta Magna, examen éste que pasaría por la Sala Constitucional, pues al provenir de tratados internacionales suscritos por Venezuela estas normas se integran al ordenamiento jurídico y pueden ser sujetos de los procedimientos jurisdiccionales de rango constitucional ante la indicada Sala.

Empero a esta tendencia jurisprudencial, la doctrina nacional ha apostado por una posición diferente, y entre estos se encuentra la del ex Magistrado Juan Rafael Perdomo, quien sobre el bloque de la constitucionalidad expuso:

El concepto de bloque de la constitucionalidad enriquece el movimiento internacional de expansión del control jurisdiccional de la constitucionalidad. Forman parte del mismo los preceptos, normas consagradas en la Carta Magna y las disposiciones del Preámbulo de la Constitución, los derechos humanos, así como también el contenido de los artículos 22 y 23 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que se refiere a la enunciación de los derechos y garantías y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que en caso de omisión no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona no figuren expresamente en ellos<sup>35</sup>.

Este aspecto de positivizar el plexo de derechos humanos no enunciados en las constituciones tiene una fuerte tendencia en el constitucionalismo moderno, sobre todo en Latinoamérica, donde su fundamento está en la enmienda número 9 de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la cual estableció “la enumeración de ciertos derechos que se hacen en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o

<sup>34</sup> Sentencia número 1.942 del 15 de julio de 2003, Exp. N° 01-0415, caso: *Acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal incoado por Rafael Chavero Gazdik*, ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

<sup>35</sup> Perdomo, Juan Rafael, “Constitución y Proceso”, contenido en la obra colectiva *Estudios de Derecho Público, Volumen II, Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 3, Caracas, año 2001, p. 287.

menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo”. Es lo que Bidart Campos denomina como derechos que están más allá de las normas<sup>36</sup>.

Sin ánimos de ahondar aún más en este tema el cual reviste de una complejidad importante, el factor preponderante de la corriente del neoconstitucionalismo es, la prevalencia de los derechos humanos hasta el punto de que no basta su efectiva positivización sino además garantizarle a los ciudadanos la eficacia de derechos humanos no contenidos expresamente (no positivados), precisamente por ser inherentes a la persona, a la humanidad, a su dignidad, sin la cual no podría vivir o, en el mejor de los casos, vivir mal. Pero además conlleva un punto álgido en el estudio de los derechos humanos: el carácter supraconstitucional de los mismos.

Esto deviene por lógica consecencial de su naturaleza constitutiva y legitimaria de las constituciones, la cual se origina al ser derechos intrínsecos de la persona humana, y que, además, como bien ha expresado la doctrina vernácula de mayor envergadura<sup>37</sup>. Y respecto al artículo 23 de la Constitución, el mismo autor señala:

Al establecer esta norma que los derechos humanos declarados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico interno si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de dichos derechos, se está refiriendo no sólo a lo que está establecido en las leyes, sino a los dispuesto en la propia Constitución, otorgándoles en consecuencia rango supra constitucional a dichos derechos declarados en instrumentos internacionales<sup>38</sup>.

De modo que la prevalencia de los derechos humanos en nuestro ordenamiento constitucional no es un baladí conceptual: lo que simboliza es que en un Estado Constitucional contemporáneo la preeminencia de los derechos humanos —y correlativamente a los derechos fundamentales, pues ellos también son humanos— conlleva a analizar el derecho desde el espectro de la humanización. Significa otorgarles rostro humano a los procesos judiciales y, además, interpretar a favor de los indicados derechos inherentes a la persona —principio *pro homine*— pues ello, a nuestro modo de

<sup>36</sup> Bidart Campos, Germán, “Los derechos no enunciados en la Constitución”, contenido en la obra colectiva *Estudios de Derecho Público, Volumen I, Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 3, Caracas, año 2001 p. 226.

<sup>37</sup> Brewer Carias, Allan R., *Estudio sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 31.



ver, no significa interpretar en contra de la Carta Magna, sino por el contrario, actuar derecho en favor de la misma.

Al tenor de las argumentaciones expuestas, somos contentes en afirmar que el control de la convencionalidad tiene pleno asidero constitucional en Venezuela y su aplicación debe inmediata conforme a las normas expuestas y a los razonamientos dictados por la doctrina, por la Corte Interamericana y por la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional. En razón de ello, sostenemos que existe un ámbito favorable a la aplicación del control difuso de la convencionalidad en Venezuela, hermanado con el control difuso de la constitucionalidad, imbricados ambos en el marco de la garantía reforzada de los derechos fundamentales de los justiciables<sup>39</sup>.

## **II. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JURISDICCIONALIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL**

### **1. El arbitraje comercial como medio jurisdiccional en la Constitución de 1999<sup>40</sup>**

La justicia es un valor constitucional que tiene como misión, entre otras tantas, garantizar las libertades de las personas ante la ley. Así las cosas, la justicia entraña tanto ese concepto aristotélico de “darle a cada quien lo que le corresponde” como la noción misma de libertad.

En efecto, ambos términos se interrelacionan en el andamiaje jurídico venezolano cuando en la propia Carta Magna se concreta en el mismo enunciado normativo que los dos configuran los valores jurídicos con los cuales el sistema venezolano se irradiará<sup>41</sup>.

La libertad, en sentido genérico, es un principio constitucional que tiene muchas manifestaciones o formas de acción, y estas especies, en cada una de sus parcelas, tienen como objeto regular las relaciones de las personas entre sí.

---

<sup>39</sup> Empero a ello, resaltamos la sentencia de fecha 04 de junio de 2019, número RC-00201 de la Sala de Casación Civil, en la cual se fijó el criterio de la inaplicación del control de la convencionalidad por parte de los jueces civiles y de la propia Sala de Casación Civil, como una decisión plenamente inconstitucional. Al respecto, *vid.*, Badell Madrid, Rafael, *op. cit.*

<sup>40</sup> El presente subcapítulo es una adaptación del ensayo intitulado “El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje”, publicado en *Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, número 15-2019, Universidad Monteávila, Caracas, 2019, pp. 190-206.

<sup>41</sup> Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *op. cit.*

La libertad plena, cedida por los ciudadanos en ese contrato social que es la Constitución, adquiere un reconocimiento razonable y racional por parte de dicha Carta Magna en el sentido de permitirles a los ciudadanos gozar de tan fundamental y natural derecho en una forma delimitada, pero sin que dicha delimitación sea entendida como una restricción indebida: al contrario, lo que se realiza es una circunscripción del derecho en cuestión que le da forma, así como espacio y contenido específico. Entonces, el Estado tiene en su haber tanto una obligación de acción —garantizar la libertad, en cualquiera de sus formas— y de inacción —omisión de desplegar acciones que menoscaben dicho ejercicio—, siendo tales, igualmente, garantías constitucionales.

Las diversas manifestaciones de la libertad, como lo son la de conciencia<sup>42</sup>, de expresión<sup>43</sup>, o de locomoción<sup>44</sup>, por sólo nombrar algunas, son algunas formas en que el concepto de libertad encuentra un cauce natural y cónsono en el ordenamiento.

La Constitución es por definición una carta de garantías, y todas ellas a favor de las personas, de ahí que la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales y la positivización de sus medios de protección sean imperativos conceptuales para la existencia misma de una Constitución, y por ese camino, de un Estado Constitucional<sup>45</sup>.

A este respecto, cabe acotar como indispensable e indisoluble imbricación conceptual, que la garantía de las diversas formas de libertad no afecta negativamente — en sentido de menoscabo— el valor constitucional de la justicia. Al contrario: de la

<sup>42</sup> Artículo 61 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>43</sup> Artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>44</sup> Artículo 50 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al respecto, la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional de Colombia ha apuntado “*Los rasgos principales de la libertad de locomoción pueden ser resumidos en los siguientes términos: (i) se trata de un derecho fundamental que es ciertos casos es una condición para el goce efectivo de otros derechos fundamentales; (ii) resulta afectada no sólo cuando irrazonablemente por acciones positivas directamente se obstruye la circulación de los ciudadanos, sino también cuando se genera ese efecto indirectamente o por omisión en la remoción de barreras o en la creación de una infraestructura adecuada para la circulación; (iii) se trata por lo tanto de un derecho que tiene una dimensión negativa y una dimensión positiva o prestacional*”, Sentencia C-879/2011 (Subrayados del fallo).

<sup>45</sup> “(...) la idea central de que la Constitución moderna surge como un instrumento protector de las libertades individuales, que se sirvió de técnicas organizativas y normativas como la separación o división de los poderes y la reserva legal, a lo cual prontamente se sumaría, en el caso norteamericano, la *judicial review*”, Casal Hernández, Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, año 2014, p. 22.

correcta y racional ponderación de ambos bienes constitucionales<sup>46</sup>, se puede tener un sistema garantista pleno. Pero a veces, no luce tan palmaria esta confluencia.

Cuando el Estado ejerce sus obligaciones de función jurisdiccional va encaminado a cumplir con los imperativos constitucionales que, precisamente, tienen como justificación esa “renuncia” a la libertad plena, salvaje, natural, con la que los ciudadanos contaban<sup>47</sup>; y esto lo produce a través de medios que garanticen el acceso de los justiciables a los órganos de administración de justicia<sup>48</sup>, y al establecimiento de condiciones materiales e inmateriales (derechos y garantías legales) que propendan a hacer efectiva la tutela jurisdiccional del Estado.

Pero los órganos judiciales —órganos estatales atinentes a la tutela jurisdiccional— no son los únicos instrumentos con los cuales los justiciables pueden alcanzar una razonable resolución de sus conflictos. En efecto, la Constitución diseña todo un sistema de administración de justicia donde los tribunales son apenas una pieza más en este rompecabezas.

Así las cosas, tenemos que el artículo 253 de la Constitución enuncia los tipos de medios de resolución de controversias, entre los que se los medios alternativos de justicia.

Al constitucionalizar los medios alternos de solución de conflictos, se quiere garantizar: *(i)* la separación de poderes, pues comienza dicho artículo exponiendo que la potestad de administrar justicia no es centralista ni mucho menos centrípeta: proviene de los suscriptores del contrato social, es decir, los ciudadanos; *(ii)* el Estado tiene como finalidad realizar dos tipos de acciones: *a)* una acción positiva, en la cual debe proteger los intereses procesales de los justiciables al instituir órganos plausibles para la administración de justicia, y, por supuesto, todo el andamiaje que ello apareja, como lo es un personal altamente calificado para llevar dicho cometido; y *b)* una negativa, en el sentido de permitir que las personas puedan por sí mismas resolver los conflictos de su interés, de la mejor forma en cuanto a derecho, donde se respeten esas garantías *iusfundamentales* que la Constitución enuncia, así como asegurarle a los tales que sus decisiones serán efectivas -en el marco de la colaboración de los poderes públicos entre

<sup>46</sup> Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, Universidad de Alicante, año 2003, pp. 225-238.

<sup>47</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-238/2011.

<sup>48</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia número 179/15.03.2016, Exp. N°2006-0814, caso: *César Dasilva Maíta*, con ponencia del Magistrado Dr. Calixto Ortega Ríos.

sí y de éstos con los medios alternativos de resolución de conflictos- y en cuanto se atengan al ordenamiento jurídico que, precisamente, busca tutelar las libertades públicas; y (iii) reconoce que los ciudadanos, de donde emana la justicia que el Estado habrá de impartir, pueden por sí mismos ejercerla, dentro de los cánones constitucionales y legales razonables para ello; es decir, se les garantiza el ejercicio de su derecho de libertad de escoger cuál es el camino que han de seguir para resolver una controversia suscitada entre ellos.

Es por ello que la propia Constitución establece otros medios para la resolución de conflictos como la justicia de paz<sup>49</sup> o la jurisdicción indígena<sup>50</sup>, pues reconoce que no sólo él puede impartir justicia de forma óptima a los justiciables —aun cuando sólo él posee *imperium*—, sino que en atención a ciertas condiciones definidas por la ley, los ciudadanos pueden realizar otros actos con miras a alcanzar la justicia de sus diferencias, todo con la ausencia —o al menos, poca presencia— del propio Estado. Un concepto, pues, bastante liberal de la justicia.

La justificación más plausible de los medios alternos de solución de conflictos —donde destacamos al arbitraje— se halla en la concepción misma de la justicia como valor constitucional.

Nuestra Norma Fundamental consagra la justicia como el clásico y natural desiderátum del ordenamiento jurídico, pues lo óptimo en todo sistema que se precie ser de derecho es la concreción legislativa de diversos medios que garanticen —al menos teóricamente— que la justicia —material, al menos, en lo deseable— pueda alcanzarse. Allí radica la eficacia del Estado Constitucional de Derecho.

Al margen de las consideraciones doctrinales que se han diseñado en torno a la Cláusula del Estado de Justicia<sup>51</sup> no está demás entender que, más allá de la proclamación de la justicia como uno de los elementos constitutivos del Estado Constitucional de Derecho —Estado democrático y social de Derecho y de Justicia—, ésta es una finalidad lógica del mismo, porque todo Estado de Derecho conlleva a la justicia como uno de sus bienes más preciados.

---

<sup>49</sup> Artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>50</sup> Artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>51</sup> Delgado, Francisco José, *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajos de Grado número 16, Caracas, año 2008.

Es por ello que la propia Constitución regula las formas —en modo genérico— en las cuales puede materializarse una justicia expedita, cónsona, o digamos, constitucionalmente válida. Allí se inscriben los medios alternos de solución de conflictos, porque los tales son auténticos medios en los cuales la justicia puede alcanzarse incluso con mayor eficacia que la que puede obtenerse a través de los órganos de administración de justicia.

Al efecto, la Sala Constitucional ha proferido criterio cónsono con lo hasta aquí expuesto, indicando que los medios para la materialización de la justicia no se agotan con los órganos jurisdiccionales<sup>52</sup>. Y en esa misma decisión la Sala extiende incluso su visión conceptual sobre el arbitraje, catalogándolo como un derecho fundamental<sup>53</sup>.

Lo resaltante de todas estas consideraciones jurisprudenciales es que la constitucionalización del arbitraje aparejó la delimitación racional del mismo efecto propio de la juridificación de un objeto, con lo cual, lejos de menoscabar la fuerza del arbitraje, como auténtica expresión de la justicia, lo otorgó mayor eficacia, pues le circunscribió a un sistema de principios, valores, reglas e instituciones jurídicas que le dotan de legitimidad social y eficiencia estructural.

Esa última noción dibujada por la Corte —el respeto a los derechos fundamentales de las partes y la sujeción del arbitraje al proceso debido— permite entender al arbitraje a través de una serie de elementos como que el mismo es: *(i)* una garantía *iusfundamental* horizontal constitucionalmente con los tribunales de la República; *(ii)* patentiza del efecto irradiador de los derechos fundamentales de índole procesal que alcanzan a estos medios alternos a la jurisdicción; y *(iii)* ambas premisas permiten concluir que el arbitraje es una garantía de derecho fundamental que, como tal, no está exento de respetar los derechos y garantías constitucionales procesales de las partes, y por ello, no deja de ser un medio juridificado —limitado por el respeto a los derechos fundamentales y las normas de orden público— legítimamente constituido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, concluimos que la noción de a-judicial del arbitraje es, primero, conteste con su definición más pura, y segundo, una garantía misma de los derechos de libertad de los ciudadanos que, a tenor de la existencia de medios alternos a la jurisdicción, pueden

---

<sup>52</sup> Sentencia número 1.067/03.11.2010, Exp. N° 2009-0573, caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*, con ponencia de la Magistrada Dra. Luisa Estella Morales Lamuño.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

escoger, con base a sus intereses jurídicos privados y a las reglas del ordenamiento, el medio que les parezca más eficaz para resolver sus controversias. Todo lo cual, lejos de erigirlo como un medio inconstitucional, le otorga, más bien, una definición garantista el Estado Constitucional Democrático, pues, aunque sólo en cuanto a organicidad se encuentra yuxtapuesto a los tribunales, funciona y teleológicamente no se hallan en antípodas.

## **2. Alcance de la noción constitucional y jurisdiccional del arbitraje comercial**

Lo hasta ahora expuesto permite hacer unos razonamientos importantes:

En primer lugar, la constitucionalización del arbitraje ha supuesto un mandato concreto a los Poderes Públicos de hacer efectivo el mandato constitucional de promoción de dicho medio, conforme lo expuesto por la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional<sup>54</sup>.

En segundo lugar, y en consonancia con el anterior criterio, se ha reconocido el carácter jurisdiccional del arbitraje, esto es, que es un auténtico instrumento para dirimir controversias, amparado en el Estado de Derecho.

La Sala Constitucional, en reciente decisión, no sólo ratificó su criterio en torno al carácter jurisdiccional del arbitraje, sino que además reconoció que dicha naturaleza emana de su constitucionalización<sup>55</sup>.

Esta decisión apuntaló tajantemente el criterio internacionalmente aceptado de que le arbitraje comercial es jurisdicción y, además, posee fuente constitucional<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1.541/17.10.2008, caso: *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, con ponencia de la magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

<sup>55</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 702/18.10.2018, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

<sup>56</sup> “10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional. / De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los

La importancia de esta aseveración hecha por la Sala Constitucional radica en que, al reconocerse su carácter jurisdiccional de contenido constitucional, los postulados constitucionales procesales que informan al proceso con miras a alcanzar la verdad material y la justicia, se adhieren sin aspavientos a la justicia arbitral.

Nadie duda que la tutela judicial efectiva y el proceso debido sean principios que se garanticen en el arbitraje: pero la vinculación conceptual que la Sala Constitucional ha realizado en los últimos años —y con el acicate de ésta última sentencia reseñada— permite entender que la tutela del Estado no es judicial, conforme a la literalidad del texto Constitucional, sino jurisdiccional: auténtica tutela jurisdiccional eficaz, y que el proceso debido no sólo se vincula por definición al Poder Judicial, sino que en forma paralela —que no residual— es un principio afín al arbitraje.

Dicho de otro modo: la tutela jurisdiccional eficaz y el proceso debido son principios constitucionales procesales inherentes al arbitraje comercial, en tanto este es un medio jurisdiccional reconocido por la Constitución y amparado en ella es que se legitiman los actos de los árbitros y de los centros de arbitraje, así como las ulteriores y eventuales actuaciones del Poder Judicial cuando le toca conocer del recurso de nulidad de laudo.

Por último, y sin desmeritar el concepto de la Sala Constitucional, no reconocemos al arbitraje como un derecho constitucional: es una garantía institucional del derecho iusfundamental a la tutela jurisdiccional por parte del Estado<sup>57</sup>.

---

contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales”, Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento N° 10 y 12. Asimismo, “De allí que tampoco debe plantearse el arbitraje en términos de una contradicción o una competencia con la tarea judicial. El arbitraje no busca reemplazar a los jueces, ni menoscabar su labor. Se procura complementarla, de manera de colaborar a hacerla más eficiente. El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta; y tienen, asimismo, las atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales”, Caivano, Roque, J., *Negociación Conciliación y Arbitraje*, Lima, APENAC, 1998, p. 220.

<sup>57</sup> Sobre las garantías institucionales, *vid.*, Baño León, José María, “La distinción entre garantía institucional y derecho fundamental en la Constitución Española” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, número 24, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-octubre 1988.

### III. EL CONTROL CONVENCIONAL EN EL LAUDO ARBITRAL

#### 1. Justificación de la motivación del laudo arbitral<sup>58</sup>

La motivación de una decisión jurisdiccional —llámese sentencia o laudo—, además de ser un requisito de rango legal, es una garantía constitucional: este hecho no viene dado por la plasmación expresa de este presupuesto procesal, por cuanto ello no existe en esos términos en la Constitución, sino que es un instituto constitucional-procesal intrínseco, y aunado a ello, es también un elemento inherente a uno de los principios contenidos en la Norma Fundamental: la tutela judicial efectiva. Su configuración constitucional intrínseca, así como el tratamiento debido que los órganos jurisdiccionales le han dado, es lo que abordaremos de seguidas en forma sistemática.

El Estado, para ser plenamente operativo, debe separar cada una de sus funciones. Es un elemento de gerencia gubernamental. Esta separación se realiza a través de la segmentación constitucional de las grandes —y principales— actividades de una nación: la llamada separación de poderes no es más que la distribución de competencias primarias —y relativamente concurrentes— con las cuales se funda la República y se concreta la Constitución.

En efecto, cuando indicamos que dicha separación es un elemento determinante en la concreción de la Constitución no hacemos una hipérbole, sino que aludimos al germen mismo del constitucionalismo: el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 concibió el concepto de Constitución al positivizar que “Todo Estado que no acoja la garantía de los derechos individuales y el principio de separación de poderes, carece de Constitución”.

Es decir, todo documento normativo que ha de denominarse “Constitución” debe inconcusamente consagrar, por un lado, la correcta, directa, concreta y objetiva separación de poderes, y por el otro, garantizar la vigencia de los derechos subjetivos de los ciudadanos, lo cual hace alusión no a cualquier tipología de derechos, sino a los derechos fundamentales.

---

<sup>58</sup> El presente subcapítulo es un resumen del ensayo intitulado “Las patologías procesales de las sentencias números 155/2017 y 155/2017 de la Sala Constitucional”, el cual publicáramos en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, número 11, mayo 2017, Caracas, 2017, pp. 1.150-1.230.



La construcción de un Estado formado bajo el constitucionalismo moderno debe a *prima facie* establecer una clara separación de las funciones estatales pues, por un lado, de esa forma se hace efectivo el ejercicio de dichas actividades, y por el otro, dentro del contrato social que es la Constitución, el Estado, siendo esa forma ficticia en que la colectividad deposita sus pretensiones, expectativas e intereses en pro de vivir adecuadamente, debe garantizarle a los ciudadanos que las funciones que le han sido encomendadas se desarrollaran plenamente. Es decir, la separación de poderes es la garantía de un eficaz cumplimiento de obligaciones político-estatales, por llamarlo de algún modo.

En lo tocante a la función jurisdiccional, la misma se define como la actividad del Estado consistente en resolver las disputas o controversias jurídicas habidas entre los distintos sujetos de derecho, incluyendo, por argumento sistemático, a los Poderes Públicos, en cuanto sujetos de derecho público. Esta función primaria es ejercida, tal y como hemos abordado en el presente trabajo, tanto por los tribunales ordinarios del Poder Judicial como el arbitraje y el resto de los medios alternos a ese Poder Judicial<sup>59</sup>.

La función jurisdiccional es una actividad que tiene por norte asegurar la vigencia de las demás actividades estatales, por un lado, y además salvaguardar los derechos fundamentales —y los demás derechos tanto subjetivos como colectivos constitucionales y legales— de los ciudadanos, por el otro lado. Así las cosas, dicha concepción permite entrever que la actividad jurisdiccional se encuentra imbricada con la definición de Constitución arriba anotada, por lo tanto, la función jurisdiccional es una auténtica garantía constitucional, o si se quiere, una garantía de la vigencia y eficacia de la Constitución y los derechos constitucionales.

Por ello, la propia Constitución reguló los principios y macro-conceptos del derecho procesal como modo de configurar los medios en que ella misma ha de ser protegida y respetada.

No es baladí que la Constitución haya situado la estructura del derecho procesal en el capítulo referido al título III “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”

---

<sup>59</sup> Valga la diferenciación hecha: si el arbitraje es tutela jurisdiccional que está a la par del Poder Judicial y colabora con éste en procura de alcanzar la verdad material y la justicia, no es un “medio alternativo de resolución de conflictos”, sino un auténtico medio alternativo al Poder Judicial. La alternativa a la resolución de conflictos, en todo caso, puede atribuírsele a los otros medios previstos por la Constitución para dirimir controversias, pero de carácter no adversarial: la mediación, la conciliación y la justicia de paz.

porque el derecho procesal como conjunto de normas, medios y conceptos atinentes a la protección de los derechos materiales de los justiciables, es, tanto desde el punto de vista teórico y práctico, una garantía iusfundamental, es decir, es un derecho humano concretamente plasmado en la Constitución.

Y es que, a tenor de la mejor doctrina en materia de derechos fundamentales, los derechos procesales no son más que derechos humanos secundarios de índole público, en tanto y en cuanto son medios de protección de los derechos primarios. En palabras de Joan Picó i Junoy:

(...) La Constitución (...) aparece como el instrumento más idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra. Y dentro de ese orden [...] la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia<sup>60</sup>.

Es por ello que el derecho procesal se encuentra positivizado en la Constitución, como manera de plasmar concretamente en ella la función jurisdiccional contenida en el citado artículo 136: por un lado, es la manera de hacer palmario las herramientas públicas para llevar a cabo el valor constitucional de justicia<sup>61</sup>, y por el otro, es la manera de vincular concretamente al legislador para el desarrollado legislativo de estos principios constitucionales. De ahí que los principios procesales como la tutela judicial efectiva y el proceso debido se hallan insertos en el citado título III de la Constitución.

Hemos comentado en otro lugar que las decisiones jurisdiccionales son, ante todo, actos jurídicos<sup>62</sup>, y, por lo tanto, actos de voluntad con consecuencias jurídicas. Es decir: actos dotados de sentido. El laudo arbitral es un acto jurídico particularizado tendente a resolver una disputa, conflicto o duda que le ha sido planteada.

Pero estas decisiones carecerían de validez si las mismas no lógica y armonización jurídica. Un laudo con errores en la formación de su motivación es una decisión

---

<sup>60</sup> Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, JJ. M. Bosch Editor, Barcelona, año 1997, pp. 17-18.

<sup>61</sup> Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>62</sup> Jiménez Escalona, Víctor, *op. cit.*, pp. 651-703.

condenada a su invalidez, por un lado, y por el otro, podría entreeverse la naturaleza de la postura en que el juez ha tomado partido.

Si el laudo es un acto de voluntad, dicho acto puede ser legítimo o ilegítimo. En el primero de los casos estamos en presencia de una decisión que ha sido obrada en derecho, con pleno razonamiento jurídico, donde las partes pueden entender a cabalidad las razones del fallo, en atención a los alegatos y a las pruebas que fueron presentados en el juicio —los cuales surtieron los efectos de ley—. En cambio, en el segundo supuesto, estamos en presencia de una decisión espuria, muchas veces arbitrarias, con un razonamiento nulo o anulable —dependiendo del caso—, cuyo control de la legalidad y de la constitucionalidad sólo es posible mediante el ejercicio de efectivos recursos de ley.

La motivación de la sentencia, como hemos indicado, es una garantía constitucional intrínseca, es decir, no nominada en el cuerpo de la Constitución, pero inherente al conjunto de garantías que ella positiviza<sup>63</sup>. Nuestro Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha sido vacilante en cuanto a la ubicación que ella considera que tiene la motivación en los macros principios procesales: por un lado, lo

---

<sup>63</sup> La Corte Constitucional de Colombia, en uno de sus fallos, expresó que la motivación es tanto derecho constitucional de los justiciables como deber de los judicantes: “La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales. / La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales”, Sentencia número T-2014/2012.

ubicar en el proceso debido<sup>64</sup>, pero la doctrina lo ha ubicado en la tutela judicial efectiva<sup>65</sup>.

La doctrina explica que la motivación, como todo, es un requisito de validez de los actos jurídico-procesales, como lo son tanto la sentencia como el laudo<sup>66</sup>. Además, la doctrina explica el porqué de la obligación de motivar los fallos judiciales, dado que ella es una garantía contra la arbitrariedad<sup>67</sup>.

Como afirma una parte de la doctrina, aun cuando la argumentación judicial no se encuentra en la Carta Magna sino en la ley procesal, su naturaleza es innegablemente constitucional, pues es esencia misma del proceso debido<sup>68</sup>.

La tutela jurisdiccional efectiva es una garantía procesal configurada como un principio constitucional, que tiene por finalidad la optimización del proceso en procura de alcanzar una decisión ajustada a derecho. Es decir, lo que persigue es la razonabilidad de las diversas actuaciones que se suscitan en el proceso judicial.

Es por ello que el laudo, en cuanto a su motivación, tiene vinculación con el principio de la tutela judicial efectiva, en virtud de que la fundamentación del fallo es una garantía de idoneidad del proceso: en él se hallan concatenados los elementos determinantes de la decisión tomada, no como mera explicación de lo ocurrido en el juicio sino la plasmación de los motivos de hecho y de derecho que llevaron al juez a tomar su postura.

Esta idoneidad es lo que apareja una protección o tutela eficaz: de ahí que sea ese principio el que se interrelaciona con la motivación de la sentencia, en cuanto discurso justificativo.

---

<sup>64</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 150, de fecha 24 de marzo de 2000, expediente número 0130, caso: *José Gustavo Di Mase Urbaneja y Carmen Elisa Sosa Pérez*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

<sup>65</sup> Bello Tabares, Humberto E. T., *La Casación Civil, propuestas para un recurso eficaz y constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2010, p. 469.

<sup>66</sup> Duque Corredor, Román J, *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*, Tomo I, Ediciones Fundación Projusticia, Colección Manuales de Derecho, Caracas, año 2000, p. 416.

<sup>67</sup> Escovar León, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 57, Caracas, año 2001, p. 59.

<sup>68</sup> Petit Guerra, Luis Alberto, *Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2011, p. 102.

## 2. El deber del árbitro de aplicar el control de la convencionalidad en los laudos arbitrales

Los árbitros, por mandato expreso de la Ley de Arbitraje Comercial y de los reglamentos de los Centros de Arbitraje, tienen el deber de motivar sus laudos cuando éstos son institucionales y de derecho.

En efecto, la Ley en cuestión establece:

Artículo 30. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido lo contrario, y constará en él la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje. El laudo se reputará dictado en el lugar del arbitraje.

En idéntico sentido lo dispone el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas en su artículo 72 lo establece; y el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) en su artículo 40 lo positiviza igualmente.

En un arbitraje de derecho o de equidad, el laudo debe estar motivado racional y razonablemente, en consonancia con las garantías constitucionales, dado que el árbitro debe fundamentar su decisión sin alejarse de los postulados propios del Estado Constitucional, es decir, fundamentar su decisión con base en lo previsto en el ordenamiento jurídico, bien que sea aplicando las normas del caso —arbitraje de derecho— o bien que sea exponiendo una argumentación enfocada hacia el principio de proporcionalidad, el cual, incuestionablemente es una garantía constitucional<sup>69</sup> —arbitraje de equidad—.

Esto incide en la aplicación de las técnicas argumentativas de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad. En la anotada sentencia del caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, el Juez Constitucional matizó el deber de los árbitros de aplicar el control difuso de la constitucionalidad cuando el caso lo amerite:

De allí que los árbitros tengan la obligación de privilegiar la vigencia del Texto Fundamental, sobre cualquier otra disposición cuya aplicación pudiera lesionar su supremacía, lo que incluye, claro está, el deber de ceñirse a los criterios vinculantes sentados por esta Sala, tal como ocurrió

<sup>69</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.*, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2014; y Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

en el presente caso, respecto de las sentencias números 192/2008; 1.541/2008 y 1.067/2010.

Significa entonces, que los árbitros deben encauzar su actividad dentro del marco de la *norma normarum*, independientemente de que esa adecuación se dé o no dentro de un proceso judicial, pues, toda aplicación de la ley debe ser conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de garantizar la supremacía constitucional prevista en su artículo 7 y al mismo tiempo, evitar eventuales lesiones a los derechos fundamentales.

A modo de conclusión, resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia (*ex* artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Es por ello que los laudos arbitrales definitivamente firmes contentivos de alguna desaplicación por control difuso han de ser sometidos a la consulta obligatoria a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Vid. Sentencia de esta Sala N° 347/2018)<sup>70</sup>.

Por argumento *a fortiori* de lo antes expuesto, si todo árbitro se encuentra investido del deber de aplicar el control difuso de la constitucionalidad, con mayor razón ha de aplicarse el control difuso de la convencionalidad, dado que, como bien se ha expuesto a lo largo de este trabajo, es una técnica de control reforzado de los derechos fundamentales de los justiciables.

Huelga decir, que tal investidura no sólo se justifica por lo estatuido en el artículo 7 constitucional, sino en una interpretación sistemática, se fundamenta en los artículos 2, 22, 23, 253, 258 y 334 de la Carta Magna, que establece todo un sistema jurisdiccional en el ámbito nacional, en el cual el arbitraje es egregio miembro.

#### IV. CONCLUSIONES

El arbitraje comercial es hoy día un medio jurisdiccional de contenido constitucional. Pero no podemos olvidar su naturaleza contractual<sup>71</sup>. Por ello, sostenemos

<sup>70</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 702/18.10.2018, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

<sup>71</sup> En efecto, los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje Comercial lo corroboran: “Artículo 5. El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias

con pleno asidero jurídico que el arbitraje comercial es un medio jurisdiccional no judicial, de carácter contractual y pro genie constitucional, condicionado por el respeto al Estado de Derecho y, por vía de extensión, a los derechos fundamentales de los justiciables, quienes encuentran en él una vía particularizada de dirimir sus controversias.

Estas razones legitiman el uso de la técnica del control difuso de la convencionalidad cuando el caso específico lo reclame; y esto debe redundar en una cobertura ampliada de las garantías constitucionales del proceso arbitral, para lo cual el árbitro ha de echar mano de una fina argumentación jurídica que no sólo justifique la elección de inaplicación de una norma que contraríe el derecho convencional —y de suyo, los derechos fundamentales procesales de las partes—, sino que además convenza al auditorio<sup>72</sup> de que su elección no ha sido hecha con falacias sino con determinación y acuciosidad.

Abogamos por un sistema arbitral en el cual se haga uso más común —y con prudencia argumentativa— del control difuso de la convencionalidad.

---

que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. / En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. / Artículo 6. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. / En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”.

<sup>72</sup> Sobre la argumentación y la dialéctica, *vid.*, Perelman, Chaim, Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Editorial Gredos, 2015.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

ATIENZA, Manuel, “Argumentación jurídica y Estado constitucional”, en *Anales de la jurisprudencia, Estudios Jurídicos, revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México.

ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.



ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BADELL MADRID, Álvaro, *La Sentencia Civil. Tendencias jurisprudenciales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.

BADELL MADRID, Rafael, “Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que distorsiono el control de convencionalidad”, disponible en <https://www.badellgrau.com/?pag=37&ct=2551>.

BAÑO LEÓN, José María, “La distinción entre garantía institucional y derecho fundamental en la Constitución Española” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, número 24, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-octubre 1988.

BELLO TABARES, Humberto E. T., *La Casación Civil, propuestas para un recurso eficaz y constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, Universidad de Alicante, año 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

BIDART CAMPOS, Germán, “Los derechos no enunciados en la Constitución”, contenido en la obra colectiva *Estudios de Derecho Público, Volumen I, Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 3, Caracas, año 2001.

BREWER CARIAS, Allan R., *Estudio sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

BREWER-CARÍAS, Allan R., “La Constitución de Cádiz de 1812 y los principios del constitucionalismo moderno: su vigencia en Europa y en América”, Texto de la Conferencia Magistral dictada en el IV Simposio Internacional sobre la Constitución de Cádiz de 1812: Fuente del derecho europeo y americano. Relectura de sus principios fundamentales, Cádiz, 11 al 13 de junio de 2008,

disponible en <http://allanbrewercarias.net/dev/wp-content/uploads/2010/01/629-977.-La-Constituci%C3%B3n-de-C%C3%A1diz-y-los-principios-del-constitucionalismo-moderno-2008-1.pdf>.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Constitucional. El derecho y la acción de amparo en el derecho constitucional comparado*, Tomo XI, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 2017.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Constitucional. Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 2013.

CAIVANO, Roque, J., *Negociación Conciliación y Arbitraje*, Lima, APENAC, 1998.

CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

CASAL H., Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, año 2014.

CHIRINO, Alfredo, “Las falacias”, en DELGADO OCANDO, José Manuel, *et al, Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.970 del 13 de marzo de 1987, con una reforma parcial publicada en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

COMBELLAS, Ricardo, *Una Constitución para el futuro, el debate constitucional en Venezuela*, Fundación Konrad-Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios de Desarrollo Latinoamericano, Editorial Panapo, Caracas, año 1994.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número

5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Roma, 4.XI.1950.

COPI, Irving M., COHEN, Carl, *Introducción a la Lógica*, Noriega Editores, México, 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-879/2011.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia número T-2014/2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-238/2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, sentencia de 08 de octubre de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

**Victor Jiménez Escalona**

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

DELGADO, Francisco José, *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, Universidad Central de Venezuela, Serie: Trabajos de Grado n° 16, Caracas, año 2008.

DUQUE CORREDOR, Román J, *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*, Tomo I, Ediciones Fundación Projusticia, Colección Manuales de Derecho, Caracas, año 2000.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 57, Caracas, año 2001.

ESCUADERO LEÓN, Margarita, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.

JÁNEZ BARRIOS, Tarsicio, *Lógica Jurídica. Argumentación e interpretación*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor “El acta de misión o término de referencia como garantía iusfundamental del arbitraje”, en *Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, número 15-2019, Universidad Monteávila, Caracas, 2019.

JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor, “La revisión constitucional y su impacto sobre la cosa juzgada”, en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, número 8, febrero 2017.

JIMÉNEZ ESCALONA, Víctor, “Las patologías procesales de las sentencias números 155/2017 y 155/2017 de la Sala Constitucional”, en *Revista Electrónica de*

**Victor Jiménez Escalona**

*Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*, número 11, mayo 2017, Caracas, 2017.

MACCORMICK, Neil, “Argumentación e interpretación en el derecho”, en *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, número 33, año 2010.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, 2015.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en AA.VV., *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

PERDOMO, Juan Rafael, “Constitución y Proceso”, contenido en la obra colectiva *Estudios de Derecho Público, Volumen II, Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 3, Caracas, año 2001.

PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Editorial Gredos, 2015.

PETIT GUERRA, Luis Alberto, *Estudios sobre el Debido Proceso, una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano*, Ediciones Paredes, Caracas, año 2011.

PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, JJ. M. Bosch Editor, Barcelona, año 1997.

TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia del 2005, expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento N° 10 y 12.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional sentencia número 179/15.03.2016, Exp. N°2006-0814, caso: *César Dasilva Maita*, con ponencia del Magistrado Dr. Calixto Ortega Ríos.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 2.785/24.10.2003, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 1.859/18.12.2014, con ponencia del magistrado Juan José Mendoza Jover.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 474/21.05.2014, con ponencia del magistrado Francisco Antonio Carrasquero López.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 883/13.12.2018, con ponencia del magistrado Juan José Mendoza Jover.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 1.942 del 15 de julio de 2003, Exp. N° 01-0415, caso: *acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal incoado por Rafael Chavero Gazdik*, ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 1.067/03.11.2010, Exp. N° 2009-0573, caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.*, con ponencia de la Magistrada Dra. Luisa Estella Morales Lamuño.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 1.541/17.10.2008, caso: *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, con ponencia de la magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 702/18.10.2018, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caraccas*, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 150, de fecha 24 de marzo de 2000, expediente número 0130, caso: *José Gustavo Di Mase Urbaneja y Carmen Elisa Sosa Pérez*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

**Victor Jiménez Escalona**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional, sentencia número 702/18.10.2018, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia número 111 de fecha 24 de mayo de 2011, caso: *Henry Infante vs. Policlínica Maturin, S. A., y Abdonis Orence*, con ponencia de la Magistrada Dra. Isbelia Pérez Velásquez.

TROCONIS VILLARREAL, Moisés, A., “Argumentación jurídica y razonamiento judicial”, en DELGADO OCANDO, José Manuel, *et al*, *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

ZERPA, Levis Ignacio, “Argumentación Jurídica”, en DELGADO OCANDO, José Manuel, *et al*, *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.



## LA ARBITRABILIDAD DE LA TACHA DE FALSEDAD DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

*Fidel A. Castillo Gómez*

*Abogado Summa Cum Laude de la Universidad de Carabobo. Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello. Asistente de investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesor de Teoría General del Derecho de la UCAB.*

### Resumen

La arbitrabilidad es una noción propia de la institución del arbitraje, y se refiere a aquello que es susceptible de ser arbitrado. Esta puede ser subjetiva u objetiva. En el ordenamiento jurídico venezolano el estándar de arbitrabilidad objetiva ha variado. En principio, era aplicable el estándar de la transabilidad establecido en el artículo 3 de la LAC. Luego, el estándar fue ampliado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien estableció que es arbitrable todo lo que puede ser decidido por un juez. La tacha de falsedad de instrumentos públicos es el medio de impugnación de los instrumentos públicos y presenta, en su regulación, aspectos que hacen dudas de su arbitrabilidad. Sin embargo, de acuerdo con los resultados arrojados por esta investigación, la misma es arbitrable en aplicación de estándar vigente en Venezuela, y, a su vez, por estar cubierta por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y el de autonomía del acuerdo de arbitraje.

**Palabras claves:** Arbitraje, arbitrabilidad, instrumento público, tacha de falsedad.

## THE ARBITRABILITY OF THE CRACK OF FALSENESS OF PUBLIC INSTRUMENTS

### Abstract

Arbitrability is a notion of the institution of arbitration and refers to what is susceptible to being arbitrated. This can be subjective or objective. In the Venezuelan legal system, the standard of objective arbitrability has varied. In principle, the tradability standard established in article 3 of the LAC was applicable. Later, the standard was expanded by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice who established that everything that can be decided by a judge is arbitrable. The label of falsity of public instruments is the means of contesting public instruments and presents, in its regulation, aspects that raise doubts about its arbitrability. However, according to the results obtained by this investigation, it is arbitrable in application of the current standard in Venezuela, and, in turn, because it is supported by the principles of *Kompetenz-Kompetenz* and the autonomy of the arbitration agreement.

**Keywords:** Arbitration, arbitrability, public instrument, label of falsehood.

## INTRODUCCIÓN

En el constante desarrollo del arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, surgen relaciones jurídicas cuya arbitrabilidad es dudosa o en las cuales, aún no existe consenso y desarrollo por parte de la doctrina y los tribunales arbitrales. Esto lleva a señalar que la noción de arbitrabilidad apunta a definir, teniendo en cuenta el carácter limitado de la jurisdicción arbitral, como afirma JARROSSON, en qué cuestiones pueden pactarse el desplazamiento de la jurisdicción ordinaria hacia los árbitros y quiénes están legalmente habilitados para ello<sup>1</sup>. Es decir, la arbitrabilidad tiene dos dimensiones: subjetiva (¿quiénes pueden ir a arbitraje?) y objetiva (¿qué materia es arbitrable?). En cuanto a la segunda de éstas –la objetiva–, y que es el centro de la presente investigación, es la condición de una controversia que la hace susceptible a ser decidida por árbitros, y en el caso de este artículo, se pretende determinar la arbitrabilidad o no de la tacha de falsedad de documentos públicos, ejercida tanto en forma principal como incidental.

Con relación a la tacha de falsedad se tiene que es un medio específico de impugnación de instrumentos públicos, que, lejos de buscar la declaratoria de nulidad del negocio que contiene el instrumento, pretende enervar la fe pública o certeza que éste – el documento– merece, por haber sido realizado por o en presencia de un funcionario facultado por la ley para tal efecto.

Ahora bien, ante el hecho de que la tacha de falsedad pretende que sea declarado falso un instrumento público, sin afectar el negocio jurídico que éste contiene, surgen las siguientes interrogantes: ¿está el árbitro facultado para verificar la legalidad de las actuaciones de algún funcionario público?, ¿la decisión del árbitro, ya sea en vía principal o incidental, tiene efectos de declarar la falsedad del instrumento público?, ¿tiene el árbitro la facultad de quitar el manto de fe pública que fue dado por un funcionario autorizado por Ley?

Estas interrogantes se enfrentan a una serie de aspectos que hacen cuestionable la arbitrabilidad de la tacha de falsedad del instrumento público y que, en criterio del autor,

---

<sup>1</sup> Charles JARROSSON, “L’arbitrabilité: présentation méthodologique”, *Revue de jurisprudence commerciale* (enero 1996): 1., citado por Roque J. CAIVANO, “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Foro Jurídico*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Nro. 13: 62-78.

justifican esta investigación en aras de dar coherencia a la institución del arbitraje, delimitar las facultades de los árbitros y, finalmente, ser la primera investigación que se haga sobre el tema en la comunidad académica venezolana.

Ahora bien, entre los aspectos que hacen cuestionable la arbitrabilidad de la tacha de falsedad se pueden señalar:

(i) La tacha de falsedad de instrumentos públicos requiere la participación del Ministerio Público y su decisión puede tener consecuencias penales<sup>2</sup>.

(ii) El funcionario público que se puede ver afectado por la decisión de la tacha no dio su consentimiento para participar en el arbitraje. Su no participación en el procedimiento de arbitraje, quizá, podría constituir una violación a sus derechos a la defensa y al debido proceso.

(iii) La esencia de la tacha es revisar la adecuación de los requisitos formales del documento cuestionado a fin de declararle falso o no, mientras que la misma no se refiera a la existencia, validez o efectos del negocio jurídico que contiene, y que se entienda que fue para el cual las partes consintieron el acuerdo de arbitraje.

(iv) Aún y cuando se admite la transacción en el procedimiento de tacha<sup>3</sup>, la misma va dirigida a insistir en hacer valer o no el instrumento cuestionado, y no hacia la procedencia de las causales de tacha. En tal sentido, para reforzar el argumento, se observa el carácter taxativo de las causales de tacha<sup>4</sup>.

Por tanto, *prima facie*, en lugar de una respuesta positiva, pareciera una respuesta negativa en torno a la arbitrabilidad de la tacha de falsedad de instrumentos públicos. Dicha conclusión no se logra con el simple contraste de la institución analizada con el

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, en el artículo 316 del Código Penal de Venezuela se establece: “Artículo 316. El funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones haya formado, en todo o en parte, algún acto falso o que haya alterado alguno verdadero, de suerte que por él pueda resultar perjuicio al público o a los particulares, será castigado con presidio de tres a seis años. Si el acto fuere de los que, por disposición de la ley, merecen fe hasta la impugnación o tacha de falso, la pena de presidio será por tiempo de cuatro a siete años y medio. Se asimilan a los actos originales las copias auténticas de ellos cuando, con arreglo a la ley, hagan las veces del original faltando este.”

<sup>3</sup> Artículo 442° Si por la declaración de que se insiste en hacer valer el instrumento, deba seguir adelante el juicio de impugnación o la incidencia de tacha, se observarán en la sustanciación las reglas siguientes: (...) 15. Cualquiera transacción de las partes necesitará para su validez, además del informe del Ministerio Público, la aprobación del Tribunal, si éste no la encontrare contraria a la moral o al orden público.

<sup>4</sup> Artículo 343 del Código Civil de Venezuela.

Fidel A. Castillo Gómez

artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (en lo siguiente LAC<sup>5</sup>), sino, por el contrario, el resultado debe ser producto de un esfuerzo de sistematización e interpretación de las normas y principios constitucionales y legales que construyen el piso del arbitraje, además de dar coherencia y solidez al andamiaje que soporta.

A *contrario sensu*, la falta de coherencia sistémica llevaría a casos tan absurdos, como por ejemplo, en el supuesto en que la tacha de falsedad no sea arbitrable, se podrían dar casos de litigantes inescrupulosos tachando, por vía principal, instrumentos que contienen el acuerdo de arbitraje, a los solos fines de impedir la activación de la vía arbitral hasta tanto ese juicio quede definitivamente firme, o, también, para boicotear un procedimiento de arbitraje en curso, intentan una tacha por vía principal de documentos hechos valer en sede arbitral; o, en el peor de los casos, podrían tachar actuaciones del Tribunal arbitral e, incluso, tachar el mismo laudo ante los Tribunales ordinarios. Todo ello con el propósito de utilizar en su favor las lagunas que aún existen en el sistema arbitral y llevar la causa a los tribunales ordinarios, con miras a ganar tiempo u obtener decisiones irracionales.

Finalmente, el autor considera interesante delimitar el uso de la tacha de falsedad. Es decir, si solo es aplicable a procedimiento cuyas normas probatorias estén regidas por el sistema del Código Civil de Venezuela<sup>6</sup> y del Código de Procedimiento Civil<sup>7</sup>, o si su uso se extiende a procedimientos arbitrales regidos bajo otras normas probatorias (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*; Reglas de Praga –Reglas sobre tramitación eficiente de los procedimientos en el Arbitraje Internacional–; o, algún otra estructura convencional que incluya total o parcialmente un sistema tarifado).

## I. LA ARBITRABILIDAD

---

<sup>5</sup> Gaceta Oficial número: 36.430, de fecha 7 de abril de 1998.

<sup>6</sup> Gaceta Oficial número: 2.990, Extraordinaria, de fecha 26 de julio de 1982.

<sup>7</sup> Gaceta Oficial número: 4.209, Extraordinaria, de fecha 18 de septiembre de 1990.

## 1.1. Nociones Generales

El acuerdo de arbitraje constituye la piedra angular de la institución del arbitraje, debido a que otorga el conocimiento de ciertas cuestiones a un árbitro. En tal sentido, como afirma CAIVANO, este acuerdo conlleva un doble efecto: por un lado, a que las partes renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia, por tanto, los jueces no tienen jurisdicción para conocer de ellas; y, por el otro, les asignan funciones y facultades jurisdiccionales a particulares, a quienes convierten en árbitros<sup>8</sup>.

En este sentido, la condición privada y convencional de la jurisdicción que reciben los árbitros trae consigo algunas limitaciones. Por un lado, con relación a la convencionalidad, la limitación viene dada por el acuerdo de las partes. De tal manera que solo podrán conocer de aquellas cuestiones que han sido pactadas en el acuerdo, y solo entre quienes suscribieron el mismo. Por otra parte, con relación al carácter privado, se tiene que presenta límites establecidos por el propio legislador. Por consiguiente, no todas las cuestiones son susceptibles de ser decididas en un arbitraje ni todas las personas, ya sean naturales o jurídicas, tienen la capacidad de hacerlo<sup>9</sup>.

En este contexto surge la noción de arbitrabilidad que, en su noción más simple, se define como aquello que es susceptible de ser arbitrado. Asimismo, la arbitrabilidad tiene dos dimensiones: subjetiva o *ratio personae*, que responde a la pregunta: ¿quiénes pueden ir a arbitraje?, y está referida a la capacidad de las partes para ir al arbitraje; y, objetiva o *ratio materiae*, que responde a la pregunta: ¿qué materia es arbitrable?, referida ésta a la materia objeto a arbitrar.

Cabe agregar que la arbitrabilidad objetiva varía de acuerdo con cada legislación. Los Estados difieren del concepto de las materias que pueden ser arbitrables en atención a sus políticas económicas, políticas y sociales, a su orden público o a su consideración sobre el arbitraje, que incluso varía con el tiempo<sup>10</sup>. Como afirma VÁSQUEZ PALMA, la arbitrabilidad ha sido un concepto mutable en el transcurso del tiempo y su delimitación

---

<sup>8</sup> Roque J. CAIVANO. “La expansión de la materia arbitrable, en dos ejemplos recientes que ofrece el derecho comparado”. *El Derecho (ED)*, número: 13.306, 23 de agosto de 2013, 1. <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf>.

<sup>9</sup> CAIVANO, *Obra citada*, 1.

<sup>10</sup> Osvaldo, MARZORATI. “Los límites del acuerdo arbitral”. *Revista La Ley*, 17 de marzo de 2010, 1 y siguientes. Citado por CAIVANO, *La expansión*, 1.

material tiene directa relación con la instrumentalización política de la institución del arbitraje. Dicho en otras palabras, mientras más se ha confiado en esta institución, más amplia ha sido su esfera de conocimientos<sup>11</sup>, o, de forma contraria, mientras menos confianza existe en el arbitraje, más reducida es el área de la arbitrabilidad objetiva.

Un ejemplo de lo anteriormente planteado, y siguiendo el interesante estudio de VÁSQUEZ PALMA, se observa que en el derecho español el criterio utilizado para identificar las materias susceptibles de arbitraje es el de la *libre disposición conforme a derecho*<sup>12</sup>, criterio que es utilizado por otras legislaciones, bajo otras nociones afines: *derecho susceptible de transacción*<sup>13</sup>, *materias patrimoniales* y *materias ajenas al orden público*. Asimismo, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, plantea la *mercantilidad* como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad<sup>1415</sup>.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que no existe una fórmula uniforme para establecer el estándar de arbitrabilidad objetiva. En cambio, cada uno de los Estados, conforme a su legislación interna, y a su política hacia la institución del arbitraje, determinará la amplitud o no de tal noción. Sin embargo, a pesar de la clara falta de

---

<sup>11</sup> Ma. Fernanda VÁSQUEZ PALMA. “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, Nro. 1 (2006): 181 – 213. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008). En este artículo se hace un interesante recuento de la institución del arbitraje, y la arbitrabilidad objetiva, desde el Derecho Romano hasta la actualidad. El aspecto más relevante, a criterio del autor, está en realzar la relación que existe entre la amplitud de la arbitrabilidad objetiva y el uso político que se hace de la institución del arbitraje. Mientras más útil es el arbitraje, bajo la óptica de los gobernantes, mayor es su ámbito material de aplicación.

<sup>12</sup> Ley 60/2003 del 23 de diciembre. Dicho artículo establece: “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. 1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.” Esa concepción se mantuvo en la reforma efectuada mediante la Ley 11/2011, del 20 de mayo.

<sup>13</sup> Bélgica e Italia.

<sup>14</sup> “Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado...”. Ahora bien, sobre la palabra “comercial”, al pie de página de la Ley Modelo, se estableció el siguiente comentario: “Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”

<sup>15</sup> VÁSQUEZ PALMA, *Obra citada*, 200.

consenso en cuanto a la comentada noción, no es menos cierto que todas confluyen en rasgos comunes tales como el aspecto comercial y patrimonial de la controversia, y la existencia de límites.

A continuación, luego de haber estudiado de forma genérica la arbitrabilidad objetiva y sus variaciones en el derecho comparado, llega el momento de realizar un estudio de esta en el ordenamiento jurídico venezolano para determinar el estándar aplicable.

## 1.2. Marco legal y jurisprudencial en el arbitraje comercial venezolano

Como se ha comentado, cada uno de los Estados está en la libertad de limitar la arbitrabilidad objetiva, en atención a su uso político de la institución del arbitraje. Así, en el caso particular del ordenamiento jurídico venezolano se encuentran un par de estándares, como se verá de seguidas.

### (i) Controversias susceptibles de transacción o transabilidad

Primero, la LAC dictada en el año 1998, y que tuvo su inspiración en la Ley Modelo UNCITRAL, se adhirió a la tesis de la transabilidad como criterio para determinar la arbitrabilidad objetiva. De igual forma estableció, de forma expresa, diversos supuestos de hechos excluidos del arbitraje. En tal sentido, el artículo 3 de la mencionada Ley establece:

Artículo 3. Podrán someterse a arbitraje las controversias *susceptibles de transacción* que surjan entre personas capaces de transigir.

Quedan exceptuadas las controversias:

- a) Que *sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas*, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan

exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme. (Cursivas nuestras)

De acuerdo con el citado artículo, el estándar aplicable en Venezuela es el de la transabilidad de la controversia, es decir, que ésta sea susceptible de transacción. A criterio del autor, la “transacción” a que se hace referencia es al mismo contrato de transacción establecido en el artículo 1.713 del Código Civil de Venezuela<sup>16</sup>, y, por tanto, apareja los mismos requisitos y limitaciones propios de ese contrato.

Por otra parte, el mismo artículo establece las controversias excluidas del arbitraje. Primero, del estándar de la transabilidad se excluyen, *per se*, aquellas controversias no susceptibles de transacción. Y, luego, los diversos ordinales en donde, de forma expresa se establecen supuestos de exclusión, hacen notar la intención del legislador de que sean esos y no otros, los supuestos en lo que está excluido el arbitraje. En criterio del autor, dichas causales constituyen un *numerus clausus* y son normas de derecho estricto que son de interpretación restrictiva, y no admiten integración por analogía.

En la actualidad hay algunos autores venezolanos que insisten en que el criterio de la transabilidad aún está vigente. Por ejemplo, ARAQUE BENZO, en su Manual de Arbitraje Comercial que data del año 2011, afirma que el acuerdo de arbitraje no tendrá validez cuando las partes acuerden, al criterio del árbitro, derechos y obligaciones que no pueden ser dispuestos o reconocidos por ellas mediante transacción<sup>17</sup>. Sin embargo, como se verá de seguidas, ese criterio evolucionó con la entrada en vigor de la Constitución de 1999.

#### (ii) Controversias que pueden ser decididas por un Juez

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>18</sup>, la cual, de forma expresa, incluyó a los medios alternativos de resolución de conflicto dentro del sistema de justicia (*ex* artículo 253) y dio el mandato expreso al legislador de su promoción (*ex* artículo 258), se produjo un desarrollo tanto en sede

<sup>16</sup> Artículo 1713. “La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.”

<sup>17</sup> Luis Alfredo ARAQUE BENZO. *Manual del Arbitraje Comercial*. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 42-47.

<sup>18</sup> Gaceta Oficial número 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999.



legislativa<sup>19</sup> como jurisprudencial de la institución del arbitraje. En tal sentido, la constitucionalización del arbitraje ha facilitado el uso político de la institución, y con ello se amplió el ámbito material de las controversias susceptibles de ser resueltas por árbitros. Por consiguiente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha desechado progresivamente la transabilidad —es decir, la renunciabilidad a derechos— como único elemento general para establecer la arbitrabilidad<sup>20</sup>. De otro modo, y en desarrollo del derecho constitucional al arbitraje, la misma ha favorecido el denominado principio tuitivo y establecido un estándar más amplio.

La sentencia líder en materia de arbitraje dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es la decisión número 1.186 del 18 de julio de 2008 (*caso: Interpretación de la última parte del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), donde, entre otras cosas, se estableció el estándar aplicable a la arbitrabilidad objetiva, en los siguientes términos:

*...para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. (Cursivas del autor)*

Este criterio, que tiene carácter vinculante, sustituyó el estándar de transabilidad establecido en la LAC. De hecho, en criterio del autor, a la luz de la sentencia parcialmente transcrita, el estándar de transabilidad pasó a ser inconstitucional y su aplicación es contraria a los preceptos establecidos en la Constitución y a los criterios vinculantes de la Sala Constitucional. Por esa razón, el estándar imperante en el arbitraje comercial venezolano es aquel que equipara las controversias que pueden ser conocidas por un juez a aquellas en donde las partes pueden pactar su arbitraje, y, en consecuencia, ser conocidas por un árbitro. Asimismo, solo están excluidos aquellos supuestos que expresamente establece el artículo 3 de la LAC. Fuera de estos, no existen otros supuestos que adolezcan de arbitrabilidad objetiva.

En este punto conviene hacer referencia a la compatibilidad que existe entre el arbitraje y las nociones de orden público, principio tuitivo y áreas sensibles en las que el

---

<sup>19</sup> Se pueden mencionar, por ejemplo, la inclusión del arbitraje en el Código Orgánico Tributario y el arbitraje en materia laboral previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

<sup>20</sup> Hernando DÍAZ CANDIA. “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Revista del Comité de Arbitraje de Venamchan*. 2010/2011: 5-6. [http://www.badellgrau.com/upl/revista\\_arbitraje.pdf](http://www.badellgrau.com/upl/revista_arbitraje.pdf).

legislador ha establecido una protección especial. En efecto, ha existido un intenso debate en la doctrina y en la jurisprudencia, en el cual se ha llegado a tener como una máxima, casi absoluta, que las materias que sean de orden público y opere el principio tuitivo o sean un área sensible (ej. derecho agrario), no son arbitrables. No obstante, dicha afirmación es falaz y carente de todo sustento. Incluso, de una interpretación gramatical del ordinal "a" del artículo 3 de la LAC se observa que la intención del legislador fue excluir las controversias que *sean contrarias al orden público*, por lo tanto, *a contrario sensu*, se concluye que aquellas controversias que versen sobre materias de orden público, y que no le contraríen, son perfectamente arbitrables.

Sobre lo anterior DÍAZ CANDIA afirma que son arbitrables, en general, ciertas áreas o materias especiales en las que deben tutelarse o ampararse sustantivamente quienes en el arbitraje serían débiles jurídicos, y, en consecuencia, gozarían de una protección especial en el régimen sustantivo aplicable<sup>21</sup>. La única diferencia está en que en esas áreas no es dable el arbitraje de equidad. De modo que, solo es concebible el arbitraje de derecho, en virtud de que el tribunal arbitral no puede desconocer el régimen sustantivo aplicable y las protecciones especiales establecidas por el legislador. En esa misma línea, se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la citada decisión, donde estableció lo siguiente:

En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "*sensibles*" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa

---

<sup>21</sup> DÍAZ CANDIA, *Obra citada*, 6.

e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Entonces, de acuerdo con el criterio transcrito, se observa que no hay obstáculo alguno para que las materias sensibles, o donde impere el orden público, sean arbitrables. Esta afirmación se basa en la naturaleza adjetiva del arbitraje y en que el árbitro no puede desconocer las cautelas o protecciones establecidas por el legislador en el derecho sustantivo. Tal conclusión lleva a hacer perfectamente viable la arbitrabilidad de controversias agrarias (entre particulares), laborales, tributarias, arrendaticias y otras tantas que históricamente han sido excluidas.

En síntesis, el mencionado criterio representa un gran avance a la institución del arbitraje ya que refleja la instrumentalización política de la institución del arbitraje, y abre su ámbito material a la resolución de un amplio número de conflictos. Asimismo, no es un criterio aislado, sino que ha sido ratificado en decisiones posteriores de la Sala Constitucional<sup>22</sup> y, al sol de hoy, constituye el estándar aplicable.

## II. LA TACHA DE FALSEDAD DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Habiendo ya establecido las nociones generales de la arbitrabilidad y determinado el estándar vigente en el ordenamiento jurídico venezolano, conviene profundizar en la institución de la tacha de falsedad del instrumento público y su regulación en Venezuela. Para ello es necesario iniciar por su objeto —el instrumento público—, y luego por su mecanismo de impugnación.

### 2.1. El documento público y su presunción de certeza

De forma genérica, el documento es toda cosa u objeto, producto del acto humano, capaz de representar un hecho del mundo exterior, siendo su característica fundamental su función representativa<sup>23</sup>. Cuando el documento adquiere la forma escrita, pasa a conocerse como instrumento. Siendo así, el instrumento no es otra cosa que un documento

---

<sup>22</sup> STC N° 1067/2010, del 03 de noviembre (*caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.*).

<sup>23</sup> Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES e Isabel Cristina BELLO TABARES. “El procedimiento de tacha de falsedad de los instrumentos públicos en el sistema procesal civil.” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. Nro. 130 (2007): 17. [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/130/ucv\\_2007\\_130\\_15-52.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/130/ucv_2007_130_15-52.pdf)

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

que consta de forma escrita y que puede tener, de acuerdo con la legislación venezolana, la forma de público, privado o administrativo.

En este sentido, el artículo 1.357 del Código Civil de Venezuela define al instrumento público o auténtico<sup>24</sup> como aquel que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado. Además, afirma la doctrina dominante que la calidad de público del documento, escrito o no, tiene su origen en la actividad de un funcionario público en ejercicio del cargo, de manera que comprende las fotografías, películas, cintas, discos, planos, cuadros y similares, que tengan ese origen o que pertenezcan, en consecuencia, a una oficina pública. Por ello, para que exista instrumento público, que es una especie del documento público, deben cumplirse dos requisitos: (i) consistir en un escrito; y, (ii) provenir de un funcionario público en ejercicio del cargo, o estar autorizado por éste<sup>25</sup>.

Siendo así, estos instrumentos sirven de medio para el ejercicio de la función de *dar fe pública*, que ejercen ciertos funcionarios que han sido facultados por la Ley para *certificar* hechos jurídicos realizados con su intervención o ante ellos. En estos casos, esa fe pública no forma parte del contenido del documento, sino que constituye una calidad propia de éste, otorgada por la intervención del funcionario, quien afirma que los hechos ocurridos en su presencia y a quien se da fe de éstos. Asimismo, en los contratos solemnes, la participación del funcionario constituye un requisito exigido por la ley para la existencia del acto jurídico documentado<sup>26</sup>.

Además, el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela dota de una presunción de certeza al instrumento público, y hace que éste haga plena fe de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; y

---

<sup>24</sup> A los efectos de esta investigación se tendrá como parte integrante de la noción “documento público” al “documento auténtico”.

<sup>25</sup> Hernando DEVIS ECHANDÍA. *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II.* (Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía S.A., 1981) 543-544.

<sup>26</sup> Eduardo COUTURE. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II.* (Montevideo: Editorial Depalma, 1947) 31-32.

de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar<sup>27</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la forma de impugnación de estos instrumentos, por lo menos en el derecho venezolano, dependerá de quien se afirme que miente en la formación o en la realización de este. Por una parte, si la falsedad proviene de los otorgantes, la forma de impugnación ha de ser por vía de la acción de simulación. Y por la otra, si la falsedad proviene del funcionario público, la forma de impugnación contra la prueba instrumental pública será la tacha de falsedad, toda vez que la fe pública que otorga el funcionario no abraza la verdad de las declaraciones de sus otorgantes.<sup>28</sup>

## 2.2. La tacha de falsedad como medio de impugnación

La tacha de falsedad instrumental es una especie impugnación cuyo objeto es la prueba que se formó extraprocesalmente y que adquiere, también fuera del proceso, un valor probatorio, producto de una presunción que nace de su cuerpo. Tal como se evidencia de su regulación, su objeto es redargüir un documento donde intervino un funcionario que merece fe pública<sup>2930</sup>. Esta tiene como objeto eliminar la eficacia probatoria del instrumento, es decir, solo afecta al mismo y no a su contenido. Esta declaratoria de falsedad no afecta el acto o hecho jurídico documentado.<sup>31</sup>

Asimismo, en el ordenamiento jurídico venezolano, las causales de la tacha de falsedad del documento público están establecidas en el artículo 1.380 del Código Civil de Venezuela<sup>32</sup> y su procedimiento en los artículos 438 al 442 del Código de Procedimiento Civil.

---

<sup>27</sup> Artículo 1.359. El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; 2º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que este facultado para hacerlos constar.

<sup>28</sup> BELLO TABARES y BELLO TABARES, *Obra citada*, 27.

<sup>29</sup> Jesús Eduardo CABRERA ROMERO. *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre. Tomo II.* (Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L, 2007) 20.

<sup>30</sup> Para CABRERA ROMERO, debe distinguirse entre impugnación (género) y tacha (especie). Afirma que “la primera engloba el ataque al medio por cualquier causa, mientras que la segunda opera, en casos determinados (testigos o documentos), y por causas preestablecidas”. *Obra citada, Tomo I*, 347.

<sup>31</sup> BELLO TABARES y BELLO TABARES, *Obra citada*, 47.

<sup>32</sup> Artículo 1.380.- El instrumento público o que tenga las apariencias de tal puede tacharse con acción principal o redargüirse incidentalmente como falso, cuando se alegare cualquiera de las siguientes causales: 1º Que no ha habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma

En este propósito, las causales de la tacha van referidas a la falsificación de la firma del funcionario, la falsificación de la firma de los otorgantes, el fraude o la sorpresa acerca de la comparecencia del otorgante, declaraciones que no ha hecho el otorgante, alteraciones materiales al otorgamiento, y la constancia falsa del funcionario de la fecha y el lugar. Estas, en criterio de la doctrina más autorizada y de la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, son causales taxativas.

Por su parte, los artículos 438 y 439 del Código de Procedimiento Civil establecen que la tacha de falsedad del documento público podrá proponerse de forma principal o incidental, en cualquier estado y grado de la causa<sup>33</sup>. Igualmente, el numeral 14 del artículo 442 establece la necesidad de notificar al Ministerio Público, quien participará como tercero de buena fe.

Cabe agregar que en el artículo 442 se establece el procedimiento a seguir, que, en esencia, tiene una fase introductoria, de sustanciación y decisoria. No obstante, a los efectos de este artículo, cobra especial relevancia el numeral 15 del mencionado artículo, ya que establece la posibilidad de las partes de transar en cuanto a la pretensión ejercida en el procedimiento de tacha. A tal efecto, dicho auto de composición voluntaria requiere para su validez el informe del Ministerio Público y la aprobación del tribunal, teniendo como límites materiales la moral y el orden público.

Ahora bien, con relación a los efectos de la transacción, se tiene que la misma tiene por objeto que el instrumento sea o no apreciado en el procedimiento en cuestión, lo cual en nada afecta el acto documentado. En tal caso, el efecto no es otro que desecharse

---

de éste fue falsificada. 2° Que aun cuando sea auténtica la firma del funcionario público, la del que apareciere como otorgante del acto fue falsificada. 3° Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario, certificada por éste, sea que el funcionario haya procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante. 4° Que aun siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho; pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acta, ni respecto de él. 5° Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaces de modificar su sentido o alcance. Esta causal puede alegarse aun respecto de los instrumentos que sólo aparezcan suscritos por el funcionario público que tenga la facultad de autorizarlos. 6° Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la Ley o perjuicio de terceros, que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización.

<sup>33</sup> Artículo 438° La tacha de falsedad se puede proponer en juicio civil, ya sea como objeto principal de la causa, ya incidentalmente en el curso de ella, por los motivos expresados en el Código Civil.

Artículo 439° La tacha incidental se puede proponer en cualquier estado o grado de la causa.

el instrumento del proceso, no teniéndose como tal en la sentencia y no siendo apreciado por el operador de justicia. De igual forma, dicha transacción solo producirá efecto entre las partes, de manera que no podrá volver a intentarse la tacha de falsedad, ni por vía principal ni incidental, ya que produjo cosa juzgada<sup>34</sup>.

En esta misma línea de pensamiento, como fue indicado en la introducción de este trabajo, la declaratoria de procedencia de la tacha del documento público puede tener implicaciones penales, tanto para la parte o para el funcionario que incurrió en el supuesto de hecho denunciado. Todo ello, de acuerdo con el artículo 316 del Código Penal de Venezuela. Por consiguiente, de la sentencia que se dicte en el procedimiento de tacha de falsedad del documento público, puede derivar una remisión al Ministerio Público para que inicie el procedimiento respectivo y determine las responsabilidades penales a que haya lugar.

En síntesis, la tacha de falsedad es el medio específico de impugnación de instrumentos públicos. Sus causales son taxativas. Requiere participación del Ministerio Público, y su decisión puede tener visos penales. Igualmente, se permite una transacción en torno a insistir o no en hacer valer el documento, mas no sobre la procedencia de la causal alegada. Esta transacción requiere autorización del tribunal e informe del Ministerio Público.

En atención a lo antes dicho, se afirma que es una institución tutelada de forma especial por el legislador y en donde está atenuada la libertad de las partes.

### **III. ¿ES ARBITRABLE LA TACHA DE FALSEDAD DE DOCUMENTOS PÚBLICOS?**

En este orden de ideas, para dar respuesta a la pregunta formulada al inicio de esta investigación, se abordará, primero, en qué supuestos es aplicable la tacha de falsedad del instrumento público en el contexto del arbitraje comercial, y, luego, se dará respuesta a la arbitrabilidad o no de la tacha de falsedad.

---

<sup>34</sup> BELLO TABARES y BELLO TABARES, *Obra citada*, 47.

### 3.1. ¿Cuál es el derecho aplicable al documento?

La aplicabilidad o no del procedimiento de tacha de falsedad del instrumento público, ya sea por vía principal o incidental dentro del arbitraje, dependerá del derecho que rija al instrumento en cuestión. En tal sentido, para determinar el derecho aplicable al instrumento, en el ordenamiento jurídico venezolano se debe acudir al artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>35</sup>. En ese artículo el legislador concedió a las partes la facultad de elegir entre tres derechos posibles: El del lugar de la celebración del acto, el que rige el contenido del acto y el domicilio de su o sus otorgantes<sup>36</sup>. A falta de voluntad de las partes, se entiende que regirá el principio del *locus regit actum*, según el cual, la ley del lugar de la celebración del acto rige las formas, o la ley del lugar de la celebración rige la exigencia de una forma determinada, como la forma en sí<sup>37</sup>.

De acuerdo con lo mencionado, y aplicando estas premisas al objeto de estudio, se tiene que, por una parte, si el instrumento se rige por el derecho venezolano, deberá seguirse el procedimiento establecido para su impugnación, que no es otro que el de la tacha de falsedad. Por otra parte, si se rige por un derecho distinto al venezolano, deberá seguirse para su impugnación el medio establecido por tal derecho. Por lo tanto, es a partir del derecho que rige al instrumento que opera o no la tacha de falsedad del instrumento público.

### 3.2. Una respuesta a partir de principios

Seguidamente, y ya dando respuesta al objeto de esta investigación a partir de las premisas establecidas en los capítulos anteriores, se observa que existen sólidos

---

<sup>35</sup> Artículo 37. Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1. El del lugar de celebración del acto; 2. El que rige el contenido del acto; o 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes.

<sup>36</sup> En la exposición de motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, con relación al carácter facultativo del derecho aplicable al documento, se estableció que: “En el capítulo VIII se ha verificado una reforma sustancial en materia de forma de los actos, otorgando un carácter facultativo a la regla *locus regit actum* (artículo 37) y reduciendo, por lo tanto, en las relaciones jurídico-privadas internacionales, la posibilidad de nulidad de los actos por simples razones de carácter formal. Así se recogen también las orientaciones dominantes en la doctrina y en la legislación comparada, tanto internacional como interna. Por lo demás, la norma está formulada con suficiente amplitud, a fin de que el criterio resulte aplicable a los requisitos formales de los actos de última voluntad, del matrimonio y de la adopción, lo cual implica una clara modificación de las disposiciones legales vigentes.”

<sup>37</sup> Francisco José SERVIDIO. “La regla '*locus regit actum*' en las sucesiones, el conocimiento de la ley extranjera y la competencia notarial.” *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*. Nro. 29 (1975): 1. <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/10/RNCba-29-1975-14-Jornadas.pdf>.



argumentos que confirman la arbitrabilidad de la tacha de falsedad del instrumento público. Por una parte, de acuerdo con el estándar de transabilidad establecido en la LAC, se concluye que la tacha es arbitrable porque es transable. En efecto, el numeral 15 del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil establece la posibilidad de que las partes transen en el procedimiento de tacha. Claro está, con la salvedad de que requieren el informe del Ministerio Público y la autorización del Tribunal, no obstante, se permite la transacción, y, por consiguiente, entra en el estándar de transabilidad.

Por otra parte, bajo el estándar vigente también es arbitrable la tacha. Su naturaleza de orden público, causales taxativas, participación del Ministerio Público y posibles consecuencias penales, en nada impiden al árbitro, en ejercicio del principio tuitivo, conocer y decidir el procedimiento de tacha cumpliendo con todas las protecciones establecidas por el legislador. De hecho, en criterio del autor, el principio de colaboración que existe entre el árbitro y el poder judicial es extensible al resto de los órganos que integran el sistema de justicia (ej. Ministerio Público). No se puede concebir al arbitraje como integrante del sistema de justicia y, a la vez, aislarlo del mismo. Por el contrario, como integrante de un sistema, debe colaborar y recibir colaboración del resto de los miembros del sistema a los fines de lograr su fin último, que no es otro que la realización de la justicia. Claro está, haciendo la salvedad de que se debe respetar el principio de confidencialidad propio de la institución del arbitraje.

Sin embargo, además de las razones comentadas, en criterio del autor, se puede llegar a conclusiones aún más contundentes a partir de los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y autonomía del acuerdo de arbitraje o *severability* establecidos en la LAC.

En tal sentido, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* establece la facultad de todo tribunal arbitral de decidir primero sobre su propia competencia, decisión que está sometida a control judicial posterior<sup>38</sup>. Este principio tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico venezolano en el artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales

---

<sup>38</sup> Robert SMITH. "Separability and competence-competence in International Arbitration." *American Bar Association*. 7 de mayo de 2003, citado por José Alberto RAMÍREZ. "Tres Aspectos Positivos de la Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Arbitraje." *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*. Nro. 9. (2010): 137.

Extranjeras<sup>3940</sup>, y en los artículos 7 y 25 de la LAC<sup>4142</sup>. A su vez, va enlazado con el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje o *separability*, el cual implica que el acuerdo de arbitraje no está atado a la validez del contrato que le contiene<sup>43</sup>. Aunque ambos principios están relacionados, buscan evitar peligros distintos.

Como afirma GONZÁLEZ DE COSSÍO, el punto de partida es el mismo: el deseo de dar efectos al acuerdo de arbitraje de las partes, en lugar de recurrir al litigio tradicional. En este sentido, en caso de no existir el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, ante una controversia que surja entre las partes derivada del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje, y una de las partes cuestiona el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrir a la jurisdicción ordinaria para que decida si esa controversia cae en la jurisdicción del árbitro. El resultado sería irónico, además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar<sup>44</sup>.

De igual forma, continúa afirmando el citado autor, en caso de que el principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje fuese inexistente, si la pretensión de una de las partes en controversia versa que el contrato o el acuerdo arbitral sea declarado nulo, dado el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, tendría que arbitrarse dicha controversia, para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Sin embargo, esto podría conducir a un absurdo: Si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral –que es parte del contrato– como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo de arbitraje sería nulo, y el laudo no tendría efectos jurídicos ya que el tribunal arbitral nunca tuvo

<sup>39</sup> Gaceta Oficial número: 4.832, Extraordinario, de fecha 29 de diciembre de 1994.

<sup>40</sup> El artículo II.3 establece: “Artículo II. (...) 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

<sup>41</sup> Artículo 7. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

<sup>42</sup> Artículo 25. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite. (...)

<sup>43</sup> Robert SMITH. *Obra citada*. Página 136.

<sup>44</sup> Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO. *El principio Competence-Competence Revisado*. 3. [https://www.u-cursos.cl/derecho/2006/2/D129C0728/1/material\\_docente/bajar?id\\_material=109403](https://www.u-cursos.cl/derecho/2006/2/D129C0728/1/material_docente/bajar?id_material=109403).

jurisdicción para dictar el mismo. Todo ello daría un resultado lógico, como jurídico, pero completamente ajeno a la voluntad de las partes<sup>45</sup>.

Por consiguiente, ambos principios vienen a preservar la coherencia de la institución arbitral y así evitar que se torpedee el mecanismo, con tan solo alegar la nulidad del negocio que se trate o, en relación con el asunto que nos ocupa en esta investigación, se pretenda tachar, por vía principal, el documento contentivo del acuerdo de arbitraje. Además, y aquí considera el autor que está el *quid* del asunto, es que cualquier cuestión relativa a la validez, nulidad o inexistencia del documento que contiene el acuerdo de arbitraje, es arropada por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y autonomía del acuerdo de arbitraje, y, por lo tanto, su conocimiento corresponde a la jurisdicción arbitral.

Esta tesis encuentra su sustento en los argumentos de GONZÁLEZ COSSÍO, que, incluso, son citados por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la mencionada sentencia número: 1.186 dictada el 18 de julio de 2008, donde estableció lo siguiente:

“(…)” al surgir todo procedimiento arbitral del libre albedrío de las partes, es decir, de su voluntad expresa, en pleno uso de sus facultades, de subyugar, total o parcialmente, determinado o determinable conflicto, a la jurisdicción de un árbitro o tribunal arbitral, se demuestra la intencionalidad de las partes de prescindir del Poder Judicial del Estado (...). De tal forma que toda resolución emitida por jueces o tribunales que recaiga sobre cuestiones que no sean propiamente de orden o interés público y que además, hayan sido explícitamente encomendadas al poderío exclusivo de un determinado árbitro o tribunal arbitral, incluyendo toda cuestión relativa a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula arbitral, acabaría violentando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de modo tan alarmante, que se vería pisoteado tanto en su sano albedrío como la razón de existencia de todo procedimiento, medio o instrumento alterno que intente de manera justa, viable y eficaz, dar solución al sin número de conflictos que se suscitan en el creciente tráfico de negocios y servicios de la sociedad de hoy’ (...)” Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. Ob. Cit., p. 15.

Entonces resulta que, la tacha de falsedad del instrumento público, al ir dirigida a la validez, nulidad o inexistencia del instrumento contentivo del acuerdo de arbitraje, es

---

<sup>45</sup> *Ibidem.* 3.

arropada por el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, y su jurisdicción corresponde al árbitro. En tal sentido, haciendo un mapa del recorrido del ejercicio de la tacha de falsedad por vía principal, se tiene que la misma debe ser conocida y decidida por el árbitro, y, en caso de ser declarada la nulidad del instrumento, operaría el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje. Por otra parte, cuando la tacha es ejercida de forma incidental, de acuerdo con el estándar de arbitrabilidad vigente en el ordenamiento jurídico venezolano, el mismo árbitro que conoce de la causa principal deberá conocer y decidir la incidencia de la tacha, con el respeto de las garantías especiales establecidas por el legislador. Claro está, en ambos casos será aplicable el procedimiento de tacha siempre y cuando el derecho aplicable al instrumento sea el derecho venezolano. De no ser así, se debería seguir el mecanismo de impugnación establecido en el derecho que regula al instrumento en cuestión.

En suma, la tacha de falsedad del documento público es arbitrable, con base al estándar vigente de arbitrabilidad objetiva establecido en el ordenamiento jurídico venezolano, y, también, al estar arropada por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de autonomía del acuerdo de arbitraje. Siendo así, el árbitro tiene facultades para revisar los requisitos formales del instrumento y, en consecuencia, pronunciarse sobre su eficacia probatoria.

Por último, conviene distinguir entre la tacha como mecanismo de impugnación del instrumento público y la valoración del instrumento en sí, todo ello en atención al sistema probatorio pactado por las partes para el procedimiento de arbitraje. En tal sentido, como ya fue afirmado, la aplicación o no de la tacha de falsedad dependerá del derecho que regula al instrumento en cuestión. Ahora bien, la valoración del instrumento dependerá de las normas probatorias pactadas por las partes. Si han pactado las normas del procedimiento civil venezolano, el instrumento público hará valor de plena prueba de conformidad con el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela. Pero si han pactado un sistema probatorio distinto (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*; Reglas de Praga –*Reglas sobre tramitación eficiente de los procedimientos en el Arbitraje Internacional*–; o, alguna otra estructura convencional que incluya total o parcialmente un sistema tarifado), el árbitro valorará al instrumento público de acuerdo con las normas de tal sistema.

## CONCLUSIONES

La arbitrabilidad es una noción propia de la institución del arbitraje y se refiere a aquello que es susceptible de ser arbitrado. Esta tiene dos dimensiones: subjetiva o *ratio personae*; y, objetiva o *ratio materiae*. En el caso de la arbitrabilidad objetiva no existe una fórmula uniforme para establecer su estándar, cada uno de los Estados, conforme a su legislación interna, y de acuerdo con su política hacia la institución del arbitraje, determinará la amplitud o no de tal noción. No obstante, a pesar de la falta de consenso en cuanto a la noción, hay rasgos comunes con el aspecto comercial y patrimonial de la controversia, y la existencia de límites.

En el ordenamiento jurídico venezolano el estándar de arbitrabilidad objetiva ha variado. En principio, era aplicable el estándar de la transabilidad establecido en el artículo 3 de la LAC. Luego, con la constitucionalización del arbitraje y su inclusión dentro del sistema de justicia, el estándar se amplió y, en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se estableció que es arbitrable todo lo que puede ser decidido por un juez. Además, se incluyó el principio tuitivo y se afirmó la arbitrabilidad de áreas sensibles.

Por otra parte, el instrumento público es aquel que consta por escrito y proviene de un funcionario público en el ejercicio de su cargo, o que ha sido autorizado por éste, y que, de acuerdo con el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela, goza de fe pública.

La tacha de falsedad es el medio específico de impugnación del instrumento público. Sus causales son taxativas. Requiere participación del Ministerio Público, y su decisión puede tener visos penales. De igual forma, se permite la transacción en torno a insistir o no en hacer valer el documento, mas no sobre la procedencia de la causal alegada. Esta transacción requiere autorización del tribunal y participación del Ministerio Público. Siendo así, es una institución tutelada de forma especial por el legislador y en donde está atenuada la libertad de las partes.

Ahora bien, en el caso particular de la tacha de falsedad del documento público, se determinó que la misma será aplicable, como mecanismo de impugnación, en aquellos casos en donde el derecho venezolano sea el que rija el documento. El artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece la facultad de las partes de elegir, entre

3 alternativas posibles, el derecho que regirá al documento. En caso del derecho que rija al documento sea distinto al venezolano, se deberá seguir el mecanismo de impugnación establecido en tal derecho.

Por otra parte, como resultado de esta investigación, se tiene que la tacha de falsedad de instrumentos públicos es arbitrable con base al estándar vigente de arbitrabilidad objetiva establecido en el ordenamiento jurídico venezolano. Este procedimiento, al poder ser decidido por un juez, también puede ser decidido por un árbitro. Asimismo, y reforzando este argumento, se observa que está arropado por los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de autonomía del acuerdo de arbitraje. Siendo así, el árbitro tiene facultades para revisar los requisitos formales del instrumento, verificar las actuaciones del funcionario y, en caso de declararse procedente la tacha de falsedad, puede eliminar el manto de fe pública del instrumento cuestionado.

Por último, se debe distinguir entre la tacha como mecanismo de impugnación del instrumento público y la valoración del instrumento en sí. El mecanismo de impugnación del instrumento dependerá del derecho que le regula. En caso de ser el derecho venezolano, la tacha será el mecanismo específico para los instrumentos públicos. Por otra parte, la valoración del instrumento dependerá de las normas probatorias pactadas por las partes. Si han pactado las normas del procedimiento civil venezolano, el instrumento público hará valor de plena prueba de conformidad con el artículo 1.359 del Código Civil de Venezuela. Pero si han pactado un sistema probatorio distinto (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*; Reglas de Praga –*Reglas sobre tramitación eficiente de los procedimientos en el Arbitraje Internacional*–; o, alguna otra estructura convencional que incluya total o parcialmente un sistema tarifado), el árbitro valorará al instrumento público de acuerdo con las normas propias de tal sistema.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. *Manual del Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

BELLO TABARES, Humberto Enrique Tercero y BELLO TABARES, Isabel Cristina. “El procedimiento de tacha de falsedad de los instrumentos públicos en sistema procesal civil.” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la*

*Universidad Central de Venezuela.* Nro. 130 (2007): 17.  
[http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/130/ucv\\_2007\\_130\\_15-52.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/130/ucv_2007_130_15-52.pdf).

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre.* Tomo I. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1997.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre.* Tomo II. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 1997.

CAIVANO, Roque J., “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Foro Jurídico.* Pontificia Universidad Católica de Perú. Nro. 13: 62-78.

CAIVANO, Roque J., “La expansión de la materia arbitrable, en dos ejemplos recientes que ofrece el derecho comparado”. *El Derecho (ED)*, número: 13.306, 23 de agosto de 2013, 1. <https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf>.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II.* Montevideo, Editorial Depalma, 1947.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Tomo II. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía S.A., 1981.

DÍAZ CANDIA, Hernando, “Arbitrabilidad y Orden Público”. *Revista del Comité de Arbitraje de Venamchan.* 2010/2011.  
[http://www.badellgrau.com/upl/revista\\_arbitraje.pdf](http://www.badellgrau.com/upl/revista_arbitraje.pdf).

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El principio Compétence-Compétence Revisado.*  
[https://www.ucv-cl/cursos/derecho/2006/2/D129C0728/1/material\\_docente/bajar?id\\_material=109403](https://www.ucv.cl/cursos/derecho/2006/2/D129C0728/1/material_docente/bajar?id_material=109403).

JARROSSON, Charles: “*L’arbitrabilité: présentation méthodologique.*”, *Revue de jurisprudence commerciale*, enero 1996, p. 1., citado por CAIVANO, Roque J., *Arbitrabilidad y Orden Público.* *Foro Jurídico.* Pontificia Universidad Católica de Perú, número: 13.

**Fidel A. Castillo Gómez**

RAMÍREZ, José Alberto, “Tres Aspectos Positivos de la Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Arbitraje.” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*. Nro. 9, 2010.

SERVIDIO, Francisco José. “La regla '*locus regit actum*' en las sucesiones, el conocimiento de la ley extranjera y la competencia notarial.” *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*. Nro. 29, 1975.  
<http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/10/RNCba-29-1975-14-Jornadas.pdf>.

VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda, “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, Nro. 1 (2006).  
[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008).



# SOBRE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN VENEZUELA

*Giancarlo Carrazza*

Abogado (*summa cum laude*), Universidad Católica Andrés Bello (2018)

## Resumen

Identificamos ciertos consensos doctrinales que consideramos que configuran el panorama actual de la relación de causalidad en el derecho venezolano con relación a dichos elementos donde existe consenso.

**Palabras clave:** causalidad, responsabilidad civil

# ON CAUSATION AS AN ELEMENT OF CIVIL LIABILITY UNDER VENEZUELAN LAW

## Abstract

We identify certain scholarly consensus that we believe constitute the current legal regime of causation under Venezuelan law in relation to such topics where consensus exists.

**Keywords:** causation, civil liability

Giancarlo Carrazza

“¿Cuándo debe atribuirse un daño al hecho o a la abstención de una persona en forma tal que podamos decir que ese hecho o esa abstención son la causa de dicho daño?”

José Mélich-Orsini

## INTRODUCCIÓN

La relación de causalidad, el nexo causal o, como nos referiremos indistintamente a ella a lo largo de este ensayo, la *causalidad*, es uno de los tres elementos constitutivos de la responsabilidad civil en el derecho venezolano.<sup>1</sup> Precisamente, por ser uno de los elementos *constitutivos* de la responsabilidad civil (*i.e.*, la obligación,<sup>2</sup> o la situación<sup>3</sup> en virtud de la cual se debe reparar un daño causado, ya sea por un incumplimiento de una obligación contractual o de una obligación de fuente extracontractual), queda clara su importancia a la hora de hacer valer el derecho a recibir una indemnización por un daño sufrido.<sup>4</sup> Por tanto, un mal manejo de la prueba de la causalidad podría dejar sin reparación daños de enorme cuantía, como también podría responsabilizar a alguien a indemnizar sin que su actuación haya sido la causa del daño.

Reiteramos, sin causalidad no hay responsabilidad civil. Por tanto, el presente ensayo se relaciona con la existencia misma de la responsabilidad y la respectiva obligación de indemnizar, y no con el monto de dicha responsabilidad, o cuantificación del daño.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Caracas, 2014, p. 520.

<sup>2</sup> José Mélich-Orsini, *La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Caracas, 2006, p. 19.

<sup>3</sup> María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia: Caracas, 2017, p. 227.

<sup>4</sup> Carlos Eduardo Acedo Sucre, *Divisibilidad de la Causalidad y del Daño*, publicado en [www.mempa.com](http://www.mempa.com), disponible en <http://www.mempa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2F6F3859E77BE5F13A6.pdf>, p. 1: “En efecto, el perjuicio, la culpa o la ausencia de ésta y la relación causal son los tres temas más importantes en materia de responsabilidad civil.”

<sup>5</sup> La cuantificación del daño, por cuanto implica una intersección con las áreas de finanzas y economía, representa uno de los temas de mayor relevancia, por su complejidad, en el derecho moderno. En general, ver: John A. Trenor, “Introduction,” en John A. Trenor (ed.), *The Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research, 2016, p. 1: “There are three types of arbitrators: those who understand numbers and those who don’t.”

No obstante la importancia de la causalidad, que consideramos que se ha dejado ya evidenciada, entendemos que a la fecha no existe desarrollo monográfico de doctrina nacional sobre el tema. Y vemos que la situación es similar con respecto a la doctrina extranjera:<sup>6</sup>

“El análisis del nexo causal ha recibido escasísima atención en comparación al resto de los elementos de la responsabilidad, a decir verdad, son muy pocos los autores que se han ocupado del tema.”

Cabe mencionar que la jurisprudencia en Venezuela tampoco ha desarrollado sustancialmente el tema, e incluso ha confundido el concepto de causalidad con el de la certeza del daño (uno de los requisitos del daño (*i.e.*, el daño debe ser cierto), pero no un elemento de la responsabilidad civil propiamente).<sup>7</sup>

Aun cuando el tratamiento ha sido escaso y disperso, podemos encontrar consensos en la doctrina sobre algunos aspectos fundamentales del régimen de la relación de causalidad. Como afirmamos a lo largo de este ensayo, dichos consensos podrían configurar el panorama actual de la relación de causalidad en el derecho venezolano debido a la escasa regulación y jurisprudencia al respecto. Luego, identificamos al menos un aspecto en cual, no obstante pareciera existir consenso en la doctrina nacional, consideramos que puede existir un tratamiento diferente siguiendo ideas expuestas por MÉLICH-ORSINI.

En definitiva, este ensayo pretende ser un aporte a la uniformidad y autonomía<sup>8</sup> del régimen aplicable al complejo fenómeno<sup>9</sup> de la relación de causalidad como elemento

---

<sup>6</sup> Juan Manuel Prevot, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil,” *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15, 2010, p. 152.

<sup>7</sup> Ver, en general, los comentarios del profesor Acedo Sucre a la sentencia del 27 de noviembre de 2001 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso *CIF, S.A., Consorcio Inversionista Fabril v. República de Venezuela*) en Acedo Sucre, *Divisibilidad de la Causalidad y del Daño*, *op. cit.*

<sup>8</sup> “[L]a relación de causalidad es (...) un elemento fundamental de la responsabilidad civil, una condición sine qua non de la misma. Sin embargo, en la doctrina se ha pretendido negarle su carácter autónomo, y aún más su carácter de elemento independiente,” en Eloy Maduro Luyando, Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III, Tomo I*, Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, 2010, p. 197.

<sup>9</sup> “La relación de causalidad es sumamente difícil, por cuanto los hechos aparecen frecuentemente con gran complejidad. En muchos casos se encuentra una gran cantidad de hechos que han concurrido a la producción de un daño,” en Oscar Palacios Herrera, *Derecho de las Obligaciones*, Álvaro Nora Librería Jurídica: Caracas, 2013, p. 105.

constitutivo de la responsabilidad civil, a los fines de alcanzar criterios predecibles en la aplicación del derecho a casos donde se discuta la existencia o no de responsabilidad civil.

## I. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Como punto previo a abordar las cuestiones conceptuales sobre la relación de causalidad, resultan relevantes las consideraciones de MÉLICH-ORSINI sobre la diferenciación entre el sentido *físico-natural* y el sentido *jurídico* de la causalidad.<sup>10</sup> El nexo físico-natural debe establecerse como presupuesto para poder determinar el nexo jurídico, por lo que puede existir un daño ligado al agente de manera físico-natural (causa-efecto), pero no atribuible jurídicamente a éste. Éste último sentido será el que expondremos a continuación.

Pero antes, destacamos que aunque la idea de “causa” está mencionada o presente en diversas disposiciones del Código Civil (“CC”)<sup>11</sup> de una manera ambivalente e

<sup>10</sup> Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, op. cit., pp. 134-135.

<sup>11</sup> Publicado en la Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982. Artículos 1.185: “El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho,” (énfasis añadido) 1.187: “En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa,” (énfasis añadido) 1.188: “No es responsable el que causa un daño a otro en su legítima defensa o en defensa de un tercero. El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el Juez lo estime equitativo,” (énfasis añadido) 1.191: “Los dueños y los principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado,” (énfasis añadido) 1.192: “El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiese perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente ocurrió por falta de la víctima o por el hecho de un tercero,” énfasis añadido) 1.193: “Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor. Quien detenta, por cualquier título, todo o parte de un inmueble, o bienes muebles, en los cuales se inicia un incendio, no es responsable, respecto a terceros, de los daños causados, a menos que se demuestre que el incendio se debió a su falta o al hecho de personas por cuyas faltas es responsable,” (énfasis añadido) 1.194: “El propietario de un edificio o de cualquiera otra construcción arraigada al suelo, es responsable del daño causado por la ruina de éstos, a menos que pruebe que la ruina no ha ocurrido por falta de reparaciones o por vicios en la construcción,” (énfasis añadido) 1.195: “Si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado, (...)” (énfasis añadido) 1.196: “La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito, (...)” (énfasis añadido) y 1.271: “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe” (énfasis añadido) del CC, Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, op. cit., p. 135.

imprecisa,<sup>12</sup> no deja de ser cierto que el legislador tuvo la intención de consagrar la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil en el CC.<sup>13</sup> Consideramos que esta intención se ve claramente reflejada en el artículo 1.275 del CC, el cual reza:

“Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, *no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.*” (énfasis añadido)

Distintos autores nacionales han conceptualizado la causalidad. Por un lado, MÉLICH-ORSINI define a la causalidad como el elemento adicional necesario para que el daño generado por un hecho culposo del agente “engendre” responsabilidad civil; ese elemento, para dicho autor, es que el hecho culposo sea el antecedente necesario del daño.<sup>14</sup> También MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE aportaron una descripción, de la siguiente manera: “relación de causalidad jurídica que permite vincular un determinado hecho físico que causa el daño con la persona a quien se le reclama la reparación.”<sup>15</sup> Por su parte, DOMÍNGUEZ GUILLÉN afirma que “se trata de la vinculación jurídica que permite precisar que determinado hecho que produce un daño a la víctima reclamante fue causado, producido o propiciado por determinada persona, a quien le es atribuible el daño.”<sup>16</sup>

En definitiva, la causalidad es uno de los tres elementos constitutivos de la responsabilidad civil, es decir, *conditio sine qua non* de la existencia de la misma. Como tal, la causalidad tendrá innegables efectos prácticos que trascienden a su conceptualización, y que requieren de una clara identificación de las reglas que la rigen.

Habiendo aclarado los anteriores aspectos conceptuales, procedemos a describir los componentes del régimen de la causalidad dentro del derecho venezolano, representados por los consensos doctrinales alcanzados hasta el momento de realización del presente ensayo.

---

<sup>12</sup> Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, op. cit., pp. 134-135.

<sup>13</sup> *Ídem.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>15</sup> Maduro Luyando y Pittier Sucre, *Tomo I*, op. cit., p. 196.

<sup>16</sup> Domínguez Guillén, op. cit., p. 263.

## II. ESTADO ACTUAL DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DERECHO VENEZOLANO

En el presente capítulo expondremos el panorama actual de la relación de causalidad en el derecho venezolano. A nuestra consideración, y ante la escasa regulación y tratamiento jurisprudencial, dicho panorama se conforma por los aspectos del régimen de la causalidad entre los que existe un consenso en la doctrina nacional.

### **La teoría predominante es la “causa adecuada”**

Distintas teorías han intentado explicar el fenómeno de la causalidad. Entendemos que ello se debe principalmente a la innegable realidad de que en la mayoría de los casos en los que se causa un daño, será sumamente difícil, por no decir imposible, aislar un único hecho como el antecedente de dicho daño; es decir, como su causa.

En efecto, ante la concurrencia de varios hechos o causas que influyeron en la generación de un daño, surge naturalmente la pregunta de a qué hecho se le debe atribuir dicho daño (y por tanto, responsabilizar a su agente con la reparación del mismo), o si se debe prorratear la obligación de reparar atendiendo a la mayor o menor influencia que tuvo cada uno de los hechos en la generación del daño. Esta breve descripción del problema demuestra su complejidad.

Pues bien, la complejidad del asunto tiene que haber sido un factor para que surgieran diversas teorías que intentan explicar cómo se determina el hecho que causó el daño. Adelantamos nuestra conclusión: existe un consenso en la doctrina nacional, e incluso así ha sido reconocido por la escasa jurisprudencia sobre el tema, de que la teoría que mejor describe el fenómeno, bajo el derecho venezolano, es la denominada *teoría de la causalidad adecuada*.

En ese sentido, MÉLICH-ORSINI afirma:<sup>17</sup>

“Pero si en el dominio de la responsabilidad civil por hecho propio [la] más reciente tendencia jurisprudencial es la de la [causalidad adecuada], es todavía más evidente que los tribunales han acogido la

---

<sup>17</sup> Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, op. cit.: pp. 138-139.

doctrina de la causalidad adecuada en el campo de la responsabilidad por daños causados por cosas,” y

“Esta evolución que se observa en la jurisprudencia [(la de acoger la teoría de la causalidad adecuada)], se nota también en la doctrina.”

De la misma forma, DOMÍNGUEZ GUILLÉN:<sup>18</sup>

“Pues en nuestro Derecho la respuesta la da el citado artículo 1275 CC que consagra la teoría de la causalidad adecuada; los daños resarcibles deben estar en una directa relación de causalidad. El Juez tendrá a su cargo el examen del caso concreto, pero la tendencia es identificar daño inmediato y directo con daño necesario.”

Y una afirmación similar la conseguimos también en derecho comparado:<sup>19</sup>

“[E]n la actualidad, [la teoría de la causa adecuada se] considera la posición dominante en la doctrina comparada, tanto en el campo penal como en el civil.”

Por el lado de la jurisprudencia, podemos ubicar al menos una decisión que se ha pronunciado al respecto.<sup>20</sup>

Sin embargo, al menos una decisión ha afirmado que la teoría predominante es otra (la de equivalencia de condiciones). En efecto:<sup>21</sup>

“Con respecto a esta relación la teoría predominante en la ciencia del derecho moderno, es la llamada teoría de la equivalencia de condiciones. En virtud de la misma, todos los elementos que de cualquier manera han concurrido a la realización del daño, son considerados como causa del mismo. Por consiguiente, desde el momento en que en las condiciones de un daño se encuentra una falta, aunque haya varias, hay relación causal y responsabilidad.”

Ahora bien, la existencia de afirmaciones posteriores en la doctrina y la existencia de al menos otra decisión judicial más reciente, nos permiten afirmar que el criterio

---

<sup>18</sup> Domínguez Guillén, *op. cit.*: p. 267.

<sup>19</sup> Prevot, *op. cit.*, p. 161.

<sup>20</sup> Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de Caracas del 16 de febrero de 2011, Exp. AP42-G-2008-000064, citada por Domínguez Guillén, *op. cit.*, p. 266.

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Superior Tercera en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda del 29 de julio de 1964 (*Víctor Felizola v. Venezuelan Atlantic Refining Co.*) (JRG, Segundo Semestre 1964, Tomo X, p. 178), citada por Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, *op. cit.*: p. 665.

dominante es que la teoría que mejor describe al fenómeno de la relación de causalidad es la de la causalidad adecuada.

Procedemos ahora a describir dicha teoría, no sin antes describir a la teoría de la equivalencia de condiciones, la cual también cuenta con una notable aceptación.

El profesor ACEDO SUCRE resume el concepto de las teorías de la equivalencia de condiciones y de la causalidad adecuada de la siguiente manera: para la de equivalencia de condiciones, todas las circunstancias que determinaron el avvenimiento del daño son consideradas de igual eficacia causal; y para la de causalidad adecuada, únicamente un hecho que, en circunstancias normales, es susceptible de producir un daño, debe ser considerado la causa de éste.<sup>22</sup>

La adopción de una u otra teoría tendrá, sin duda, diferentes consecuencias prácticas para un mismo hecho generador de responsabilidad civil desde la óptica de cada una de ellas. HARTING plantea un ilustrativo ejemplo para evidenciar el diferente tratamiento que recibe un mismo supuesto dependiendo de la teoría con la que se analice: un inmueble que no contaba con pararrayos y que se ubicaba una zona de alta ocurrencia de tormentas eléctricas, se incendia por un fuerte rayo. Este rayo hubiera causado el mismo efecto con o sin pararrayos. Ahora, quien estaba obligado a instalar dicho pararrayo, y no lo hizo, solo responde frente al propietario del inmueble aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones, pero no la de causalidad adecuada.<sup>23</sup>

### **El tratamiento por el operador jurídico debe ser casuístico**

Aun cuando la teoría de la causalidad adecuada es la que mejor describe el fenómeno de acuerdo a la doctrina nacional, existe también el consenso de que el juez debe evaluar la existencia o no de causalidad en cada caso en concreto. ENNECERUS, citado por BERNAD MAINAR, resume dicha idea de la siguiente manera: “la difícil cuestión de hasta dónde llega el nexo causal no podría resolverse nunca de una manera plenamente

---

<sup>22</sup> Acedo Sucre, *Divisibilidad de la Causalidad y el Daño*, op. cit., p. 6.

<sup>23</sup> Hermes D. Harting R, *La didáctica de las obligaciones (casos prácticos)*, Ediciones Liber: Caracas, 2009, pp. 104-105.



satisfactoria mediante reglas abstractas, sino que en los casos de duda ha de resolverse por el juez según su libre convicción, ponderando todas las circunstancias.”<sup>24</sup>

En el mismo sentido, MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE:<sup>25</sup>

“Para determinar si hay o no vínculo de causalidad, todas las teorías constituyen un valioso elemento, pero el Juez tiene que atenerse en gran parte a su sensibilidad, a tomar en cuenta las circunstancias objetivas y pragmáticas para llegar a una conclusión adecuada.”

También PALACIOS HERRERA:<sup>26</sup>

“Siempre queda al juez la facultad de apreciar si un hecho está o no en la vinculación causal.”

DOMÍNGUEZ GUILLÉN:<sup>27</sup>

“Quedará en todo caso a la autoridad judicial la evaluación del caso concreto.”

Y, BERNAD MAINAR:<sup>28</sup>

“Al margen de cuál sea la postura seguida, la determinación del vínculo causal supone una labor intelectual que debe asumir el juzgador y, aun cuando todas las opiniones expuestas [sobre las teorías sobre la relación de causalidad] puedan servirle de ayuda en tal cometido, será análisis del caso concreto enlazando las nociones de culpa y causalidad lo que nos permita llegar a una solución adecuada a la hora de determinar la extensión del daño, así como los alcances y límites de la obligación de reparar.”

### **Cuando se incumple una obligación de resultado, se presume la causalidad**

Aun cuando hemos insistido en la importancia de la causalidad para la existencia de la responsabilidad civil, así como en la complejidad del fenómeno, la doctrina es consistente en afirmar que ante el incumplimiento de una obligación *de resultado*,<sup>29</sup> se

---

<sup>24</sup> Rafael Bernad Mainar, *Derecho civil patrimonial. Obligaciones Tomo I*, Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, 2012, p. 225.

<sup>25</sup> Maduro Luyando y Pittier Sucre, *Tomo I, op. cit.*: p. 201.

<sup>26</sup> Palacios Herrera, *op. cit.*, p. 113.

<sup>27</sup> Domínguez Guillén, *op. cit.*, pp. 265-266.

<sup>28</sup> Bernad Mainar, *op. cit.*, p. 225.

<sup>29</sup> “Son aquellas en las cuales la prestación a que se obliga el deudor es un efecto específico, preciso y concreto de su actividad; la prestación es un fin en sí mismo, pues el deudor se compromete a obtener un determinado resultado. La no consecución de dicho resultado sería entonces la prueba del incumplimiento del deudor.” Maduro Luyando y Pittier Sucre, *Tomo I, op. cit.*: p. 70.

**Giancarlo Carrazza**

presume que existió causalidad entre el hecho del agente (incumplimiento) y el daño que eventualmente se genere.<sup>30</sup> Dicha presunción es, por supuesto, desvirtuable. Para ello, el deudor deberá probar que el incumplimiento se debió a una causa extraña no imputable.<sup>31</sup>

Para MÉLICH-ORSINI, la razón de ser de dicho postulado es que, de exigirle al acreedor que pruebe que la causa de la no obtención del resultado por parte de su deudor es el incumplimiento de este, se estaría contradiciendo al artículo 1.271 CC.<sup>32</sup> Dicho artículo reza:

“El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.”

En definitiva, consideramos que esta regla atiende a facilitar la obtención de una indemnización al acreedor perjudicado.

### **Sobre el aparente consenso en la categorización de los daños como “indirectos”**

Hasta ahora hemos podido exponer elementos del régimen jurídico de la relación de causalidad en donde podría afirmarse que existe consenso en la doctrina nacional al respecto. Sin embargo, pudimos ubicar un elemento sobre el cual, aun cuando pareciera existir un consenso, podría dársele un tratamiento distinto. Ello, basados en las ideas expuestas por MÉLICH-ORSINI y otros razonamientos que planteamos a continuación.

En ese sentido, pareciera existir un consenso en la doctrina nacional en cuanto a que la categorización de los daños como “indirectos” atiende a una sola razón: entre dichos daños, y el hecho que pareciera generarlos, no existe causalidad.

En efecto, MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE afirman:<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Mélich-Orsini, *Doctrina general, op. cit.*: p. 520.

<sup>31</sup> *Ídem*. Ver también: Carlos Eduardo Acedo Sucre, “Panorama sobre la Responsabilidad Contractual,” *Revista de Derecho Mercantil N° 20-21 (1996)*, Livrosca, C.A.: Caracas, 1999, p. 20.

<sup>32</sup> Mélich-Orsini, *Doctrina general, op. cit.*: p. 520.

<sup>33</sup> Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III, Tomo II*. Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, 2013, p. 896.

“El daño indirecto no es resarcible porque falta uno de los elementos de la responsabilidad civil: la relación de causalidad.”

A su vez, DOMÍNGUEZ GUILLÉN afirma:<sup>34</sup>

“No debe confundirse lucro cesante con daño indirecto, esto es, aquel que sale de la órbita de la relación de causalidad y que no es jurídicamente resarcible a tenor del artículo 1275 CC,” y

“[El daño debe] ser directo, pues a tenor del artículo 1275 no se indemniza el daño indirecto, esto es, aquel que no tenga una relación directa de causalidad.”

De la misma forma, BERNAD MAINAR:<sup>35</sup>

“La determinación de si los daños son directos o indirectos requiere del otro elemento de la responsabilidad, cual es la relación de causalidad.”

Y, MÉLICH-ORSINI:<sup>36</sup>

“[La clasificación de daños directos y daños indirectos] parte de la consideración del nexo causal existente entre la acción ilícita y el daño.”

Sin embargo, algunas consideraciones del mismo MÉLICH-ORSINI sobre el daño indirecto permiten afirmar que dicho tema puede ser tratado de manera diferente. En ese sentido, procederemos a exponer brevemente las ideas de dicho doctrinario sobre los daños indirectos.

Al responder a la pregunta “¿Cuándo un perjuicio es directo y cuándo es indirecto?,” MÉLICH-ORSINI deja bastante claro cuál es el problema que padece el tratamiento que han tenido los daños indirectos en la doctrina: “con la expresión *daños indirectos se suelen aludir cuestiones muy diferentes entre sí.*”<sup>37</sup>

Así, dicho profesor afirma que existe una anfibología en la utilización del término, que nos permitimos resumir de la siguiente manera: por un lado, la expresión “daños

---

<sup>34</sup> Domínguez Guillén, *op. cit.*, p. 241.

<sup>35</sup> Bernad Mainar, *op. cit.*, p. 219.

<sup>36</sup> Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, *op. cit.*, p. 37. Consideramos que esta afirmación hecha por Mélich-Orsini es aclarada por las ideas que expone páginas después en la misma obra, y que citamos en este ensayo, sobre la clasificación del daño como indirecto.

<sup>37</sup> Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, *op. cit.*: p. 143.

indirectos” alude a la inexistencia de causalidad,<sup>38</sup> y, por el otro, a los daños causados de manera mediata por el hecho culposo, pero con presencia de causalidad, y por tanto, de responsabilidad civil.<sup>39</sup> Es decir, aun cuando gran parte de la doctrina afirma que los “daños indirectos” no deben ser reparados, se admite que por daño “indirecto” no necesariamente se hace referencia a la inexistencia de causalidad, sino a daños causados de manera “mediata,” pero con relación de causalidad.

Y la posible solución que adelanta MÉLICH-ORSINI a tal situación, citando a DE PAGE, es la siguiente:

“La relación causal, escribe De Page, no exige un “contacto entre la actividad culposa y la persona lesionada. El daño puede perfectamente producirse a distancia (...) *Para que la relación causal exista, no es necesario que ella sea directa; ella puede ser indirecta, es decir, mediata, siempre que sea necesaria.* Es pues *el carácter de necesidad* de la relación lo que priva... *La expresión “daño indirecto” que se presta a confusión deberá desaparecer de nuestro lenguaje.*”<sup>40</sup> (énfasis añadido)

Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que solo puede hablarse de daños directos e indirectos dependiendo de la proximidad del hecho culposo con la generación de los daños (inmediato o mediato, respectivamente), pero que en ambos casos está implícita la relación de causalidad. Ello por cuanto afirmar que existe una categoría de daños (“daños indirectos”) que dependen exclusivamente de la existencia o no de la relación de causalidad nos parece un sinsentido: es decir, sin causalidad, ni siquiera se puede hablar de responsabilidad civil, por lo que describir a uno de los elementos de la responsabilidad civil (el daño), atendiendo a la inexistencia de uno de los otros elementos (la causalidad), sería un esfuerzo impráctico. Bastaría decir que no hay causalidad.

---

<sup>38</sup> Ello se extrae de la cita que hace Mélich-Orsini de Henri Mazeaud, el cual afirma: “*El perjuicio es indirecto cuando falta la certidumbre de la existencia del ligamen de causalidad... Por consiguiente, el autor de la falta inicial no responde en la cadena de los perjuicios, sino de aquellos que son la consecuencia cierta, necesaria de esta falta*”. Henri Mazeaud. *Cours de Droit Civil*, Les Cours de Droit: Paris, 1949-1959, p. 560, citado por Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, op. cit.: p. 144.

<sup>39</sup> “*Otras veces, la expresión perjuicio indirecto suele emplearse en un sentido diferente, para designar que el daño no ha sido causado inmediatamente por el hecho culposo; y cuando se usa la expresión en este sentido no resulta exacto decir que el perjuicio indirecto no da lugar a responsabilidad civil,*” en Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, op. cit.: p. 144.

<sup>40</sup> Mélich-Orsini, *Responsabilidad por Hecho Ilícito*, op. cit.: pp. 144-145.

## CONCLUSIONES

Ante la ausencia de regulación sobre el tema, debe acudirse a los consensos doctrinales para identificar el panorama actual de la relación de causalidad en Venezuela. Por ejemplo, existen consensos con relación a que la teoría de la causalidad adecuada es la que mejor describe al fenómeno de la relación de causalidad. Igualmente ocurre con la afirmación de que, aun existiendo dicha teoría, el operador jurídico debe determinar si existió causalidad en una determinada situación de manera casuística. También hay uniformidad en cuanto al incumplimiento de obligaciones contractuales de resultado, en las cuales se presume la causalidad al demostrar su incumplimiento.

Ahora, el tratamiento del concepto de daños “indirectos” ha sido impreciso por la doctrina, resultando en una anfibología. Partiendo de las consideraciones expuestas por MÉLICH-ORSINI sobre el tema, podemos llegar a afirmar que el entendimiento del concepto de daño indirecto debe ser uno en el que se presume que existe causalidad, pero en el que el hecho culposo no tiene contacto directo con el daño.

Aun cuando en la actualidad no exista una regulación que diferencie estos dos supuestos (daños directos e indirectos), consideramos que podría ser provechoso partir de dicha clarificación conceptual para luego desarrollar las diferencias prácticas que exista entre cada uno. Consideramos que en todo caso, categorizar a los daños por el solo hecho de que *no exista* causalidad es innecesario, porque bastaría con decir que faltan uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, lo que haría también innecesario siquiera considerar el tratamiento de los daños supuestamente causados por el agente.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

### Decisiones judiciales

Sentencia de la Corte Superior Tercera en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda del 29 de julio de 1964 (*Víctor Felizola v. Venezuelan Atlantic Refining Co.*) (JRG, Segundo Semestre 1964, Tomo X, p. 178).

Sentencia No. 2840 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 27 de noviembre de 2001 (*CIF, S.A., Consorcio Inversionista Fabril v. República de Venezuela*).

Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de Caracas del 16 de febrero de 2011, Exp. AP42-G-2008-000064.

### Doctrina

ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. Divisibilidad de la Causalidad y del Daño. Publicado en [www.mempa.com](http://www.mempa.com), disponible en <http://www.mempa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2F6F3859E77BE5F13A6.pdf>.

\_\_\_\_\_: "Panorama sobre la Responsabilidad Contractual," en *Revista de Derecho Mercantil N° 20-21 (1996)*, Livrosca, C.A.: Caracas, 1999.

BERNAD MAINAR, Rafael. *Derecho civil patrimonial. Obligaciones. Tomo I*, Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, 2012.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A.: Caracas, 2017.

HARTING R., Hermes D. *La didáctica de las obligaciones (casos prácticos)*, Ediciones Liber: Caracas, 2009.

MADURO LUYANDO, Eloy; PITTIER SUCRE, Emilio. *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III, Tomo I*. Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, 2010.

\_\_\_\_\_: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III, Tomo II*, Universidad Católica Andrés Bello: Caracas, 2013.

**Giancarlo Carrazza**

MAZEAUD, Henri. *Cours de Droit Civil*, Les Cours de Droit: Paris, 1949-1959.

MÉLICH-ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Caracas, 2014.

\_\_\_\_\_: *La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Caracas, 2006.

PALACIOS HERRERA, Oscar. *Derecho de las Obligaciones*, Álvaro Nora Librería Jurídica: Caracas, 2013.

PREVOT, Juan Manuel. “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil,” *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15, 2010, pp. 143-178.

TRENOR, John A. “Introduction,” en TRENOR, Jhon A. (ed.). *The Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research: Londres, 2016, pp. 1-3.

## MECANISMOS JUDICIALES DE ACTUALIZACIÓN DEL VALOR DE OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN VENEZUELA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

*José Armando Sosa*

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (1992) Especialización en Derecho Procesal en la UCAB. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Árbitro del CEDCA. Socio y Director de *Hernández Quijada & Sosa. Abogados* en Maturín, Estado Monagas, Venezuela.

### Resumen:

Ante la discusión sobre cómo actualizar el valor de obligaciones pactadas en moneda extranjera, en un entorno en el cual ello se estipula así cada vez con mayor frecuencia, se pretende una aproximación acerca de lo que debería ser desde el punto de vista legal y doctrinario, y de la misma manera, hacer una aproximación a lo que económica o contablemente debería ser. Del mismo modo, se analiza la forma en la cual los tribunales venezolanos, en sus distintas competencias, han asumido la forma de calcularlo, la aplicación de tasas cambiarias, intereses de diverso tipo y, asimismo, modalidades de indexación. Se pretende proponer una vía por la cual se establezcan claramente y sin confusiones, los mecanismos para actualizaciones de valor tanto extrajudicialmente como en el transcurso de un proceso judicial por medio de experticias complementarias de los fallos. Se pretende ofrecer propuestas para la adecuación de las normas en el derecho venezolano.

**Palabras claves:** Cobro de deudas, moneda extranjera, tasa cambiaria, interés aplicable, valor, incidencias procesales

## JUDICIAL MECHANISMS FOR UPDATING THE VALUE OF OBLIGATIONS IN FOREIGN CURRENCY IN VENEZUELA. JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

### Abstract:

Given the discussion on how to update the value of obligations agreed in foreign currency, in an environment in which this is agreed in this way with increasing frequency, an approximation is sought about what it should be from a legal and doctrinal point of view, and in the same way, make an approximation of what it should be economically or accounting. In the same way, the method by which the Venezuelan courts, in their different jurisdictions, have assumed the way of calculating it, the application of exchange rates, interests of various kinds and also forms of indexation is analyzed. It is intended to propose a way by which the mechanisms for value updates are established clearly and without confusion, both extrajudicially and in the course of a judicial process through complementary accounting expertise of the judgments. It is intended to offer proposals for the adaptation of the norms in Venezuelan law.

**Keywords:** Debt collection, foreign currency, exchange rate, applicable interest, value, procedural incidents



## **INTRODUCCIÓN**

En lo que se refiere a los pagos de obligaciones siempre ha sido un tema de discusión la actualización del monto a pagar, bien por intereses o por indexación, o ambos. Ello es más complicado si se trata de obligaciones pactadas en moneda extranjera, pues se añade una variable como lo es la tasa cambiaria, y un problema adicional como lo es la tasa de interés a aplicar.

Hemos visto en el ejercicio profesional, la más variada forma de estipularse a nivel contractual y legal, su regulación en un entorno normativo confuso y restrictivo, en medio de un contexto de país sumamente convulso, hiperinflacionario y de disminución del circulante en moneda local, para luego observar su desarrollo en una flexibilización y liberalización en algún grado, con uso de otros mecanismos o formas de pago.

Aparte de ello, existen problemas en cuanto a la estipulación de la moneda extranjera como moneda de cuenta o como moneda de pago, con las complicaciones que ello puede traer al momento del pago por las interpretaciones que ha realizado la jurisdicción ordinaria.

Ello ha traído como consecuencia la distorsión interpretativa de buena parte de los ciudadanos, por una parte, de los organismos públicos por otro, y encima de todo ello, por los tribunales de la nación. El resultado es una anarquía generalizada que ha hecho a los ciudadanos contratar en un entorno que cada día más les obliga a mantener el valor de sus obligaciones mediante un mecanismo de actualización haciendo referencia a alguna variable que pueda ser de confianza para que no se vea lesionado su patrimonio, y ello a veces no es aceptado por las autoridades, decantándose las personas por ocultar información y hacer documentos privados contra lo plasmado en documentos públicos.

Por si ello fuera poco, hemos visto tendencias jurisprudenciales ajenas a la realidad económica, e incluso a la más elemental lógica. Se han tomado decisiones para actualizar valores mediante Experticias Complementarias del fallo mal concebidas, en las cuales el monto a pagar en bolívares sería un monto exponencialmente mayor a lo razonable por aplicar tasas inaplicables, o incluso por sumar actualizaciones por tasa cambiaria vigente, más intereses de mora del signo monetario bolívar aplicados a la

**José Armando Sosa**

moneda extranjera y luego indexación de lo obtenido. Es simplemente una injusticia procesal.

Hemos visto casos en los que incluso se le niega a una parte procesal recurrir en casación por no alcanzar el límite mínimo de cuantía para ello, al haber tomado una tasa cambiaria que luego no es la que se toma en el proceso para calcular el monto a pagar pues se toma una tasa cambiaria mucho mayor, que de haberse usado para atribuir o no acceso a casación, se hubiera otorgado la posibilidad de recurrir.

Ha habido variables para los cambios de criterio en cuanto a accesibilidad al recurso de casación, y cómo deben aplicarse los criterios en la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia con respecto a la cuantía para acceder a casación. Podemos ver que en el transcurso del tiempo se tomaba en cuenta la cuantía al momento del anuncio del recurso de casación y no la cuantía al momento de la demanda (sobre todo cuando debe calcularse una tasa cambiaria fluctuante en el tiempo). En efecto, ¿pueden variar los criterios en referencia al momento determinante de la cuantía dependiendo si se está ante una pretensión que viene cuantificada en moneda extranjera, o en un proceso inflacionario desmedido que afecten el verdadero “valor” para el momento de la discusión en etapa casacional?

## **I. DE LA ESTIPULACIÓN DE MONEDA EXTRANJERA EN LOS CONTRATOS**

### **1.1. La estipulación de moneda extranjera y su legalidad o pertinencia**

Conforme a la legislación venezolana, es totalmente válido establecer obligaciones en moneda extranjera.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)<sup>1</sup>, se establece en su artículo 318, que el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda.

Y en el artículo 156 se establece:

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999

Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(. . .)

11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.

Es un desiderátum de toda nación que haya estabilidad en su economía y particularmente en su sistema monetario, y para ello debería existir una normativa y unas instituciones que cumplan con esa función. La CRBV, lo plasma de la siguiente manera:

Artículo 320 El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social.

El ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela contribuirán a la armonización de la política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos. En el ejercicio de sus funciones; el Banco Central de Venezuela no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias.

Tal como lo ha señalado el reputado jurista Allan Brewer Carías, esta regulación se hacía antes con dos textos normativos, a saber, la Ley de Monedas y la Ley del Banco Central de Venezuela, más sin embargo, en el año 1974 con la reforma de esta última, se modificaron las normativas del sistema monetario, refundiéndose en esta última, derogándose la primera.<sup>2</sup>

Luego, lo primero que hay que decir es que conforme al Artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela<sup>3</sup>, institución con dicha función, se establece:

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

Aunque es un poco infeliz la redacción por los confusos términos “cancelan” y “lugar de la fecha”, se entiende que puede pactarse que se paga en moneda extranjera. Así, pudiera afirmarse que en Venezuela las obligaciones expresadas en moneda extranjera se presumen, salvo convenio en contrario, como obligaciones en moneda de

---

<sup>2</sup> Al respecto, ver Brewer Carías, Allan R. 1983. Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda, *Revista de Derecho Público* No. 13.

<sup>3</sup> Gaceta Oficial Extraordinaria N° 39.429 de fecha 07 de mayo de 2010

**José Armando Sosa**

cuenta. De ese modo, el deudor siempre se libera entregando a su acreedor el equivalente de la moneda extranjera, en moneda de curso legal para la fecha del pago.

En un sentido similar, el artículo 449 del Código de Comercio<sup>4</sup> establece que:

Siempre que se estipule que una letra de cambio ha de ser pagada en una clase de moneda que no tenga curso en el lugar de pago, la cantidad de la misma puede ser pagada teniendo en cuenta su valor el día en que el pago sea exigible, en la moneda del a menos que el librador haya estipulado que el pago deberá realizarse en la moneda indicada

Por lo que, el ordenamiento jurídico parece adoptar la denominada regla del lugar del pago, la cual se extiende a permitir que el deudor escoja entre pagar la obligación en moneda extranjera o en la moneda de curso legal del lugar de pago.

Por otro lado, está establecido en el Numeral 14 del artículo 13 de la Providencia Administrativa N° 0007112 emanada del SENIAT que establece las *Normas Generales de Emisión de Factura y Otros Documentos*<sup>5</sup>.

Todo ello pareciera ser coherente con lo recientemente anunciado en relación a los créditos de la banca comercial, que deben ser anclados a dólar de los Estados Unidos de América.

En efecto, se ha establecido que la cartera de créditos comerciales en moneda nacional de la banca pasará a ser cobrada al tipo de cambio oficial establecido por el Banco Central de Venezuela, según la resolución del ente emisor publicada este 21 de octubre en Gaceta Oficial 41.742.

La nueva disposición establece que dichos créditos deben ser expresados únicamente mediante el uso de la Unidad de Valor de Crédito Comercial (Uvcc), que resulta de “*dividir el monto en bolívares a ser liquidado del crédito otorgado entre el Índice de Inversión vigente para dicha fecha*”, éste último determinado por el Banco Central de Venezuela (BCV) en función de la variación del tipo de cambio publicado en su página web.

---

<sup>4</sup> Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Ext 21 de diciembre de 1955.

<sup>5</sup> Este es el enlace directo a la página del SENIAT donde se puede ver la providencia [http://declaraciones.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR\\_CONTENTIDO\\_SENIAT/01NOTICIAS/00IMAGENES/GACETAOFICIAL39795.pdf](http://declaraciones.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENTIDO_SENIAT/01NOTICIAS/00IMAGENES/GACETAOFICIAL39795.pdf)

**José Armando Sosa**

El Banco Central de Venezuela publicó en la Gaceta Oficial 41.742, correspondiente al 21 de octubre de 2019, una resolución que afecta a los créditos comerciales: la categoría que abarca dos tercios del total de préstamos porque, entre otros ámbitos, incluye el financiamiento al comercio y los créditos de corto plazo a empresas o particulares. La medida del Banco Central entró en vigencia el 28 de octubre 2019 y relaciona lo que las empresas y los particulares deberán pagar a la banca por los créditos comerciales que se otorguen a partir de esa fecha, con la fluctuación que tenga el "*tipo de cambio de referencia del mercado*" según dice al final del segundo párrafo del artículo 1. No se refiere al dólar o divisa alguna y tampoco al Petro.

No se explica cómo se calcula, pero según los entendidos, la Unidad de Valor de Crédito Comercial (UVCC), y la valoración de estas unidades se medirá a través de un índice de inversión (IDI), el cual se establecerá en bolívares ajustados de acuerdo con la variación de la tasa de cambio promedio en dólares de los Estados Unidos de América o la moneda con más valor de las mesas de cambio.

Para relacionar los créditos comerciales con la fluctuación del tipo de cambio el Banco Central publicará diariamente el Índice de Inversión, un indicador que aumentará en proporción a como lo haga el precio del dólar. El Índice se formará tras dividir el tipo de cambio del día entre un valor base y multiplicarlo por cien. La meta principal según el BCV, es frenar el ascenso del precio del dólar en el mercado paralelo y detener la inflación. No obstante, recordemos que desde la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos del 19 de febrero de 2014, son legales las operaciones del mercado paralelo de divisas, pues en el artículo 9, establecía, por igual, que "*las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por*" –entre otras– "*Personas naturales y jurídicas del sector privado*".

En materia de contrataciones relativas a inmuebles, se ha anunciado el pasado 6 de noviembre 2019 que se ordenó al Servicio Autónomo de Registros y Notarías (Saren) habilitar todas sus oficinas para que la compra y venta de todo tipo de inmuebles también

**José Armando Sosa**

sea mediante la moneda virtual creada por su gestión, el Petro (símbolo:  $\square$ ; abreviatura: PTR).<sup>6</sup>

Al respecto indicó en confusos mensajes que todas las transacciones de venta y compra de propiedades y vehículos en dólares, que se calificó de ilegales, podrán hacerse de forma legal mediante el SAREN. El ambiente es ambiguo pues dice que son ilegales cuando las normas dicen que sí son legales las operaciones en moneda extranjera, solo que hay la postura en los funcionarios registrales y notariales según quienes en materia de inmuebles y vehículos no se puede pactar en moneda extranjera. De hecho, en registros y notarías aún no lo permiten.

No hay mención alguna de derogatoria de leyes especiales inmobiliarias que prohíben operaciones en moneda extranjera, pero leyes cambiarias posteriores lo han permitido en forma general y debería entenderse que derogan las normas anteriores. Se escudan en que, al estar esas prohibiciones en leyes especiales, deben estar derogadas formalmente.

Estimamos que es una forma de anclar las transacciones comerciales e inmobiliarias, a monedas extranjeras, pero de forma indirecta y disimulada. Lo asumimos como una aceptación de que los precios de las transacciones deben sincerarse y plasmar efectivamente los valores reales que hoy en día aparecen de forma nominal en los documentos, pero que, en un altísimo porcentaje, por no decir su totalidad, no son fidedignos con la veracidad de la operación inmobiliaria.

En efecto, la gran mayoría de las operaciones inmobiliarias que constan en registros públicos contienen precios falsos, pues la realidad se sustenta realmente en un contradocumento privado, de conformidad con el Artículo 1.362 del Código Civil Venezolano relativo a que los instrumentos privados, hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumento público, no producen efecto sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se los puede oponer a terceros. Ello es totalmente permitido y usualmente las partes reconocen que la causa y motivación que ha generado

---

<sup>6</sup> <http://www.bcv.org.ve/notas-de-prensa/desde-este-lunes-se-pueden-comprar-y-vender-inmuebles-en-petros>. Acceso el 28 de noviembre de 2021.

**José Armando Sosa**

la existencia de ambos documentos ha sido de total buena fe, en apego a la ley y con la intención de beneficiar y proteger el patrimonio de ambos.

Lo que hacen es informar al registro o notaría pública con montos y formas de pago que no son los realmente utilizados, al estarse haciendo realmente con moneda extranjera, por ser más confiable y segura.

Lo importante acá es que para que el pago sea liberatorio, debe ser justo y atenderse al criterio *valorista* y no *nominalista* del monto de la obligación. Así lo ha establecido el mismo Tribunal Supremo de Justicia.<sup>7</sup>

## **1.2. La estipulación de moneda extranjera como moneda de cuenta y mecanismo de referencia de actualización del valor. Trámites administrativos, multas y cuantías de procesos judiciales.**

Es así como, en una economía con necesidad de una moneda estable, que respalde la seguridad de los contratantes en el equilibrio contractual, es muy usada la práctica de someter los valores de los contratos a una referencia segura, constante y que sirva de mecanismo de actualización de valores. De esta manera, más allá de la costumbre de la estipulación de monedas contractuales en determinados signos monetarios reconocidos internacionalmente en el comercio (Dólar de los Estados Unidos de América USD, Yuan chino CNY entre otros<sup>8</sup>), es sumamente utilizada la moneda extranjera internamente en distintos países con inflaciones importantes en el sistema económico.

Es claro que en una obligación en la cual se utilice el muy usado signo monetario dólar de los Estados Unidos de América (USD), por ejemplo, debe aplicarse el interés de dicho signo monetario, aunque la deuda sea pagadera en Venezuela, y después aplicar la normativa local referida al cálculo de dicho monto conforme a la tasa cambiaria vigente al momento del pago.

---

<sup>7</sup> STC de fecha 03-07-2017 de la Sala de Casación Civil de este máximo tribunal, en el Exp. AA20-C-2016-000594, Caso C.N.A SEGUROS LA PREVISORA

<sup>8</sup> <http://www.bcv.org.ve/currency-iso-4217> Acceso el 28 de noviembre de 2021. El ISO 4217 es un estándar internacional publicado por la ISO con el objetivo de definir códigos de tres letras para todas las divisas del mundo. Esto elimina las confusiones causadas por algunos nombres de divisas como dólar, franco, peso o libra, que son utilizados en numerosos países, pero tienen tipos de cambio muy diferentes. Las dos primeras letras del código son las dos letras del código del país de la divisa según el estándar ISO 3166-1 y la tercera es normalmente la inicial de la divisa en sí.

**José Armando Sosa**

En consecuencia, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que, en los convenios pactados en moneda extranjera, las obligaciones sean cumplidas con la entrega de lo equivalente en bolívares, salvo pacto en contrario. Es decir, en principio la Ley del Banco Central de Venezuela al referirse a pagos en moneda extranjera, está regulando los pagos en una moneda diferente al bolívar.

Es común en una economía inflacionaria que se solicite una actualización del valor o poder adquisitivo que tenía la obligación para la fecha de la contratación y asumirlo como el valor a pagar ahora, independientemente del monto nominal de la obligación.

Otro asunto es el planteado cuando estamos ante una obligación que ya fue pactada en moneda extranjera y la discusión sobre si sólo es pagadera en ese signo monetario o puede pagarse ese valor en moneda local. Por lo que, debe distinguirse cuando la obligación en divisa está expresada en moneda de cuenta o como moneda de pago. En el caso de la moneda de cuenta, la moneda extranjera funciona como un modo referencial del valor de las obligaciones asumidas en un momento determinado, en el caso de la moneda de pago, la moneda extranjera se fija como moneda efectiva y exclusiva de pago.

Pues resulta que como ha dicho el máximo tribunal, se autoriza que personas puedan realizar operaciones de compra y venta en moneda nacional, de divisas en efectivo así como de títulos valores denominados en moneda extranjera, pero con la advertencia de que ello sería así, "*mientras no medie convención especial en contrario, el deudor se liberará entregando el equivalente de la moneda de cuenta, a la tasa oficial aplicable en el lugar de la fecha de pago, lo cual hace improcedente la indexación sobre las cantidades debidas*".

Ello es a estas alturas un antecedente jurisprudencial, sentado por la Sala de Casación Civil (SCCTSJ) en sentencia N° 602, del 29 de octubre de 2009 (caso: *MOTORVENCA c/ Banco de Venezuela, S.A.*) que fue sentencia líder del criterio en su momento.



**José Armando Sosa**

Ello luego fue modificado y se estableció en sentencia del 2 de noviembre de 2011<sup>9</sup>, con ponencia de la Magistrado Carmen Zuleta De Merchán, y la Sala Constitucional (SC) estableció que el pago de las obligaciones contraídas en moneda extranjera debe hacerse en Bolívares, en el monto equivalente conforme a la tasa de cambio oficial al momento del pago (si es pagadero en Venezuela). Es decir que, si se desea establecer que el pago de la obligación sea en moneda extranjera, de manera exclusiva y excluyente de otro signo monetario, solo puede hacerse si el pago es fuera del territorio nacional.

No obstante, ha sido vacilante el Tribunal Supremo de Justicia, pues como se evidencia de sentencia posterior en el tiempo, en el año 2016<sup>10</sup>, se ordenó al banco a pagar en moneda extranjera, acá en Venezuela.

Ver además sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPATSJ), No. 00594 del 7-6-2016 en el mismo caso, que dejó atrás posibilidad de pagar en bolívares.

Otra característica que se puede denotar en el quehacer diario venezolano, es la actualización de los valores de determinados trámites administrativos<sup>11</sup>, multas y cuantías de procesos judiciales, al ser estipulados sus multas en diversas materias, tasas o costos

---

<sup>9</sup> STC del 2 de noviembre de 2011, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (TSJ), en Revisión Constitucional del caso *MOTORES VENEZOLANOS, C.A. (MOTORVENCA)*

<sup>10</sup> STC de SC del TSJ, Caso BANESCO /Alcaldía Municipio san Francisco, estado Zulia, No. 1188 el 15-10-2016

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, que el Ministerio del Poder Popular para el Comercio, a través del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI) publicó en su página web un aviso oficial de fecha 15 de mayo de 2015, mediante el cual informa que a partir del 23 de mayo los extranjeros que deseen hacer trámites con respecto a marcas comerciales en el país deberán pagar en dólares. Las “Tasas correspondiente a renovaciones de marcas, cambios posteriores al registro tales como: cesiones, fusiones, cambios de domicilio, nombre, licencias, patentes, así como las anualidades de patentes y sus multas, se podrán realizar en moneda nacional y en dólares americanos hasta el día 22 de mayo. A partir del día siguiente hábil de la fecha indicada, todos los pagos de las tasas descritas, referentes a personas naturales y jurídicas de nacionalidad extranjera titulares o adquirentes de los derechos en cuestión, deberán realizarse única y exclusivamente en moneda extranjera (dólares americanos)”, reza el comunicado. Sin embargo, posteriormente se estableció en fecha 28/08/2019 Aviso Oficial sobre pagos tasas Petros.

**José Armando Sosa**

de trámites en unidades tributarias<sup>12</sup> o en el denominado *Petro*<sup>13</sup>. Valga acotar que existen serias observaciones en la forma en la cual fue creado el *Petro*.<sup>14</sup>

Adicionalmente, dicho *Petro* carece de formas fáciles de utilización y es una abstracción creada por un sistema que carece de confianza, por lo cual su emisión corre el mismo riesgo. Ello lo hace inaceptable para muchos.

En materia tributaria es interesante cómo se han fijado mecanismos de actualización del valor de determinadas obligaciones. Así vemos como en el Código Orgánico Tributario (COT) del año 2014, se estableció una actualización por unidades tributarias.

Sin embargo, ello fue cambiado por la constituyente en el año 2020 y se estableció por tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor:

Artículo 91. Cuando las multas establecidas en este Código estén expresadas en el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela, se utilizará el valor del tipo de cambio que estuviere vigente para el momento del pago.

Es de destacar que, según esta normativa, las multas serán valoradas en moneda extranjera y no en Unidades Tributarias, lo cual entendemos como una manifestación de

---

<sup>12</sup> Ver artículo 3 del ilegal Código Orgánico Tributario emanado del Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020: *Artículo 3: Parágrafo Tercero. Por su carácter de determinación objetiva y de simple aplicación aritmética, la Administración Tributaria Nacional reajustará el valor de la Unidad Tributaria de acuerdo con lo dispuesto en este Código. En los casos de tributos que se liquiden por períodos anuales, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente al cierre del ejercicio fiscal respectivo. Para los tributos que se liquiden por periodos distintos al anual, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente para el inicio del período.*

*La unidad tributaria solo podrá ser utilizada como unidad de medida para la determinación de los tributos nacionales cuyo control sea competencia de la Administración Tributaria Nacional, no pudiendo ser utilizada por otros órganos y entes del Poder Público para la determinación de beneficios laborales o tasas y contribuciones especiales derivadas de los servicios que prestan.*

<sup>13</sup> Ver «Página web de El Petro». Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología. Y ver Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 6.370 Extraordinario, del 9 de abril de 2018, se establecieron las bases fundamentales que permiten la creación, circulación, uso e intercambio de Criptoactivos, por parte de las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, residentes o no en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>14</sup> Juan Cristóbal Carmona Borjas, " *El Petro de Criptoactivo a Unidad de Cuenta Fluctuante ¿Dolarización encubierta?*". Acceso el 28 de noviembre de 2021. <https://es.linkedin.com/pulse/el-petro-de-criptoactivo-unidad-cuenta-fluctuante-carmona-borjas>

**José Armando Sosa**

que el mecanismo de actualización se entiende como más fidedigno o actualizado. De hecho, ello se ratifica con el siguiente artículo:

Artículo 92. Las multas establecidas en este Código, expresadas en términos porcentuales, se convertirán al equivalente al tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela que correspondan al momento de la comisión del ilícito y se cancelarán utilizando el valor de la misma que estuviere vigente para el momento del pago.

Adicionalmente, se ratifica de distintos artículos del mismo COT, que es tendencia el estipular valores en moneda extranjera para distintos asuntos y ya no en Unidades Tributarias.

Es relevante que conforme al artículo 131, ya no es necesaria la aprobación de la Asamblea Nacional, sino que es atribución de la Administración Tributaria reajustar la unidad tributaria (U.T.) previa autorización del Presidente de la República.

Fue notoria la publicación de una sentencia dictada por la SPATSIJ el 31 de octubre de 2018, en el caso *María Elena Matos, Vs. Instituto Nacional De Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.)*, en la cual se calculó una indemnización de la siguiente manera:

En razón de las consideraciones antes expuestas, esta Sala a fin de proteger el valor del monto otorgado como indemnización por daño moral, toma como base de cálculo el valor de la criptomoneda venezolana Petro; y en consecuencia, se condena al pago de la cantidad en Bolívares (Bs.) equivalente a Doscientos Sesenta y Seis Petros (266 PTR), calculada según el valor del Petro para el momento del efectivo pago. Así se decide.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Es relevante destacar que al momento de la emisión del discutido Petro, el valor era de Bs. 3.600. El 24 de agosto de 2018 la SUDEBAN instruyó a los bancos a manejar el Petro como unidad de cuenta iniciando con dicho valor de referencia. A la fecha en que esto se escribe a mediados de 2021, el valor es de Bs. 232.300.003,99. Y por si todo ello fuera poco, su valor ha sido utilizado de manera irracional y totalmente discrecional, de lo cual hay experiencias recientes cuando se anunció el 29 de noviembre de 2018 vía cadena nacional que se modificaba su valor llevándolo a Bs. 9.000. Ver <https://www.france24.com/es/20180817-maduro-salario-reconvercion-monetaria-petro> y <https://www.telesurtv.net/news/nicolas-maduro-aumento-petro-salario-venezuela-anuncios-20181129-0043.html>, Acceso el 28 de noviembre de 2021. sin saberse cómo calcularon esos parámetros para el valor del Petro. El 14 de enero de 2019 el gobierno anuncia un nuevo aumento de salario mínimo, de Bs. 4 500 a Bs. 18 000, el salario mínimo se calcula en base a "medio petro" que es el equivalente en ese momento a 36.000 bolívares y que a la fecha serían Bs. 116.150.001,5, lo cual no es ajustado a la realidad legal.

**José Armando Sosa**

Hemos visto otro caso en el cual se viola aún más la normativa y los criterios jurisprudenciales, al aplicar indexación vía cálculo de la condena de un daño moral en sentencia ya firme, al valor actual del *Petro*<sup>16</sup>.

De la misma manera, y siguiendo con los distintos ámbitos en los cuales legalmente se instauran mecanismos de actualizar valores, el establecimiento de cuantías de demandas jurisdiccionales en Unidades Tributarias para criterios de atribución de competencias<sup>17</sup> y posibilidades de recurrir en casación al establecerse que el Tribunal Supremo de Justicia conocerá y tramitará, en la Sala que corresponda, los recursos o acciones, que deban conocer de acuerdo con las leyes, cuando la cuantía exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.)<sup>18</sup>.

En sentencia de SCCTSJ del 14-8-2019, que suspendió la normativa del Código de Procedimiento Civil, vía control difuso, y estableció temporalmente un nuevo procedimiento civil oral único para todas las controversias que se tramiten ante la jurisdicción civil hasta tanto se dicte la ley procedimental que se ajuste a los postulados de la CRBV. Allí se estableció el nuevo procedimiento ordinario oral y se dijo en el punto específico de la cuantía, lo siguiente:

De igual manera el escrito libelar deberá contener la estimación de la cuantía de la demanda, de conformidad con lo previsto en la Sección I, Capítulo I, Título I, del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, a los fines de la correcta estimación de la competencia funcional por la cuantía del Órgano Jurisdiccional llamado a conocer del caso, de conformidad con lo previsto en la Resolución N° 2018-0013 de fecha 24 de octubre de 2018, emanada de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, o de cualquier otra resolución que se encuentre vigente al momento de la presentación de la demanda, y en tal sentido, a los fines de la determinación de la competencia por la cuantía, el actor deberá indicar además de las sumas en bolívares al momento de la interposición del asunto, su equivalente en unidades tributarias (U.T.) y en la Criptomoneda Venezolana distinguida con la denominación *Petro*, creada mediante Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana *Petro*, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.370 Extraordinario,

---

<sup>16</sup> Román Duque Corredor, «La ilegitimidad de la sentencia de la Sala de Casación Civil no. 81 de fecha 16 de abril de 2021 (Diosdado Cabello vs. El Nacional, c. a.), conforme el estado democrático de derecho y de justicia», en artículo de fecha 18 de abril de 2021, *El Nacional*.

<sup>17</sup> Ver artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. (Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004)

<sup>18</sup> Ver artículo 18 *Ibidem*

del 9 de abril de 2018, cuyo valor se encuentra respaldado en la canasta de commodities, constituida por los recursos naturales, tales como el petróleo, el oro, el hierro, el diamante, el coltan y el gas, conforme a lo previsto en el Whitepaper del Petro, concordado con el artículo 4 del Decreto Presidencial N° 3.196, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.146 Extraordinario, de fecha 8 de diciembre de 2017.

Creemos que ya está siendo una práctica el establecer la cuantía en los libelos, haciendo lo pautado, es decir, no limitarse a calcularla al valor actual de la Unidad Tributaria, sino actualizando en Petro, pero también, dado el caprichoso valor del mismo, calcular en base a una moneda extranjera. Por supuesto, al no estar ello regulado podrían generarse distorsiones si al momento procesal del cual se trate, pueda ser un monto distinto el valor que esas Unidades Tributarias o moneda extranjera represente en Bolívares en esa fecha posterior.

### **1.3. La estipulación de moneda extranjera como moneda de pago**

Recordemos que en sentencia del 2 de noviembre de 2011<sup>19</sup>, con ponencia de la Magistrado Carmen Zuleta De Merchán, la Sala Constitucional estableció que el pago de las obligaciones contraídas en moneda extranjera debe hacerse en Bolívares, en el monto equivalente conforme a la tasa de cambio oficial al momento del pago (si es pagadero en Venezuela). Es decir que, si se desea establecer que el pago de la obligación sea en moneda extranjera, de manera exclusiva y excluyente de otro signo monetario, solo puede hacerse si el pago es fuera del territorio nacional.

De esta manera la Sala revisó y anuló el criterio sentado por la SCCTSJ en sentencia N° 602, del 29 de octubre de 2009 (caso: *MOTORVENCA c/ Banco de Venezuela, S.A.*).

En sentencia del caso *C.A. GENERAL MOTORS VENEZOLANA*, la Sala Constitucional del 10-05-2005 estableció:

Asimismo, estima esta Sala pertinente señalar que el método llamado indexación judicial, tiene su función en el deber de restablecer la lesión que realmente sufre el valor adquisitivo de los salarios y prestaciones del

---

<sup>19</sup> STC del 2 de noviembre de 2011, en Revisión Constitucional del caso *MOTORES VENEZOLANOS, C.A. (MOTORVENCA)*

**José Armando Sosa**

trabajador por la contingencia inflacionaria, y ciertamente, como se ha expresado en numerosos fallos, siendo la inflación un hecho notorio, el efecto que produce sobre el valor adquisitivo de la moneda es un hecho que puede inferir el Juez mediante la aplicación de una máxima de experiencia.

Ahora bien, el bolívar ha estado sujeto a un gran proceso inflacionario, no así el dólar estadounidense, moneda con la que fueron calculados los conceptos ordenados a pagar en el fallo recurrido, de manera que al considerar el juzgador que tal moneda ha perdido valor adquisitivo, está infringiendo una máxima de experiencia, como lo afirman los formalizantes, y en virtud de ello esta Sala declara la procedencia de la denuncia analizada.

Veamos que en fecha 16 de octubre de 2019 se emitió sentencia por la Sala Civil<sup>20</sup>, la cual, según se esparció en las redes sociales, autorizaba el pago del canon de arrendamiento en moneda extranjera. Ello fue una mala interpretación del contenido de la sentencia, pues en ella solo se dijo que pretendía la aplicación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial (cuya vigencia es del año 2014), retroactivamente, pues para el momento en que nació el contrato de arrendamiento (año 1999), no existía control de cambio en Venezuela, por lo que la obligación pactada en moneda extranjera de mutuo acuerdo por las partes es perfectamente válida, y como consecuencia de ello, se desecha dicho argumento. Así se estableció, concluyendo que la prohibición de pactar en moneda extranjera y establecida en el artículo 17 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Regulación de Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, no era aplicable al caso *rationae tempore*.

## **II. LA ACTUALIZACIÓN DEL VALOR DE LAS OBLIGACIONES**

### **2.1. De las formas de actualizar valor de obligaciones pactadas en moneda local. Del interés y de la indexación o corrección monetaria.**

Cuando nos referimos a la actualización del valor de una obligación pactada en una moneda local o de curso legal, estamos haciendo un llamado a que el pago a ser realizado, debe satisfacer con el mismo valor al momento que se tenía al pactar la obligación.

---

<sup>20</sup> STC 16 de octubre de 2019, bajo la Ponencia de la Dra. Marisela Godoy, GRUPO EMPRESARIAL URBINA, G.E.U., C.A., contra la sociedad mercantil CENTRO CLÍNICO VISTA CALIFORNIA, C.A.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**José Armando Sosa**

Al respecto la jurisprudencia ha sido abundante en Venezuela, sobre todo a raíz de la instauración de la inflación en el país. Recordemos lo referido al principio *nominalista* y al principio *valorista* antes mencionado<sup>21</sup>:

Como se puede evidenciar, las deudas pecuniarias deben pagarse atendiendo al valor real-actual de la moneda en curso, tomando en consideración la depreciación que haya experimentado en el curso del tiempo.

Valga acotar que la misma Sala, ampliando el criterio con relación a la oportunidad para solicitar la indexación precisó, que si el proceso inflacionario surgía con posterioridad a la interposición de la demanda la misma podía ser solicitada hasta la etapa de informes, criterio que fue avalado por la SC en la sentencia N° 576 del 20 de marzo 2006, expediente N° 05-2216, caso: *Teodoro de Jesús Colasante Segovia*, en la cual además se sostuvo que la inflación constituía un hecho notorio solo cuando ha sido reconocida por los organismos económicos oficiales competentes.

También estableció la Sala lo siguiente:

La Sala abandona el criterio imperante acorde las corrientes jurídicas contemporáneas que dan preeminencia a una justicia social y establece que, los jueces podrán en aquellas demandas que se admitan a partir de la publicación del presente fallo ordenar la indexación o corrección monetaria –siempre que ésta sea procedente- de oficio en caso de que el debate judicial consista en intereses y derechos privados (con exclusión del daño moral) y, por tanto, disponibles y aun cuando el demandante no lo haya solicitado expresamente en las oportunidades procesales determinadas por la jurisprudencia. Así se decide. (subrayado nuestro)

Sin embargo, existe una discusión en la doctrina de las distintas salas del Tribunal Supremo de Justicia, pues se denota que no hay una posición única. Así por un lado tenemos que tanto la Sala Civil como la de Casación Social están de acuerdo con la procedencia de un ajuste o corrección monetaria por indexación, más los intereses de mora con carácter resarcitorio, pero que la SPATSJ en sentencia del 03 de junio de 2015, expediente número 2010-0685, caso *Instituto de Vialidad y Transporte del estado Miranda contra Seguros Pirámide, C.A.* declaró que la indexación judicial solicitada era improcedente por cuanto se había demandado igualmente los intereses.

---

<sup>21</sup> SCCTSJ, 03 de julio de 2017, Exp. AA20-C-2016-000594.

## **2.2. De las formas de actualizar valor de obligaciones pactadas en moneda extranjera, pagaderas en moneda local**

Ahora bien, cuando nos referimos la actualización del valor de una obligación cuando ha sido pactada en moneda extranjera, entran en el análisis otros factores. Tal como lo relata Otis Rodner<sup>22</sup>, el Bolívar en tiempos cercanos tenía un valor fijo.

El bolívar venezolano es una moneda libremente convertible (L.B.C. Art. 90), cuyo valor está fijado oficialmente en relación con el dólar norteamericano a razón de Bs. 4,30/US\$, vendedor y 4,2925 comprador. A su vez por tener un valor constante y oficial con el dólar, el bolívar flota con respecto a todas las monedas que flotan con relación al dólar. De aquí que el bolívar venezolano tiene una paridad fija con relación al dólar, pero tiene una paridad flexible con relación a las monedas que flotan con el dólar, entre las cuales están la libra esterlina, el marco alemán, el franco francés, el franco belga, el franco suizo, la lira italiana y el yen japonés.

Sin embargo, dadas las dinámicas económicas del país en la década de los 70 y 80, el Bolívar ha sufrido disminuciones en su valor que han afectado su estabilidad como signo monetario y, además, se ha generado una importante incidencia en el equilibrio contractual. De allí que haya cobrado cada mes más relevancia la correcta forma de actualizar valores, lo cual se ha acrecentado en tiempos recientes de hiperinflación.

Tal como lo establece el Código de Comercio, si el pago ha de realizarse en moneda que no tenga curso en el lugar de pago, la cantidad de la misma puede ser pagada teniendo en cuenta su valor el día en que el pago sea exigible, en la moneda del país. Allí se entiende que hay un valor que puede ser distinto al monto nominal inicialmente pactado. Es por ello que el actualizar a una tasa de cambio vigente en la moneda de curso legal aquella moneda extranjera, va implícito un cálculo de ajuste de su valor.

Es más, en sentencia del 13 de abril de 2015, SCCTSJ le otorga normalidad e incluso criterio de necesidad ante una economía inflacionaria, pues declaró que: “*La finalidad de pactar en moneda extranjera es que esta sirva como divisa de cuenta, pues sirve como mecanismo de ajuste del valor de la obligación para la oportunidad del pago*”.

---

<sup>22</sup> Otis Rodner, James. *Obligaciones en Moneda Extranjera*, pp. 104.



**José Armando Sosa**

Ahora bien, si nos encontramos con una discusión doctrinaria para el caso de actualización del valor de una obligación pactada en moneda de curso legal o local, pues podemos imaginar la agravada confusión de la (i) aplicabilidad o procedencia de un ajuste o corrección monetaria por indexación, más los (ii) intereses de mora con carácter resarcitorio, cuando hay que calcular un monto conforme a la (iii) tasa de cambio del signo monetario extranjero a la fecha del pago, existiendo entonces tres (3) mecanismos de actualización.

Si se quiere, es pacífico el criterio según el cual, como lo estableció por ejemplo la sentencia del 2 de noviembre de 2011, de la SC del TSJ, *el pago de las obligaciones contraídas en moneda extranjera debe hacerse en Bolívares, en el monto equivalente conforme a la tasa de cambio oficial al momento del pago.*

Sin embargo, desde sentencia de la SC del TSJ, de fecha 20/03/2006 Exp: No. 05-2216, se ha establecido que, indemnizaciones en base a un *valor de referencia o al valor de un bien*, base en el valor para el momento de la condena, no es aplicable indexación.

En este sentido, en materia de indexación la Sala en sentencia N° RC-000547, de fecha 6 de agosto de 2012, expediente N° 12-134, caso: *Empresa Smith Internacional de Venezuela, C.A., contra Empresa Pesca Barina, C.A.*, reiterada en sentencia N° 491 de fecha 5 de agosto de 2016, caso: *Grazia Tornatore De Morreale contra Zurich Seguro, S.A.*, y recientemente ratificado en sentencia de SCCTSJ del 8-5-2017, caso *Inversiones Footwear 1010*, estableció que si se ajusta la cantidad al nuevo valor de la tasa de cambio para el momento de la condena de pago, se restablece el equilibrio económico para esa oportunidad y, por ende, no podría proceder la indexación, por cuanto como -se explicó- uno excluye al otro.

### **2.3. El tipo de interés aplicable a las obligaciones con signo monetario distinto al del lugar de pago.**

En este particular tenemos que existe mucha confusión en cuanto al tipo de interés aplicable a monto de deudas u obligaciones estipuladas en moneda extranjera. De hecho, a nivel judicial, existen sentencias en las cuales se afirma que a pesar de estar plasmada la obligación en moneda extranjera, la tasa de interés aplicable es la que determina el Banco Central de Venezuela (BCV), para el signo monetario Bolívar.

**José Armando Sosa**

Tenemos la sentencia relativa al cobro de una obligación en moneda extranjera<sup>23</sup>, en la cual se dijo: *Los intereses moratorios del monto adeudado calculados a la rata del uno (1) por ciento mensual por cada día transcurrido.*

Ver, por ejemplo, sentencia reciente<sup>24</sup> en la cual se afirmó que el interés aplicable a una condena en moneda extranjera era el interés del signo monetario Bolívar, por el hecho de que estamos en Venezuela. En efecto, luego de condenar determinando que había que pagar una cantidad de dólares de los Estados Unidos de América, establece correctamente conforme a la ley que “(. . .) *deben ser convertidos a nuestra moneda nacional (Bolívares Fuertes), tal como lo establece el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela (. . .)*”.

Sin embargo, luego estableció:

En tal sentido comparte esta alzada la decisión tomada por el Tribunal A quo, que la tasa de interés aplicable al presente caso, para el cálculo de los intereses moratorios condenados de conformidad con lo establecido en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la tasa activa aplicable al supuesto a que se refiere el artículo 128 del decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras, y no la señalada por el apoderado judicial de la parte recurrente, por cuanto nos encontramos en territorio (sic.) de la República Bolivariana de Venezuela y es la legislación Venezolanas (sic.), las encargadas de regir las relaciones laborales existentes entre (sic.) las partes en el presente Juicio (sic.) Y ASI SE ESTABLECE. (subrayado nuestro)

Como se evidencia, al actualizar a fecha presente, luego ordena calcular intereses de mora del signo monetario “bolívar”.

En contrario a ello, estamos de acuerdo con lo afirmado en el ensayo denominado *Ley Aplicable a la Estipulación en Moneda Extranjera*<sup>25</sup>, en el cual se establece claramente por el reputado doctrinario James Otis Rodner, autoridad reconocida en materia del pago de obligaciones en moneda extranjera (como tantos otros, G. Kummerov, Gramcko, etc), que la tasa de interés que debe ser usada para a una obligación

---

<sup>23</sup> STC de la Sala Constitucional de TSJ, de fecha 29 de noviembre de 2019, caso de Desarrollos Corporativos DVAAC, C.A., (antes denominada Desarrollos Valle Arriba Athletic Club, C.A.), expediente N° 2019-517, en revisión constitucional de la decisión N° 219, de fecha 18 de junio de 2019, expediente N° 2016-691

<sup>24</sup> STC del 06 julio del año dos mil veintiuno (2021), dictada por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, en el expediente N° NP11-R-2021-0000014

<sup>25</sup> Otis Rodner, James. *Ley Aplicable a la Estipulación en Moneda Extranjera* <https://static1.squarespace.com/static/5e132a85019b062397248901/t/5e25c938681004796508b9a9/1579534648915/OMECapitulo4.pdf>

**José Armando Sosa**

en moneda extranjera, aplicando la “*Ley de la Moneda*” conforme a la normativa internacional de la materia que contiene los Principios Unidroit, de los cuales la República de Venezuela forma parte, es la tasa de interés del signo monetario de la obligación.

Dice el reputado autor:

El nominalismo es el principio por el cual las obligaciones pecuniarias deben cumplirse mediante la entrega de exactamente la cantidad especificada en el contrato.<sup>43</sup> Extendido a las obligaciones en moneda extranjera, el principio nominalístico sería aquél por el cual el deudor se libera entregando exactamente la cantidad prometida de unidades monetarias extranjeras. Así, un deudor venezolano que se obliga a la entrega de US\$ 100 se libera entregando precisamente la cantidad prometida (C.C.Ven., artículo 1737). El nominalismo se aplica tanto a las obligaciones en moneda de curso legal como las obligaciones en moneda extranjera. Si se aplica estrictamente el principio del nominalismo para el caso de retardos en el cumplimiento de una obligación denominada en moneda extranjera, el deudor estará obligado únicamente al pago de intereses (C.C.Ven., artículo 1277)

(...)

La regla moderna es que la ley de la moneda define la que se utiliza para los efectos de determinar las reglas para la determinación de intereses. En efecto, tradicionalmente para los efectos de fijar la tasa de interés aplicable a una obligación, la doctrina y la jurisprudencia internacional, e inclusive la jurisprudencia arbitral internacional, utilizaban la ley del contrato para los efectos de determinar qué tasa de interés se aplicaba a la obligación. Este concepto ha cambiado y actualmente los Principios Unidroit establecen la ley de la moneda de la obligación como la ley aplicable para los efectos de terminar el tipo de interés. Así, por ejemplo, en una obligación pagadera en dólares de los Estados Unidos de América, si no se ha fijado la tasa de interés para la indemnización de retardo por mora en el cumplimiento de la obligación, aunque el contrato esté sujeto a la ley venezolana, se calcularía el monto de los intereses de acuerdo con alguna norma de tasa de interés legal aplicable en Estados Unidos.

Ello viene dado porque, a decir de Rodner, el Principio Unidroit, el cual es aplicable en Venezuela<sup>26</sup>, está ratificado por el concepto general de *tasa corriente en el mercado*, consagrado en el propio Código de Comercio venezolano. En efecto, el Código de Comercio venezolano, establece que las deudas mercantiles de sumas de dinero devengan de pleno derecho interés corriente en el mercado (C.Com.Ven., artículo 108).

---

<sup>26</sup> <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> Acceso el 28 de noviembre de 2021.

**José Armando Sosa**

La disposición del artículo 108 del Código de Comercio debe leerse como en el mercado *para la moneda en la cual está denominada la obligación.*

A nuestro entender es claro que en una obligación en dólares de los Estados Unidos de América (US\$), o cualquier otra divisa, debe aplicarse la tasa de interés de dicho signo monetario, aunque la deuda sea pagadera en Venezuela, y después aplicar la normativa local referida al cálculo de dicho monto conforme a la tasa cambiaria vigente al momento del pago. No se pueden aplicar instituciones y porcentajes que informan y son parte de la moneda de la obligación, como medio de cambio, depósito de valor y unidad de cuenta, a una moneda distinta. En efecto, difieren en su concepción, su distinta valoración, nominaciones, efectos de intereses aplicables, cantidad de masa monetaria, capacidad de ahorro y sistema de pagos.

De hecho, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela signada con el número 41.179 de fecha 23 de junio de 2017, fue publicada resolución 17-06-02 por el Banco Central de Venezuela mediante la cual se regulan los *Intereses en Moneda Extranjera*, se establece y reconoce que sin perjuicio de la imposición de las sanciones a que haya lugar, las instituciones bancarias del sector privado autorizadas por la normativa prudencial dictada por el Banco Central de Venezuela, para mantener en sus cuentas de corresponsalía las captaciones en moneda extranjera recibidas de sus clientes en el marco de lo establecido en los Convenios Cambiarios números 20 y 31, de fechas 14 de junio de 2012 y 20 de noviembre de 2014, respectivamente, que presenten en las cuentas a la vista de sus bancos corresponsales saldos inferiores a las referidas captaciones, deberán pagar al Banco Central de Venezuela, en Dólares de los Estados Unidos de América, una tasa de interés anual resultante de sumar cuatro (4) puntos porcentuales a la tasa PRIME sobre el monto deficitario. La referida tasa de interés será devengada por cada uno de los días que dure el incumplimiento (artículo 1).

La tasa *prime rate*, en otras palabras, es aquella que las entidades financieras cobran a sus deudores con mejor historial crediticio y/o que representan una probabilidad muy baja de impago<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> <https://economipedia.com/definiciones/prime-rate.html>

**José Armando Sosa**

En Argentina por ejemplo, se ha establecido por sentencia<sup>28</sup>, que la tasa de interés anual aplicable a una deuda en dólares estadounidenses no debe superar el 8% en concepto de intereses compensatorios, ni el 4% en concepto de intereses punitivos, (llegó a conocimiento del juzgador un contrato de mutuo en dólares estadounidenses donde se había acordado las tasas de interés aplicables a la deuda.) El acreedor reclamó judicialmente el cobro de la suma adeudada y el juez de primera instancia, al resolver el caso, limitó las tasas de interés que habían sido pactadas en el contrato.

### **III. LOS MECANISMOS DE ACTUALIZACIÓN DEL VALOR EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES**

#### **3.1. El régimen general de la actualización del valor en sede judicial.**

De conformidad con el derecho sustantivo y adjetivo, al establecerse una pretensión ante el tribunal con la debida jurisdicción y competencia, se debe ceñir la sentencia o laudo a los límites de lo pretendido, en acatamiento al principio de congruencia de la decisión.

Establece el Código Civil venezolano en su artículo 1.264 que *las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención.* Adicionalmente tenemos el artículo 1.737 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato.

En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda antes de que esté vencido el término del pago, el deudor debe devolver la cantidad dada en préstamo, y no está obligado a devolverla sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago...

A los efectos del valor de lo debido, es fundamental lo establecido en el artículo 1.738:

---

<sup>28</sup> STC de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil “Cámara”, en los autos caratulados “Poliak, Raúl Ignacio c/ Goldsztein, Ana y Otro s/ Ejecución” (Expediente N° 70218/2015),

**José Armando Sosa**

La regla del artículo precedente no rige cuando se han dado en préstamo monedas de oro o plata determinadas, y se ha estipulado que la restitución se haga en la misma especie de moneda y en igual cantidad.

Si el valor intrínseco de las monedas se ha alterado, si no se pueden encontrar aquellas monedas, o si se las ha puesto fuera de circulación, se devolverá el equivalente del valor intrínseco que tenían las monedas en la época del préstamo.

Lo procedente, es pagar con el *justo valor*, tal como lo ha denominado la jurisprudencia y ello puede ser incluso decretado de oficio por el juez. En efecto, la norma antes transcrita, contiene el principio nominalista, el cual establece la entrega de valor monetario numéricamente expresado para la acreencia, antes que el pago en dinero del valor ajustado (justo) que resulte de la inflación existente para el momento del pago. Ello ha sido superado en la misma sentencia<sup>29</sup> en la cual se estableció como vimos supra que la indexación podía ser solicitada hasta la etapa de informes, pues allí también se dijo:

Resulta lesivo que durante la época inflacionaria impere el artículo 1.737 del Código Civil, el cual establece la entrega de valor monetario numéricamente expresado para la acreencia, antes que el pago en dinero del valor ajustado (justo) que resulte de la inflación existente para el momento del pago

En primer lugar, debemos decir, tal como lo expresa la Dra. Irma Lovera de Sola<sup>30</sup>, que en sentencia RC 252<sup>31</sup> en el expediente 08-707, del 8 de mayo de 2009 de la SCCTSJ quedó establecida como fecha de inicio del cálculo de la inflación y consecuente indexación, la admisión de la demanda, con lo cual, si el ajuste monetario de la suma demandada había sido pedido en la demanda y si la sentencia era favorable al demandante, debía calcularse ese ajuste desde esa fecha y no desde el momento de la constitución en mora del deudor y aunque esto mermaba la acreencia e inducía al acreedor a demandar lo más pronto posible sin dar tiempo a negociaciones entre las partes, era un avance en el reconocimiento de la existencia e importancia de la inflación.

---

<sup>29</sup> SC Tsj, en STC N° 576 del 20 de marzo 2006, expediente N° 05-2216, caso: *Teodoro de Jesús Colasante Segovia*

<sup>30</sup> Irma Lovera De Sola. La indexación judicial. La inflación y las STCs. <https://vlexvenezuela.com/vid/indexacion-judicial-inflacion-sentencias-845754101>

<sup>31</sup> RC-252, STC de 8 de mayo de 2009, Exp. AA20-C-2008-000707. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC.00252-8509-2009-08-707.HTML>

**José Armando Sosa**

Más recientemente, en el año 2013<sup>32</sup>, la SC precisó que la indexación deberá aplicarse únicamente sobre el capital adeudado y no sobre sus intereses, y que el plazo para ese cálculo deberá ser aquel que transcurre desde la admisión de la demanda hasta el día en que quede firme el fallo de la alzada en la causa principal y que no debían incluirse los períodos de vacaciones judiciales ni las huelgas del Poder Judicial.

### **3.2. La actualización de medidas cautelares por actualización del valor de la pretensión.**

Como es sabido, conforme al artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, las medidas preventivas las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

De la misma manera, conforme al artículo 588 podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida típica que hubiere decretado (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar).

Por supuesto existe todo un régimen cautelar por caucionamiento, para decretar las medidas cuando no se cumplan los extremos de ley y en contrapartida, la posibilidad también de suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590.

Dicho artículo 589 establece que no se decretará el embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, o deberán suspenderse si estuvieren ya decretadas, si la parte contra quien se hayan pedido o decretado, diere caución o garantía suficiente de las establecidas en el artículo siguiente.

Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se abrirá una articulación por cuatro días y se decidirá en los dos días siguientes a ésta. Este mecanismo también se

---

<sup>32</sup> STC N° 714 del 12-6-2013, Exp 12-0348. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/714-12613-2013-12-0348.HTML>.

**José Armando Sosa**

utiliza para el caso de objetar la eficacia o suficiencia de la caución otorgada para que se decretara la medida.

En contrapartida, tenemos que, conforme al principio procesal en materia cautelar denominado de la *Variabilidad*, las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. De esta manera, las medidas cautelares se podrán reducir o aumentar, se sustituirán los bienes afectos, hasta mantener adecuado su efecto asegurativo a las exigencias de la sentencia definitiva.

Pues bien, si por alguna razón económica o de cambios en la estructura monetaria de una nación, nos encontrásemos ante una variación que afecte la cautela decretada en un proceso, es totalmente entendible que se deba ajustar la cuantificación de la misma. En efecto, ante una imposibilidad total o parcial para cumplir con el desarrollo de una contratación, por causa extraña no imputable, o por distorsión de la economía regional o nacional, puede ocasionarse una *Lesión Mayor* a una de las partes, y ello puede ocurrir durante un proceso judicial.

Consideramos prudente y necesario que se replanteen los términos de las cautelas cuando por algún cambio relacionado con el signo monetario, haga necesario una actualización de las medidas cautelares, para el desarrollo de un sano proceso.

Según sentencia N° 135 de fecha 12 de marzo de 2014, la SC del TSJ, caso: *Juan Ernesto Garantón Hernández contra Alcaldes del Municipio Baruta y El Hatillo*, la tutela cautelar es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, supuesto fundamental del proceso que conlleva a un fin preventivo de modo explícito y directo, de carácter instrumental, pues, no constituye un fin en sí misma al estar pre ordenada a una ulterior decisión definitiva, funge de tutela mediata y salvaguarda la función jurisdiccional, de allí su necesaria idoneidad o suficiencia, de manera que el ajuste o ampliación de la medida preventiva según las circunstancias de hecho es posible en el ordenamiento jurídico venezolano.



**José Armando Sosa**

Tenemos la reciente sentencia en la cual se hizo un ajuste de una medida cautelar, derivado específicamente del valor de la moneda extranjera involucrada. En efecto, mediante sentencia N° 832 de fecha 19 de junio de 2015, el Juzgado de Sustanciación de la Sala de Casación Social Accidental, amplió la medida preventiva de embargo decretada sobre bienes muebles propiedad de las demandadas Despacho de Abogados miembros de *NORTON ROSE FULBRIGHT, S.C.*, *NORTON ROSE FULBRIGHT, L.L.P.* y *NORTON ROSE FULBRIGHT, E.L.P.*, en la cual dispuso:

Mediante sentencia N° 832 de fecha 19 de junio de 2015, este Juzgado de Sustanciación de la Sala de Casación Social Accidental, amplió la medida preventiva de embargo decretada sobre bienes muebles propiedad de las demandadas

SEGUNDO: SE DECRETA EL AJUSTE DE LA MEDIDA DE EMBARGO, en consecuencia, SE DECRETA EL EMBARGO de bienes muebles propiedad de las demandadas Despacho de Abogados miembros de *NORTON ROSE FULBRIGHT, S.C.*, *NORTON ROSE FULBRIGHT, L.L.P.* y *NORTON ROSE FULBRIGHT, E.L.P.*, hasta por el doble del monto demandado, (...). En consecuencia, la presente medida decretada debe ejecutarse por la diferencia entre el monto afianzado de cinco millones setenta y ocho mil seiscientos ochenta y seis bolívares con treinta y siete céntimos (Bs. 5.078.686,37) y el monto de doscientos siete millones ciento sesenta y dos mil ciento cincuenta y siete bolívares con diecisiete céntimos (Bs. 207.162.157,17).

En materialización de ello se decidió:

PRIMERO: Por cuanto el monto de la demanda fue estimado en la cantidad cuatrocientos cincuenta y cuatro mil doscientos sesenta y cinco dólares con treinta y tres centavos de los Estados Unidos de América (US\$ 454.265,33); que desde el 10 de marzo de 2016, rige el Convenio Cambiario N° 35, en el cual se indica que el tipo de cambio que regirá para las obligaciones no señaladas en el régimen especial será el tipo de cambio complementario flotante de mercado, de conformidad con lo previsto en el artículo 13; visto que la tasa de cambio publicada por el Banco Central de Venezuela determinada de conformidad con el artículo 24 del Convenio Cambiario N° 33, en concordancia con el artículo 17 del Convenio Cambiario N° 35 del 9 de marzo de 2016, al 13 de marzo de 2017, fue de Bs./USD de 703,1569 por dólar de los Estados Unidos de América, se calcula el monto de la demanda en la cantidad de trescientos diecinueve millones cuatrocientos diecinueve mil ochocientos un bolívares con veintidós céntimos (Bs. 319.419.801,22).

**José Armando Sosa**

En sentencia del 18 de diciembre de 2006<sup>33</sup>, la SCCTSJ estableció ciertas pautas relacionadas con el otorgamiento de la indexación por vía judicial. Allí se estableció:

Al respecto, resulta pertinente realizar algunas consideraciones previas, comenzando por los conceptos de corrección monetaria e indexación judicial, usualmente utilizados indistintamente en el mundo jurídico, pero, entre los cuales existe una diferencia fundamental, cual es, que la primera está consagrada legalmente mientras que la segunda sólo es aplicable en el ámbito judicial.

Ya desde esa fecha, se venía discutiendo la tramitación judicial de la indexación o corrección monetaria, o ajuste por inflación como también se le llama. Es interesante que se diferencia la *corrección monetaria* de la *indexación judicial*, pues *la primera está consagrada legalmente mientras que la segunda sólo es aplicable en el ámbito judicial*.

Ello ha tenido una evolución que ha ido desde su total inadmisión en virtud del principio nominalista ya citado en el artículo 1737 del Código Civil, pasando por la posibilidad de que sea admitido y otorgado en materia de orden público, estableciéndolo de oficio, y en sede ordinaria civil, si era solicitado en el libelo, o como vimos, en un avance jurisprudencial en la sentencia N° 576 del 20 de marzo 2006, expediente N° 05-2216, caso: *Teodoro de Jesús Colasante Segovia*, si era solicitado hasta el acto de informes.

Es así como, a pesar del avance en su reconocimiento y necesidad en el proceso, sólo se aceptó desde el inicio de la demanda y no el tiempo que pudiese haber transcurrido antes.

Ahora hemos dado un paso más adelante pues en sentencia N° 13 del 04 de marzo de 2021, la SCCTSJ, en caso *Roger Francisco De Brito Herrera, Vs. Chun Wing Fung Chan y Pung Koung Fung*, reiteró lo establecido en sentencia número 517 de fecha 8 de noviembre de 2018, caso: *Nieves Del Socorro Pérez de Agudo, contra Luís Carlos Lara Rangel*, en el sentido de que todos los jueces de la República están obligados a ordenar de oficio la indexación judicial, independientemente de que haya sido solicitado o no en el juicio. Al respecto, se sostuvo lo siguiente:

---

<sup>33</sup> STC de la Sala de Casación Civil TSJ, del 18 de diciembre de 2006, Caso *María De La Salud Baragaño Vallina*, RC N° AA20-C-2005-000613

De la anterior denuncia deduce esta Sala que el recurrente, le endosa al juez de alzada haber incurrido en la violación del debido proceso por haber conocido de un recurso de apelación contra el decreto de intimación que excluyó la indexación, cuando éste ya había adquirido fuerza de cosa juzgada por la falta de apelación del demandante en su momento, por lo que no podía el juzgador de alzada ordenar “subrepticamente” que se incluya en ejecución un monto adicional que estaba exonerado del pago por la falta de apelación del intimante de aquel decreto intimatorio, vulnerando lo establecido en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil y que ello constituye un atentado a la seguridad jurídica y a la confianza legítima.

(...)

Conforme a estos criterios jurisprudenciales, esta Máxima Instancia tiene claro que es posible que en el estado de ejecución de sentencias, el efectivo pago de lo adeudado y condenado a pagar al deudor moroso no se materialice en el lapso establecido en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, y que además dicho proceso se alargue por mucho tiempo, al tener que decretarse la ejecución forzosa y todos los trámites que ello implica, por lo que en esta última etapa es innegable que una de las realidades más graves que enfrenta el juez y principalmente el acreedor es que el deudor opone todo tipo de resistencia a cumplir con la obligación condenada, con el fin de que el transcurso del tiempo obre en beneficio de sus intereses económicos sin que el juez pueda intervenir para proteger el derecho de quien ha obtenido una resolución favorable; por lo que el juez está facultado para ordenar la realización de nuevas experticias complementarias para el cálculo de la indexación que se cause producto del tiempo transcurrido desde el decreto de ejecución forzosa hasta el pago definitivo, en otras palabras, ordenará nueva indexación sobre el monto condenado durante el procedimiento de ejecución forzosa, excluyendo de dicho cálculo, los lapsos sobre los cuales la causa se hubiese paralizado por acuerdo entre las partes, hechos fortuitos o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales y huelga de funcionarios tribunalicios y tomando como base los índices inflacionarios correspondientes fijados por el Banco Central de Venezuela.

Por otro lado, hay que recordar la aplicación del principio de *expectativa plausible* para el uso en el tiempo de dicho criterio jurisprudencial. Veamos sentencia reciente de la SCCTSJ, del 20 de agosto de 2021, Caso *Yusmari José Landaeta Sumoza, vs. Mercantil, C.A., Banco Universal* en la cual se estableció:

De igual manera, verifica esta Sala la disconformidad de la demandante formalizante en lo referente al no decreto de la corrección monetaria sobre los montos condenados en la sentencia de alzada, en la aclaratoria del fallo de fecha 23 de mayo de 2018, dictada el día 6 de julio de 2018, sin embargo se observa que para las fechas en que fue dictada la sentencia de la alzada así como su aclaratoria, no se encontraba vigente el criterio establecido por esta Sala de Casación Civil en sentencia N° RC-517 de fecha 8 de noviembre

**José Armando Sosa**

de 2018, caso: Nieves del Socorro Pérez de Agudo contra Luís Carlos Lara Rangel, expediente N° 2017-619, en el cual se decretó el “CAMBIO DE DOCTRINA EN TORNO A LA INDEXACIÓN JUDICIAL” en materia civil, con efectos ex nunc, vale decir, a futuro y a partir de la publicación de la sentencia.

En virtud de lo antes señalado, por cuanto para la fecha en que fue dictada la sentencia objeto del presente recurso extraordinario de casación, así como su aclaratoria, no se encontraba vigente el antes referido criterio, y al tener la presente demanda un carácter mercantil netamente privado, en el cual no se está ventilando acción alguna en el que prive el criterio de orden público, efectivamente no le era dado al juez en el caso de marras el ordenar de oficio la corrección monetaria, por lo cual no verifica esta Sala que se haya producido un agravio a la demandante recurrente, en virtud de lo cual carece de la legitimación necesaria para anunciar y formalizar el recurso extraordinario de casación.

Ello a nuestro entender, contradice el criterio que ya existía mucho antes según fue avalado por la SC del TSJ en la sentencia N° 576 del 20 de marzo 2006, expediente N° 05-2216, caso: *Teodoro de Jesús Colasante Segovia*, que hemos mencionado *ut supra* en 2.1.

### **3.3. La aplicación de intereses de mora a la obligación en sentencias definitivas judiciales, dependiendo de la materia**

En materia de intereses, no parece estar clara la doctrina ni la jurisprudencia, al punto de que han sido necesarias sentencias para dilucidar el estado actual de su regulación.

Como hemos mencionado antes, en una economía tan cambiante existe la necesidad de actualizar el valor del monto y para ello puede haber varios mecanismos. Tal como el caso argentino en el cual no hay tasa legal y queda a convenio de las partes, sin embargo, hay actuaciones posibles del tribunal a fin de hacer más justo el pago y reducir las tasas, sobre todo cuando hay *abusividad*.

Adicionalmente, puede haber ciertas consideraciones relativas a la materia de la cual se trate pues puede darse el caso, a nuestro entender errado ya que el valor del dinero y las obligaciones es el mismo independientemente de la persona o la materia involucrada, que se niegue actualización al valor de la deuda.

**José Armando Sosa**

Así tenemos por ejemplo que la SCCTSJ, recientemente ha señalado los parámetros que deberán ser tomados en cuenta por los jurisdicentes al momento de hacer la condena de los intereses moratorios e indexación previstos constitucional y legalmente, y que constituyen la nueva *Doctrina Jurisprudencial* de la Sala, a ser aplicada tanto en los procedimientos iniciados bajo el iter procesal consagrado en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, como en los iniciados o que se inicien en lo sucesivo bajo el vigente régimen adjetivo laboral. En particular, mediante Decisión No. 1841 de fecha 11 de noviembre del 2008 (Caso: *José Surita contra Maldifassi & Cia, C.A*) y señaló que no puede aplicarse la corrección monetaria en el procedimiento de estabilidad.

Por otro lado tenemos que en diversas sentencias relacionadas con competencia funcional, se ha venido argumentando que, con relación a la solicitud de corrección monetaria, la jurisprudencia contencioso administrativa ha establecido que en materia de funcionarios públicos no es posible condenar al pago de los intereses moratorios y adicionalmente de la corrección monetaria, por el carácter *sui generis* que comportan las relaciones de la Administración Pública y sus empleados y que ordenar simultáneamente la corrección monetaria del pago requerido y el pago de los intereses moratorios generados implicaría una doble indemnización, razón por la cual tal petición debe ser desestimada<sup>34</sup>.

Igualmente, en diversos casos se ha aplicado el criterio según el cual, ante la solicitud del querellante referida a la corrección monetaria de las cantidades relacionadas con el pago de prestaciones sociales así indexación monetaria que ha incurrido la administración en el pago de dichas cantidades, se decide que la misma no es procedente ya que las deudas referidas a los funcionarios públicos como consecuencia de una relación de empleo público no son susceptibles de ser indexadas, en razón de que éstos mantienen un régimen estatutario en el cual no existe un dispositivo legal que ordene la corrección monetaria, tal como se desprende de la sentencia emanada de la Corte Segunda de lo

---

<sup>34</sup> STC del Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, en Puerto Ordaz, a los veintidós (22) días del mes de mayo de dos mil doce (2012)

**José Armando Sosa**

Contencioso Administrativo, N° 2006-2314, de fecha 18 de julio de 2006, caso: *Antonio Ramón Urbina*.

No obstante, ver la sentencia SC del TSJ, de fecha 14 de mayo de 2014, *Caso Mayerling Del Carmen Castellanos Zarraga*, Exp N°:14-0218, en la cual se decidió lo siguiente:

Asimismo, esta Sala considera que la negativa a aplicar la indexación monetaria en el ámbito de la Función Pública, en virtud que los conceptos que se ordenan cancelar derivan de una relación estatutaria, no siendo éstos susceptibles de ser indexados por ser una deuda de valor, en el cual, además, no existe un dispositivo legal que ordene la corrección monetaria, no puede ser justificación para no ser aplicada a los funcionarios, por cuanto dicha indexación es la consecuencia de un hecho: pérdida del valor adquisitivo de la moneda en el tiempo y el objetivo de ésta es alcanzar el mayor grado de justicia social posible, garantizar un nivel de vida digna para todos por igual, promover el trabajo como el medio más idóneo para el desarrollo de los individuos y de sus familiares.

Con ello, se anula el criterio de las Cortes de lo Contencioso Administrativo en lo relativo al argumento utilizado para desestimar la indexación y se ordena el cálculo de la indexación de las cantidades condenadas desde la fecha de admisión de la demanda hasta la fecha de ejecución de la sentencia, entendida como la fecha del efectivo pago, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes o haya estado paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor.

### **3.4. Ajustes por inflación o indexación como parte de las condenas en sentencias judiciales, o como acto posterior de ejecución.**

Existe una eterna discusión acerca de si la experticia complementaria del fallo forma parte de la sentencia (o laudo), o de la ejecución de la misma. Hay posiciones encontradas.

Los recursos procesales en incidencias de reclamos contra experticias complementarias del fallo, pueden verse afectados por la posición que se tome acerca de la naturaleza jurídica de no tener el carácter de actos de ejecución de sentencia. Ello puede incidir en la procedencia de recursos de apelación, de hecho y casación

**José Armando Sosa**

Por otro lado, en el arbitraje, por ejemplo, eso implicaría influencia de lo judicial en el arbitraje, pues determinaría quién las hace y su sistema recursivo (si es en sede judicial podría implicar reclamos, apelaciones de reclamos, casación de decisiones de la apelación del reclamo, recurso de hecho de la decisión del superior que inadmita casación en el reclamo, entre otras incidencias procesales que pueden surgir).

En materia laboral, por ejemplo, no hay casación en etapa de ejecución de sentencia, según el artículo 186 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. La pregunta es si la experticia complementaria del fallo es parte de la sentencia o de la ejecución y qué hacer si se presenta esa discusión del *quantum* con reclamos contra la experticia. En laboral no habría casación contra una decisión en dicha etapa. En sede civil sí.

Somos de la opinión que la experticia complementaria del fallo forma parte de la sentencia (o laudo) y hasta que no se cuantifique, no se pasa a etapa de ejecución (que son los actos de la materialización de ese *quantum*, y que en arbitraje lo hace el juez con su *imperium*), y, por ende, dicha discusión se haría aun en sede arbitral sin pasar los autos al poder judicial, y, por otro lado, se debería mantener la posibilidad recursiva hasta casación en lo laboral.

### **3.5. De las diversas y confusas sentencias con mecanismos de actualización de valor.**

#### **3.5.1. Sentencias declarativas y sentencias constitutivas de derechos. Fecha de inicio del cálculo de la actualización.**

Una situación recurrente en esta materia de actualización de valor en un proceso judicial o arbitral, es la que sucede cuando se debe establecer la fecha desde la cual debe calcularse el pago de la obligación. En efecto, una cosa es si se condena el pago de una obligación generada en el pasado pero que se debe pagar ahora y otra muy distinta, cuando se constituye dicho derecho en la misma sentencia. Es decir, en ambos casos se trata de una sentencia de condena, pero con el matiz de dilucidar si nos encontramos ante una sentencia declarativa o una constitutiva de derecho.

Supongamos una controversia en la cual se está debatiendo el que se deba pagar a una parte una determinada obligación. Puede darse el caso de que no se trate de una obligación previamente establecida para ser pagada a la parte peticionante, sino que existen dudas acerca de la posibilidad jurídica de que sea acreedor de dicho pago. Ello

**José Armando Sosa**

sucede mucho en materia contractual civil e incluso en materia laboral, donde se entablan procesos judiciales pero que son una simple expectativa y no se trata de derechos claramente exigibles.

Supongamos que se reclama el pago de un concepto que inicialmente no estaba contemplado ni legal ni contractualmente en favor del peticionante, pero en la sentencia se le constituye dicho derecho. Se podría argumentar que el derecho es exigible desde la sentencia, que es la que define que supuestamente tiene el derecho a lo que pretende, y no desde la fecha de la ocurrencia del hecho generador o del contrato o del acuerdo alcanzado en el pasado con otras personas que sí estaban beneficiadas.

Siempre ha sido una discusión, además, si los montos condenados se deben pagar desde la ocurrencia del hecho generador, o bien desde la interposición de la demanda, o incluso, si es desde la fecha en que la sentencia haya quedado firme.

En este particular habría que analizar desde el punto de vista jurídico sustantivo, si procede el pago de forma retroactiva dependiendo del derecho del cual se trate y las circunstancias. El problema que nos atañe acá es cómo actualizar esos valores a fecha presente. Ya hemos visto como en materia laboral, por ejemplo, mediante decisión No. 1841 de fecha 11 de noviembre del 2008 (Caso: *José Surita contra Maldifassi & Cia, C.A*) se señaló que es a partir de esa declaratoria que se deben los salarios caídos, que son exigibles, no antes. Ello a pesar de ser un trabajador sobre el cual se aplicarían los principios de interpretación de normas laborales que más le favorezcan, en caso de duda o de distinta interpretación de una norma o de aplicación entre varias normas.

### **3.5.2. La acumulación de intereses de mora e indexación a obligaciones dinerarias.**



**José Armando Sosa**

En cuanto a la acumulación de la corrección monetaria y el pago de los intereses moratorios, se ha dicho que ello implicaría una doble indemnización<sup>35</sup>.

En relación a los referidos pedimentos, se ha establecido en reiterada jurisprudencia, que no es posible exigir la cancelación de intereses de mora y al mismo tiempo pretender lo que fuere calculado por concepto de indexación y en tal sentido resulta pertinente la sentencia de la SPATSJ de fecha 29 de junio de 2004, *Caso Inversiones Sabenpe, C.A., contra el Instituto Municipal de Aseo Urbano y domiciliario del Municipio Iribarren del Estado Lara (IMAUBAR)*.

No obstante, dicho criterio no ha sido pacífico e incluso ha tenido actitud pendular. En efecto, ver que mediante sentencia N° 438 de fecha 28 de abril de 2009, la SC del TSJ, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, ratificó la procedencia de la solicitud de intereses e indexación en el pago de obligaciones y determinó que la base de cálculo de los intereses moratorios es el capital que constituya la deuda líquida y exigible al presentarse la demanda.

De acuerdo con lo anterior, la Sala confirmó que el poder adquisitivo de la moneda es una característica esencial e intrínseca a ella, el cual representa su valor. Por tal motivo, la denominada “*indexación judicial*”, nada tiene que ver con la indemnización de daños o con los intereses moratorios. En consecuencia, *sólo la obligación principal es susceptible de indexación, y el monto resultante de la indexación no tiene ninguna influencia en la determinación de los daños y perjuicios que puedan atribuirse al retardo en el pago.*

Además, dispuso la Sala que para el cálculo de intereses moratorios, no se puede tomar como capital el valor indexado de la obligación principal, toda vez que *según el artículo 532 del Código Civil, los intereses, en tanto que frutos civiles, se adquieren día a día, de tal manera que sólo podrían calcularse sobre la base del capital que constituía la deuda líquida y exigible cuando hubiere sido demandado el pago, pues la indexación sólo se produce luego de la decisión judicial que la acuerde y fije su monto, momento cuando los intereses moratorios ya habrían sido adquiridos por el acreedor.*

---

<sup>35</sup> STC de la SPATSJ de fecha 26 de enero de 2010 Exp. N° 2005-1980

**José Armando Sosa**

En el ámbito laboral, tenemos que el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social (SCSTSJ), en sentencia del 30 de marzo de 2.006, distinguida con el N° 1320, estableció la forma en que debe calcularse la corrección monetaria e indexación, así como los intereses generados a favor de los trabajadores demandantes, en los términos siguientes:

- a) Corrección monetaria.- "... deberá ser calculada desde el decreto de ejecución, en caso que el demandado cumpla de forma voluntaria con la sentencia, hasta su materialización, entendiéndose por esto último la oportunidad del pago efectivo, todo ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y ante tal eventualidad, el cálculo será realizado por un único perito designado por el Tribunal, para lo cual el tribunal de la causa deberá solicitar al Banco Central de Venezuela, un informe sobre el índice inflacionario acaecido en el país entre dicho lapso, a fin que éste se aplique sobre el monto condenado en el presente fallo ...";
- b) Intereses de mora. - "En caso que el demandado no cumpliera voluntariamente con la presente decisión, procederá el pago de intereses de mora sobre las cantidades condenadas, los cuales serán calculados a la tasa de mercado vigente, establecida por el Banco Central de Venezuela, para los intereses sobre prestaciones sociales y correrán desde la fecha del decreto de ejecución hasta la materialización de ésta, a saber, la oportunidad del pago efectivo".

En efecto, así ha sido la estipulación recurrente en materia laboral, fijando primero que debe indexarse el monto a pagar y luego calcularse los intereses, si no hay cumplimiento voluntario, en el entendido que los intereses de mora correrán no antes, sino, *desde la fecha del decreto de ejecución hasta la materialización de ésta, a saber, la oportunidad del pago efectivo*. Ver Tribunal Supremo de Justicia, en SCSTSJ, en sentencia del 31 de enero de 2.007, distinguida con el N° 1320, *Caso FANNY REYES DE SÁNCHEZ, contra la sociedad mercantil LA TELE TELEVISIÓN C.A.* Allí ha sido al revés la estipulación, fijando primero que deben calcularse los intereses del monto a pagar y luego, si no hay cumplimiento voluntario, indexarse.

El artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en esta materia establece que en caso de que el demandado no cumpliera voluntariamente con la sentencia, procederá el pago de intereses de mora sobre las cantidades condenadas, y correrán desde la fecha del decreto de ejecución, hasta la materialización de ésta. Igualmente, procederá

**José Armando Sosa**

la indexación o corrección monetaria (...) desde el decreto de ejecución hasta su materialización.

Sin embargo, existen dudas acerca del inicio del cálculo de la indexación, pues lo han hecho *desde la fecha de interposición de la demanda*, también *desde la fecha de la notificación de la parte demandada*, y si el demandado no cumpliera voluntariamente la sentencia, *la indexación será calculada desde el decreto de ejecución*. Al respecto, ha sostenido la SCSTSJ, que para las causas que se hayan iniciado y tramitado con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y que se encuentran en fase de decisión en el Régimen Procesal Transitorio del Trabajo, la corrección monetaria debe calcularse desde la fecha de la *notificación* de la parte demandada hasta la fecha de ejecución de la sentencia, entendida como la fecha del efectivo pago, excluyendo el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes, y aquellos en los cuales la causa estuviere paralizada por motivos no imputables a ellas, es decir, casos fortuito o fuerza mayor, tales como vacaciones judiciales, huelgas tribunalicias e implementación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo<sup>36</sup>.

Si se trata de una causa iniciada bajo la vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la corrección monetaria se ordenará de conformidad con lo establecido en el artículo 185 eiusdem, sobre todas las cantidades condenadas a pagar si el demandado no cumpliera voluntariamente la sentencia, caso en el cual, la indexación será calculada *desde el decreto de ejecución* hasta la realización del pago efectivo, con exclusión de los lapsos antes mencionados<sup>37</sup>.

### **3.5.3. La aplicación de tasas de cambio para actualización del valor de obligaciones en moneda extranjera pagaderas en moneda local.**

Es esencial que las partes estipulen de manera adecuada el tipo de tasa a ser aplicada pues ello debe ser permitido en el marco de la libertad contractual dentro de los límites legales. Es esencial, la escogencia de la tasa en el tiempo y aplicación de la norma

---

<sup>36</sup> STCs Nros. 1176, 1999 y 1663, de fechas 22 de septiembre y 16 de diciembre de 2005 y 17 de octubre de 2006

<sup>37</sup> STC N° 19 de fecha 31 de enero de 2007

**José Armando Sosa**

aplicable *rationae tempore* y de la misma manera, establecer el mecanismo de escogencia en caso de existir varios tipos de tasas cambiarias.

Adicionalmente, en cuanto a la posibilidad de escoger una tasa cambiaría entre las partes, tenemos como ejemplo que Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda del 28 de agosto de 2007<sup>38</sup>, al pautar la prohibición de contratar dichas operaciones inmobiliarias en moneda extranjera, y ordenar que debían ser traducidas a bolívares, estableció:

Artículo 23

. . .tomando como referencia el precio de la venta establecido en el primer documento de opción de compra, o el documento de compra venta si este fue el primero, al tipo de cambio vigente para la fecha del contrato, publicado por el Banco Central de Venezuela. Salvo que las partes hubieren convenido una mejor tasa de cambio para el opcionante o comprador, en cuyo caso ésta será aplicable.

Es decir, que las partes podían escoger una tasa cambiaria aplicable. De hecho, tal como ha sido afirmado por reputada doctrina<sup>39</sup>, es posible que las partes establezcan una tasa distinta a la oficial o la publicada por el Banco Central de Venezuela. Y ello ya de por sí implica un problema pues habría multiplicidad de normas con referencia a distintas tasas, tal y como están denominadas en las redacciones normativas. Es decir que, aunque las partes no hubiesen establecido una tasa convencional, y debiese aplicarse la legal, podría haber confusiones. En efecto, allí los autores establecieron:

El Ministerio de Finanzas y el BCV establecieron un “tipo de cambio de referencia” en la letra c del artículo 1 y el artículo 9 del Convenio Cambiario Único (el “Tipo de Cambio de Referencia”):

1. La letra c del artículo 1 del Convenio Cambiario Único se refiere al “tipo de cambio de referencia de mercado único, fluctuante, producto de las operaciones de compraventa de moneda extranjera efectuadas por los particulares con la intermediación de los operadores cambiarios autorizados”. Al ser operaciones realizadas “con la intermediación de los

---

<sup>38</sup> <http://virtual.urbe.edu/gacetitas/38756.pdf>

<sup>39</sup> Carlos Eduardo Acedo Sucre (con la colaboración de Luisa Lepervanche Acedo). *Contratos, Hiperinflación y Megadevaluaciones*. Ponencia para el foro organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre "Inflación, Política Cambiaria y Derecho", para ser celebrado el 21 de marzo de 2019. Acceso el 28 de noviembre de 2021.

<http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2FE2E25C51C0BB685F6.pdf>

operadores cambiarios autorizados”, el Tipo de Cambio de Referencia es el que resulta de las Subastas del BCV.

2. El artículo 9 del Convenio Cambiario Único alude al "tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario a que se contrae el presente Convenio Cambiario N° 1" –las Subastas del BCV–, y al "tipo de cambio de referencia dispuesto en el presente artículo".

Luego, en sana interpretación de la nueva normativa, junto con criterios jurídicos ya asentados, concluyen en que, dado que la Asamblea Constituyente, mediante el Decreto Constituyente, (i) decretó la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, y contempló que no habrá *“más limitaciones que las establecidas por la ley”*; (ii) derogó toda la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, la parte del artículo 138 de la Ley del BCV relativa al *“ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país”*, y cualquier otra norma que colida con el Decreto Constituyente (artículo 1 del Decreto Constituyente); y todo ello aunado a que el Ministerio de Finanzas y el BCV, mediante el Convenio Cambiario Único, (i) proclamaron *“la libre convertibilidad de la moneda”* (artículos 1 y 2 del Convenio Cambiario Único); y (ii) derogaron todos los convenios cambiarios precedentes (artículo 88 del Convenio Cambiario Único); por tanto, dado que el Decreto Constituyente exige *“que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley”*, no existe ninguna ley que establezca restricciones sobre las operaciones cambiarias que realicen los particulares fuera de las Subastas del BCV, ni existe ninguna ley que establezca sanciones por aplicar una tasa distinta del tipo de cambio oficial.

Concluyen en que pretender que el nuevo Convenio Cambiario Único puede imponer el Tipo de Cambio de Referencia para operaciones cambiarias entre particulares, celebradas fuera de las Subastas del BCV, sería ilegal e inconstitucional, pues el Convenio Cambiario Único no es una ley.

Por consiguiente, el “tipo de cambio vigente para la fecha del pago” del artículo 8 del Convenio Cambiario Único es el “tipo de cambio corriente en el lugar” y “la fecha de pago” del artículo 128 de la Ley del BCV. Se trata del tipo de cambio de mercado, o sea, de la tasa de mercado paralelo de divisas. Por lo tanto, el Convenio Cambiario Único prevé la aplicación, en el caso de la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único, de una

José Armando Sosa

tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia, mencionada en la letra c del artículo 1 y el artículo 9 del Convenio Cambiario Único

De esta manera, habría libertad para estipular la tasa aplicable y el porcentaje de la misma.

### **3.5.4. La acumulación de actualización por tasa cambiaria vigente a fecha de pago, más intereses de mora e indexación a obligaciones dinerarias en moneda extranjera.**

En sentencia de la SCCTSJ, en decisión N° 633 de fecha 29 de octubre de 2015 caso: *ADVANCED MEDIA TECHNOLOGIES INC (AMT), contra la sociedad mercantil SUPERCABLE ALK INTERNACIONAL S.A. (SUPERCABLE)* se estableció que si se ajusta la cantidad al nuevo valor del dólar para el momento de la condena de pago, se restablece el equilibrio económico para esa oportunidad y, por ende, no podría proceder la indexación.

La diatriba viene dada en los casos en los cuales se establece la condena de pagar una cantidad de dinero plasmada en moneda extranjera, por obligación que ha debido ser pagada en una fecha del pasado, y que ahora deba actualizarse dicho valor para pagarse en moneda local. El problema estaría en determinar si se deberá proceder a calcular el ajuste por indexación del valor en moneda local a aquella fecha, o por el contrario, calcular la tasa de cambio actual. Según la mencionada sentencia, las obligaciones contraídas en moneda extranjera se le debe aplicar el “...*tipo de cambio corriente y vigente para el momento que los expertos tengan que realizar la experticia complementaria del fallo para la ejecución del pago equivalente en moneda de curso legal de la obligación contraída en dólares americano...*”.

Como se puede evidenciar, el hito es la fecha en que los expertos tengan que realizar la experticia.

En materia laboral, tal como se dejó asentado en sentencia del 26 de febrero del 2019, del exp. NP11-L-2018-000073 del estado Monagas, al momento del cálculo del monto a pagar, se debe tener en cuenta lo siguiente:

En relación al pago de los intereses de mora, de conformidad con el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en aplicación del criterio fijado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 0091 de fecha 9 de marzo del año 2015

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**José Armando Sosa**

(caso: Rafael Antonio Hernández contra Translimacosta, C.A.), N° 81 del 09 de marzo de 2015, N° 1.640 del 11 de noviembre de 2014, 167 del 07 de marzo de 2016, y N° 189 del 08 de marzo de 2016, entre otras, (...)

En cuanto a la indexación o corrección monetaria, solicitada por la parte accionante en el libelo de la demanda, si bien la misma es de orden público, no es menos cierto que el presente caso, no aplica, por cuanto la obligación principal fue contraída en una moneda extranjera (dólares estadounidenses), ya que sería condenar una doble indemnización. Así se establece.

Por último, en virtud a que los conceptos condenados a pagar se determinarán a razón de un monto establecido en divisas (dólares estadounidenses), y siendo que de conformidad a lo establecido en el artículo 128 de la Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela, en concordancia con el criterio jurisprudencial establecido por este Tribunal Supremo de Justicia, mediante las sentencias identificadas con los números: S. Const/ 1.641 de fecha 2 de noviembre de 2011, en el recurso de revisión interpuesto por la empresa MOTORES VENEZOLANOS, C.A. (MOTORVENCA) y la sentencia SCS/ 756 dictada por la Sala de Casación Social en fecha 17 de octubre de 2018, (caso: Alí Irani contra Sherkate Beinulmelali E Khanesazi Iranian, (Iranian International Housing Company, C.A), los pagos estipulados en monedas extranjeras se efectuarán, salvo convención especial, al tipo de cambio oficial conforme a la tasa del Sistema de Divisas de Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado (DICOM) que fije el Banco Central de Venezuela, para el momento en que se realice el pago efectivo de la obligación. Debiendo el experto contable realizar dicha conversión.”

Allí podemos evidenciar que, en primer lugar, el pago no es desde la sentencia, ni desde la interposición de la demanda, sino *calculadas desde el momento en que debieron ser pagadas*, lo cual es distinto a lo dicho *ut supra*.

Por otro lado, que ordena calcular intereses del signo monetario Bolívar (Bs.) a un signo monetario distinto, como lo es la divisa Dólar de los Estados Unidos de América (USD), lo cual consideramos un craso error.

De esta manera, al establecer que la tasa a aplicar a la cantidad condenada en moneda extranjera es *la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela tomando como referencia los seis principales bancos del país de conformidad con lo previsto en el artículo 128 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*, se viola la ley por falsa aplicación, pues se usaría la tasa de interés del signo monetario Bolívar (Bs.) al monto condenado en el signo monetario dólar de los Estados Unidos de América (USD). Calcularlo como establece la sentencia es injusto, es

**José Armando Sosa**

ilegal, se convierte en un cálculo de un interés irracional, excesivo y que desnaturaliza el valor de la obligación.

Adicionalmente, y aunque entendemos que es un simple error de denominación del régimen cambiario pues ordena el pago bajo la tasa que esté vigente al momento del pago, el juez superior se refiere, como vimos arriba, a una normativa cambiaria derogada al establecer que se calculará *al tipo de cambio oficial conforme a la tasa del Sistema de Divisas del Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado (DICOM)*, para un tiempo futuro en *el momento en que se realice el pago efectivo de la obligación*, siendo que, como hemos visto, en Gaceta Oficial No. 6.405 Extraordinaria del 7-9-2018 en la cual se publicó el Convenio Cambiario No. 1 emitido por acuerdo entre el ejecutivo nacional y el Banco Central de Venezuela, también se dio la derogatoria de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, tal como fue publicado en Gaceta Oficial del 2-8-2018.

El problema es que cuando se la obligación pactada en moneda extranjera se debe pagar en moneda local, el cumulo de formas distintas, confusas, contradictorias y alejadas de la realidad económica, atenta contra la seguridad jurídica de la nación. En efecto, tenemos:

- En algunas sentencias se ordena el cálculo de la tasa cambiaria a la fecha del pago de la obligación en el pasado y luego a aquella cantidad de bolívares se le actualiza por indexación a presente fecha, mezclando dos mecanismos de ajuste;

- En algunas sentencias se ordena el cálculo de la tasa cambiaria a la fecha del pago de la obligación en el pasado y luego a esa cantidad de bolívares se le actualiza por indexación y se le adiciona el interés de mora con la tasa del signo monetario bolívar;

- En algunas sentencias se ordena el cálculo de la tasa cambiaria a la fecha futura cuando se haga el pago de la obligación, pero se le actualiza además por indexación y se le adiciona el interés de mora con la tasa del signo monetario bolívar<sup>40</sup>;

---

<sup>40</sup> Ver (R.C. N° AA60-S-2020-000039)



**José Armando Sosa**

- En algunas sentencias se ordena el cálculo de la tasa cambiaria a la fecha futura cuando se haga el pago de la obligación, pero se le actualiza ya no por indexación, sino que se le calcula el interés de mora, pero con la tasa del signo monetario bolívar;

- En algunas sentencias se ordena el cálculo de la tasa cambiaria por cada mes transcurrido, luego se le actualiza además por indexación y se le adiciona el interés de mora con la tasa del signo monetario bolívar<sup>41</sup>;

- En algunas sentencias, se ordena el cálculo de la tasa cambiaria derogada en el pasado como la DICOM y se le ordena el cálculo del interés de mora con la tasa del signo monetario bolívar.

Esto no puede seguir así pues la inseguridad jurídica que se genera es inaceptable.

En reciente sentencia de fecha 03 de noviembre de 2021, Caso *FERNANDO RICARDO MORENO CADENAS, vs. SEGUROS CARACAS DE LIBERTY MUTUAL, C.A.*<sup>42</sup> se ratifica y de hecho se cita la mencionada sentencia que estableció un cambio de criterio, *ADVANCED MEDIA TECHNOLOGIES INC (AMT), vs. SUPERCABLE ALK INTERNACIONAL S.A. (SUPERCABLE)*, pero se establece lo siguiente:

Así las cosas, se debe calcular el valor de los doscientos setenta mil bolívares (Bs. 270.000,00), recibidos por la actora el 22 de diciembre de 2015, en dólares americanos para dicha fecha (22/12/2015), aplicando la tasa establecida en el Sistema Marginal de Divisas (SIMADI), según Convenio Nro. 33, publicado en Gaceta Oficial No. 6.171 Extraordinario de fecha 10 de febrero de 2015 y el resultado de la referida conversión se le restara a la suma originaria de la presente acción, vale decir, veinte mil dólares americanos (USD. 20.000,00), cuyo resultado es lo que se condena a pagar a la sociedad mercantil Seguros Caracas de Liberty Mutual, C.A., en virtud de la obligación contraída en la referida póliza de seguro de vida, cuyo beneficiario es el ciudadano Fernando Moreno Cadenas, o su equivalente en moneda nacional, calculados al tipo de cambio vigente establecido por el Banco Central de Venezuela, a la fecha efectiva del pago de la obligación.

De igual forma, se condena al pago de los intereses moratorios que se generen tomando como base el resultado de la conversión en moneda nacional de la suma adeudada, ordenada anteriormente, calculados a la tasa del uno por ciento (1%) mensual, -doce por ciento (12%) anual- según lo

---

<sup>41</sup> Ver (NP11-L-2016-000666)

<sup>42</sup> STC en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/314003-RC.000586-31121-2021-21-205.HTML>

**José Armando Sosa**

dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio, en el período comprendido desde el 22 de diciembre de 2015, inclusive, hasta la fecha efectiva del pago de la obligación. Así se establece.

En cuanto a la corrección monetaria de la suma adeudada, la misma se excluye, pues al ser ajustada la obligación al valor del dólar al momento en que se verifique el pago, declararlo procedente estaría aplicando un doble ajuste como método de indexación, que claramente viola la regulación y el control legal del estado en esta materia, traspasando los límites de la regulación cambiaria de orden público. Así se establece. (subrayado nuestro)

Como se puede apreciar, se cita la sentencia en la que se establece el hito temporal en el cual se va a tomar la tasa cambiaria, es decir, el momento en que los expertos hagan la experticia, mas, sin embargo, se vuelve a establecer que la tasa a aplicar es la vigente a la fecha de pago. En todo caso, ¿podremos entender que el criterio de la sentencia *ADVANCED MEDIA TECHNOLOGIES INC (AMT), vs. SUPERCABLE ALK INTERNACIONAL S.A. (SUPERCABLE)*, es para el caso en que no haya cumplimiento voluntario y se deba acudir al cálculo por vía de experticia complementaria del fallo? ¿Nos estarán diciendo entrelineas que para pagarse la obligación simplemente debe hacerse un cálculo aritmético por el tribunal multiplicando la tasa de cambio por el monto en moneda extranjera de la obligación a pagar, y solo se acudirá a la experticia en caso de incumplimiento, es decir, en caso de ejecución forzada?

Allí también se avanza en el sentido de establecer que los intereses son del uno por ciento (1%) mensual, -doce por ciento (12%) anual- según lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Comercio; y por último, se establece que no procede la indexación o corrección monetaria de la suma adeudada, pues al ser ajustada la obligación al valor de la moneda extranjera al momento en que se verifique el pago ya el ajuste se habría realizado.

### **3.6. La necesaria actualización del criterio para atribuir casación por la cuantía, tomando el momento de la publicación de la sentencia por ser el más contemporáneo.**

Estimamos que, en la legislación venezolana, así como en la jurisprudencia, debe atenderse el tema de la cuantía para poder acceder a casación, por la necesaria claridad en la forma de cálculo de la misma y su actualización, sobre todo cuando nos encontramos

**José Armando Sosa**

ante la existencia de cambios muy rápidos en materia de signo monetario en cuanto a su nomenclatura y denominación, en entorno inflacionario, y todo ello aunado al innegable uso de monedas extranjeras tanto para hacer las transacciones económicas como en su uso como métodos de referencia para el valor de las obligaciones.

La falta de claridad y coherencia procesal, trae como consecuencia nefastos criterios que atentan contra el debido proceso, la defensa y el estado de derecho en general. En ese sentido podemos poner como ejemplo un caso de tantos que ha habido, en el cual se negó al acceso a casación, por la forma en que se escogió la tasa cambiaria para calcular la cuantía. En efecto, en una decisión dictada por la SCSTSJ<sup>43</sup>, se declaró inadmisibile un recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del Juzgado Superior del Trabajo y como consecuencia se revoca el auto de admisión del recurso, dejando sin efecto el auto de esa Sala mediante el cual se fijó la audiencia pública y contradictoria en el recurso de casación, argumentando que para el momento de interposición de la demanda, la cantidad es inferior a la cuantía exigida para acceder a la sede de casación para la fecha de interposición de la demanda.

El problema estribó en que, en dicho proceso judicial, por lo que se puede evidenciar, se ha realizado una Experticia Complementaria del fallo, según la cual, el monto a pagar en bolívares sería un monto exponencialmente mayor, pues aplican una *tasa cambiaria distinta* a la tomada por la SCSTSJ en el mismo juicio para negar el recurso de casación. Si hubiera tomado la tasa que se toma en el proceso, incluso luego de haber reclamado la experticia complementaria precisamente por esos motivos, se hubiera otorgado la posibilidad de recurrir en casación.

Es así como, si se toma la tasa cambiaria usada por la misma SCSTSJ, que fue la denominada DIPRO y luego el mismo tribunal de sustanciación, mediación y ejecución toma una tasa denominada DICOM. De esta manera, se ordenaba pagar un monto inmensamente mayor en Bolívares luego de calcular a tasa DICOM, siendo la decisión del tribunal de ejecución injusta y violatoria de normas de orden público, de tutela judicial efectiva, de acceso a la justicia y de debido proceso pues ya se había calculado en ese

---

<sup>43</sup> STC de la Sala de Casación Social TSJ, a los veintidós (22) días del mes de febrero del año 2017, en el R.C. N° AA60-S-2016-000445

**José Armando Sosa**

mismo proceso la cuantía, pero a tasa DIPRO, por lo cual procedió a negar la posibilidad de casación por no tener cuantía.

El quid del asunto está en que i- no hay uniformidad en los criterios vigentes referidos a la cuantía para acceder a casación, ii- existe confusión en la forma para calcular en Bolívares las obligaciones establecidas en moneda extranjera para calcular matemáticamente la cuantía a efectos procesales y al momento del pago.

En cuanto a los criterios vigentes referidos a la cuantía para acceder a casación, hay que revisar cuáles han sido las variables para los cambios de criterio en cuanto a accesibilidad al recurso de casación, y cómo es que deben aplicarse los criterios en la SCSTSJ o en la SCCTSJ con respecto a la cuantía para acceder a casación. Así, en el transcurso del tiempo se tomaba en cuenta la cuantía al momento del anuncio del recurso de casación y no la cuantía al momento de la demanda (sobre todo cuando debe calcularse una tasa cambiaria fluctuante en el tiempo).

Por otro lado, hoy más que nunca, dados los cambios en la realidad económica, específicamente cambiaria y monetaria, hay que aclarar qué es lo que se debe tener en cuenta para aplicar estos criterios en referencia al momento determinante de la cuantía, dependiendo si se está ante una pretensión que viene cuantificada en moneda extranjera, o si estamos en un proceso inflacionario desmedido que afecten el verdadero “valor” para el momento de la discusión en etapa casacional.

De ser así, se resolvería el problema de perder el acceso a casación. Tal vez, con la nueva regulación cambiaria y la sinceración de la economía con la derogación del control de cambios instaurado en el año 2003, ya no exista diferencia. Pero el hecho es que no existía, ni aun existe, una clara regulación en la materia cuando hay valoración de cuantía en moneda extranjera.

Por ejemplo, en el caso planteado, si se calculaba a la tasa cambiaria SICAD I, luego denominada DIPRO, no se otorgaba acceso a casación, pero sí se tendría si se aplicara a SICAD II o luego denominada DICOM. Por ello, creemos que se debe hacer un sincero análisis del criterio determinante para calcular la cuantía hábil para acceder a casación.

**José Armando Sosa**

El Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de algunos casos en los cuales se discutía con cual tasa cambiaria de las varias vigentes se deberían hacer los cálculos para pagar en moneda local, estableció que debía ser usada la de acceso común a cualquier ciudadano, y no aquellas tasas cambiarias para rubros específicos de la economía o con carácter de tasas para mercados protegidos.

En efecto, mediante sentencia Nro. 469, de fecha 28 de julio de 2014, caso: *Evelin Sampedro de Lozada contra Multinacional de Seguros, C.A., en el que intervinieron como terceros Víctor Augusto Lozada Sampedro y otros*, emite decisión sobre la aclaratoria solicitada del precitado fallo, estableciendo lo siguiente:

Cuando las aseguradoras tienen que responder ante sus beneficiarios [personas] por un siniestro contemplado dentro del contrato de adhesión, en el que el ciudadano común tuvo que asumir los costos con divisas adquiridas en mercado no preferencial, debe esta Sala proteger al ciudadano común - quien no tiene acceso a este tipo de cambio preferencial- para que una vez que reciba de la compañía de seguros la cantidad adeudada en bolívares puedan acceder al sistema cambiario SICAD II, para convertir eventualmente la moneda nacional en moneda extranjera y así recuperar lo que desembolsó.(subrayado nuestro)

Adicionalmente, aclararse cuál es momento procesal determinante, sobre todo cuando estamos ante una demanda entablada en moneda extranjera, que puede cambiar y fluctuar durante el proceso hasta llegar a un eventual recurso de casación y ello transgredir el acceso a la justicia, por tomar de manera nominal un monto cuyo valor ahora o antes, sea o haya sido mucho mayor.

Los argumentos para ello serían que la SC del TSJ, en sentencia N° 1.573 de fecha 12 de julio de 2005 (caso: *Carbonell Thielsen, C.A.*), publicada el 12 de agosto de 2005 –fecha de publicación en Gaceta Oficial-, determinó con carácter vinculante que la cuantía debe examinarse conforme a la que regía para el momento de interposición de la demanda, y si la misma está expresada en unidades tributarias, deberá considerarse el valor de éstas para la fecha de presentación del escrito libelar.

Sin embargo, ver sentencia del 04 de agosto de 2004, (decisión N° RC-00801, de la Sala Civil expediente N° AA20-C-2004-000037), en la cual el criterio era otro y se dijo:

El texto trasladado ofreció la solución, en el entendido que la fecha del anuncio del recurso de casación es la determinante de la cuantía requerida, solución que acoge la Sala en esta oportunidad, inclusive a los fines de armonizar dicho criterio, para los casos que versen sobre decisiones dictadas en reenvío, para establecer que la nueva cuantía que exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T), (...)

Fijémonos que el momento determinante para la cuantía en el 2004 no era “*momento de interposición de la demanda*” como en el 2005, sino “*la fecha del anuncio del recurso de casación*”. Vemos que ciertamente han existido en épocas muy cercanas una de otra, distintos criterios.

Y ver contemporáneamente, solo 15 días antes de la sentencia caso: *Carbonell Thielsen, C.A.*, otro criterio<sup>44</sup>:

El monto de la cuantía exigido para acudir a la sede casacional se determina, una vez precluya la primera oportunidad que tenía el juez para dictar sentencia. Así lo precisó la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo proferido el 27 de junio.

Veamos entonces que, en fecha 27 de junio de 2005, pocos días antes del criterio de la sentencia “*Carbonell Thielsen, C.A.*”, publicada el 12 de agosto de 2005, no era el “*momento de interposición de la demanda*” ni “*la fecha del anuncio del recurso de casación*”, sino “*la primera oportunidad que tenía el juez para dictar sentencia*”.

No obstante, la SCSTSJ por su parte, en decisión N° 580 del 4 de abril de 2006 (caso: *Fernando Leal y otros contra Servicios Técnicos Mecánicos, C.A.*) adaptaba los parámetros establecidos por la mencionada SC del TSJ conteste con las vías recursivas previstas en el proceso laboral, esto es, los recursos de casación y de control de la legalidad; al respecto, se determinó que:

(. . .) el Juzgador correspondiente deberá determinar -con base a los parámetros anteriormente expuestos- la cuantía exigida para el momento en que fue presentada la demanda, y en caso que la cuantía exigida sea la establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, deberá calcularse la unidad tributaria vigente para el momento en el cual fue interpuesta la referida demanda (...) Así las cosas, conforme con lo sostenido por la Sala Constitucional, la admisión del recurso de casación se examinará con base en la cuantía plasmada para la fecha de interposición de la demanda, lo que implica modificar el criterio fijado por esta Sala, según el cual lo determinante para aplicar la cuantía prevista en la Ley Orgánica

---

<sup>44</sup> STC de la SCCTSJ, Exp. AA20-C-2005-000357, jun. 27/05, M. P. Isbelia Pérez de Caballero

**José Armando Sosa**

Procesal del Trabajo, es la fecha en que se profirió el fallo de segunda instancia (...) el nuevo criterio sobre la cuantía que ha de examinarse para admitir o no el recurso de casación, debe aplicarse de acuerdo con la fecha en que se ejerza el medio recursivo correspondiente, de tal manera, que los recursos que hayan sido interpuestos antes del 12 de agosto de 2005 –fecha de publicación en Gaceta Oficial de la citada sentencia de la Sala Constitucional–, deberán decidirse conforme con el criterio entonces imperante; por el contrario, el nuevo criterio será aplicable para aquellos interpuestos con posterioridad a la fecha supra indicada (12 de agosto de 2005) (...). (subrayado nuestro)

Luego entonces, tenemos el complicado problema de la aplicación de los criterios y doctrinas jurisprudenciales en el tiempo, por el principio de *confianza legítima* y *expectativa plausible*, pues pueden existir causas en las cuales el recurso de casación haya sido anunciado, -tomando este momento procesal como hito para establecer el criterio-, con posterioridad a la publicación en Gaceta Oficial del mencionado criterio jurisprudencial sentado por la SC del TSJ, por lo que la cuantía que debe tomarse en cuenta para los efectos de la admisibilidad del recurso de casación es la que imperaba para otro hito en el tiempo, como lo es el momento de la interposición de la demanda.

Por ello, en sano derecho, no puede negarse la admisión de un recurso de casación porque al momento de la introducción de la demanda ese cálculo de la cuantía en moneda extranjera no haya alcanzado la cantidad de tres mil unidades tributarias (3.000 UT), al calcular hoy tomando en cuenta una tasa mucho menor vigente hace años, y a la vez ordenar a pagar ahora (en fecha contemporánea al anuncio de casación) a otra tasa distinta, mucho mayor, actualmente vigente.

Es tan distorsionado el criterio, que han existido en dicho proceso dos tasas cambiarias distintas, y no puede considerarse justo o legal que la persona obligada a pagar una deuda no tenga como recurrir la legalidad de la sentencia –basados en la nominalidad de la cuantía en el transcurso del tiempo a pesar de la duración de las reclamaciones legales-, pero deba ahora pagar la obligación mediante el pago revalorizado de la deuda.

Ya hemos visto en el pasado que no resuelve el problema planteado el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, cuando ha habido dos (2) tasas vigentes distintas. En efecto, el artículo señala que “...*Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en*

**José Armando Sosa**

*moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago...".* Ello solo sería válido y justo, si existiese una sola tasa. Y lo mismo puede suceder cuando estamos ante sentencias judiciales que condenan a pagar cuantificando el valor en Petro, pues existen en Venezuela, como vimos, dos (2) valores distintos del Petro.

De hecho, cuando la SCSTSJ escoja una tasa cambiaria para negar admisión del recurso de casación, debería ser la tasa fijada para todos los efectos procesales del juicio, incluidos no solo aquellos para verificar la habilitación para el ejercicio de recursos, sino también, para los efectos del pago liberatorio de la obligación contenida en sentencia ejecutiva. El asunto es que, habiendo dos (02) tasas al momento de la introducción de la demanda, la SCSTSJ para inadmitir casación aplicó, entre SICAD I y SICAD II, la más baja, y no la SICAD II, luego semejante al DICOM de acceso a cualquier ciudadano.

Lo mismo puede suceder en la SCSTSJ si en determinada situación, se toma el criterio del salario mínimo cuantificado en *Petros* para negar la casación, que es más bajo que el valor del Petro para asuntos comerciales.

Estimamos que, debe hacerse una revisión de los criterios jurisprudenciales en este tipo de casos donde hay varias tasas y además fluctuantes, y analizar, la oportunidad procesal para calcular la cuantía que habilite el recurso de casación.

En efecto, ha habido un debate jurisprudencial en cuanto al momento para determinar la cuantía del proceso para habilitar el recurso de casación. Ha habido posiciones jurisprudenciales para las cuales el momento determinante es la cuantía al momento de introducción de la demanda, para otras ha sido la fecha de la sentencia, y para otras, el momento es la fecha del anuncio del recurso.

Consideramos que, en un entorno con tasas fluctuantes, en respeto a la justicia e igualdad, y tomando en cuenta la noción del verdadero valor actual de lo debatido, conforme al Principio *Valorista*, más que *Nominalista*, deba tomarse en cuenta el hito procesal más próximo y volver referirse al criterio de que el momento determinante para tomar en cuenta el monto de la cuantía sea el momento del *anuncio del recurso de casación*, para actualizar la recurribilidad y verificar si se tiene habilitada la posibilidad de dicho recurso.



**José Armando Sosa**

Por otro lado, estimamos que también se debe esclarecer la cuantía para casación cuando hay *litisconsorcios* activos. En efecto, ha habido distintos criterios jurisprudenciales acerca de la cuantía para ejercer el recurso de casación en el supuesto de acumulación de pretensiones laborales.

Ha habido el criterio, que consideramos correcto, según el cual dicha cuantía que habilitaba el recurso de casación resultaba de la *sumatoria* de estas últimas y no de los montos individualmente considerados de cada uno de los recurrentes. Así lo advirtió la SCSTSJ, en sentencia del 7 de julio de 2005, Exp. AA60-S-2005-000608, jul. 7/05, M. P. Carmen Elvigia Porras de Roa.

No obstante, ello fue cambiado en sentencia de fecha 22 de febrero de 2017 de la SCSTSJ<sup>45</sup> por la cual, sin audiencia previa, declaran inadmisibile el recurso al decidir: “*la estimación (. . .) por el monto más alto fijado en las cuantías individualmente consideradas de US\$ 13.000,00, resulta la cantidad de Bs. 81.900,00.*”, aunque en realidad lo contenido en el proceso que lleva la causa sea infinitamente mayor al sumar todas las pretensiones de los distintos trabajadores.

No podemos permitir ni seguir tolerando este tipo de situaciones judiciales en un verdadero Estado de Derecho y de Justicia.

#### **IV. DE LA FORMA CORRECTA DE ACTUALIZAR VALOR DE OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA.**

##### **4.1. Pertinencia legal y económica de establecer contractualmente los mecanismos de actualización. Teoría de la imprevisión para mantener el equilibrio contractual.**

Ciertamente, en la Ley Orgánica del Banco Central de Venezuela, existe la posibilidad de pactar en moneda extranjera, aunque hay ciertas limitaciones en leyes especiales. Así tenemos que en reciente sentencia se hizo mención a ello, y su relación

---

<sup>45</sup> STC de la SCSTSJ, a los veintidós (22) días del mes de febrero del año 2017, en el R.C. N° AA60-S-2016-000445

**José Armando Sosa**

con determinadas prohibiciones para determinadas materias. Así, en sentencia del 29 de abril de 2021<sup>46</sup> se dijo:

En este sentido, cuando la moneda extranjera funciona como moneda de cuenta, implica que las partes la emplean como una fórmula de reajuste o estabilización de la obligación pecuniaria frente a eventuales variaciones del valor interno de la moneda de curso legal, que en nuestro caso es el Bolívar. Así, el deudor de una obligación estipulada en moneda extranjera, en principio, se liberará entregando su equivalente en bolívares a la tasa corriente a la fecha de pago, precisamente tanto la moneda de cuenta como la moneda de curso legal están in obligationem, pero una sola de ellas está in solutionem, en consecuencia salvo que exista pacto especial o cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, conforme lo dispone el artículo 128 de la mencionada Ley del Banco Central, el deudor se liberará de la obligación nominada en moneda extranjera mediante la entrega de su equivalente en bolívares a la tasa de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago.

Sin embargo, en nuestro derecho interno existen algunas restricciones expresas de utilizar la moneda extranjera como moneda exclusiva de pago, como sucede con la Ley de Protección al Deudor Hipotecario, la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, entre otras.

Adicionalmente, hay varias cosas que destacar de dicha sentencia. En primer lugar, se ratifica la legalidad de pactar en moneda extranjera, incluso en una operación inmobiliaria.

En segundo lugar, a nuestro entender la sentencia, además de ser contradictoria en su parte motiva con respecto a la parte dispositiva en referencia a la forma en calcular el valor actual de lo debido, comete una falta de aplicación de la ley pues no se ordena pagar conforme al artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, debiendo calcularse la cantidad en moneda local a tasa vigente, sino que se ordena pagar en Bolívares, pero, luego de establecer que la cantidad que aquellos dólares de los Estados Unidos de América (que la sentencia denomina “americanos”, siendo que en América hay varios dólares), tenían un determinado valor en Bolívares a la fecha de introducción de la demanda y luego ordena su indexación.

---

<sup>46</sup> STC de la SCCTSJ del 29 de abril de 2021, No. RC-000106. Es de destacar que la sentencia incurre en un error al establecer “*en la actualidad se encuentra vigente en la República un régimen control de divisas, desde el 5 de febrero de 2003*”, siendo que ello estaba derogado desde Gaceta Oficial N° 41.452 de fecha 2 de agosto de 2018, en la cual se establece la derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos.

**José Armando Sosa**

Con ello, no solo se está violando la ley, sino que se están dejando de aplicar criterios jurisprudenciales ya mencionados *ut supra*, según los cuales el pago de las obligaciones contraídas en moneda extranjera debe hacerse en Bolívares, en el monto equivalente conforme a la tasa de cambio oficial al momento del pago.

Hacemos referencia lo dicho por la SC del TSJ en sentencia Nro. 0702/2018 del 18 de octubre ratificó su criterio vinculante establecido en sentencia 1541/2008<sup>47</sup> por el cual se argumenta que tanto los jueces como los árbitros, están facultados para (i) desaplicar íntegramente las normas legales que se encuentren en directa y clara contradicción con el texto constitucional; (ii) desaplicar normas de vieja data cuya aplicación material devenga en inconstitucional por fuerza de nuevos criterios ‘vinculantes’ de la SC ; (iii) desaplicar normas legales ‘reeditadas’ que previamente fueron declaradas inconstitucionales; (iv) desaplicar normas ‘nuevas. En base a ello, deben desaplicar también la prohibición de pactar en moneda extranjera en materia arrendaticia.

Ciertamente, el desmontaje del control cambiario no hizo mención sobre los inmuebles. Al estar las limitaciones de negociar en moneda extranjera en leyes especiales hay quien piensa que la derogatoria debe ser expresa, pues no han sido derogadas. Es un asunto de interpretación pues en materia regulada por ley especial, debe privar la norma especial. Hay quien, por el contrario, dice que es por la vigencia en el tiempo y que, en una determinada materia, donde se regule por ley posterior en el tiempo, se deroga tácitamente la ley anterior. Es un tema de ausencia de debida regulación dónde el gobierno sabe de la distorsión y no hace nada. Además, ya es un uso y costumbre y en materia comercial ello es fuente de derecho. Además, debe preferir se la regularización más justa, y esa es la que ajusta el valor más adecuadamente y eso lo hace usar como referencia una moneda extranjera

Por ello consideramos de suma utilidad que las partes, en ejercicio de su libertad de contratación, más aun en tiempos de flexibilización cambiaria y derogatoria de controles en ese sentido, establezcan las formas y modalidades de pago con mecanismos de actualización del valor adecuados, y estableciendo incluso las limitaciones de las tasas

---

<sup>47</sup> Publicada con carácter vinculante en la G.O. No. 39.055 (10-11-2008).

**José Armando Sosa**

de interés aplicables, a moneda local o extranjera y declarando expresamente que, en caso de controversia, la forma de calcular los valores se hará de una manera claramente prevista.

Es sumamente importante que regulen los casos en los cuales pueda haber un desequilibrio contractual que pueda ocasionar una *lesión mayor* en el patrimonio de uno de ellos, que no es otra cosa, sino que sus bienes o el valor de los mismos se vean afectados. Deben establecer consecuencia, mecanismos de ajustes y mediciones.

#### **4.2. Correcto trámite procesal de las experticias complementarias del fallo.**

En cuanto al mecanismo para realizar dicho cálculo, es necesario recordar que durante el año 2015 no se hizo dicha publicación y se empezó a establecer en las sentencias que el tribunal de la causa debería en la oportunidad de la ejecución, solicitar al Banco Central de Venezuela un informe sobre el índice inflacionario acaecido en el país entre dicho lapso.<sup>48</sup>

En efecto, usualmente se ordena la indexación del monto reclamado, la cual debería ser practicada tomando en cuenta los Índices Nacionales de Precios al Consumidor (INPC) y en el caso de que no estén publicados, se haría conforme a lo estatuido en el artículo 101 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, vista la omisión del Banco Central de Venezuela de publicar los Índices Nacionales de Precios al Consumidor (INPC), calculada sobre la base del promedio de la tasa pasiva anual de los seis (6) primeros bancos comerciales del país, a menos que dichos índices sean publicados con posterioridad, y a tal efecto el juez en fase de ejecución, podía: 1.- Oficiar al Banco Central de Venezuela, con el objeto de que -por vía de colaboración- determine dicha corrección monetaria, y 2.- Ordenar que dicho cálculo se haga mediante una experticia complementaria del fallo, de conformidad con lo estatuido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, con el nombramiento de un (1) solo perito, en cualquier caso desde la admisión de la demanda (21 de julio de 2016), hasta el día a que se reciba el expediente en el tribunal de primera instancia para su ejecución. Así

---

<sup>48</sup> Incluso hubo un recurso por abstención a carencia en el cual fue declarado el decaimiento del objeto, dado que fue finalmente, de manera tardía, fue publicado por el Banco Central de Venezuela el mencionado índice inflacionario. Ver: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/189896-00858-9816-2016-2016-0146.HTML>

**José Armando Sosa**

se decide. (Vid. sentencias 865, de fecha 7 de diciembre de 2016 caso: *Analina Belisario Hergueta, Constructora F y D, C.A.*; 538 del 7 de agosto de 2017, caso: *Mario José Pineda Ríos, contra Condominio de Residencias Torre Europa, Torre III*; 517 de fecha 8 de noviembre de 2018, caso: *Nieves Del Socorro Pérez de Agudo contra Luís Carlos Lara Rangel*).

Hoy en día se publica los mencionados índices de inflación (INPC), y pueden los tribunales proceder a ordenar las experticias complementarias conforme a la ley, sin necesidad de oficiar al Banco Central de Venezuela para que por colaboración le indiquen el monto indexado.

Por otro lado, debemos recordar que si al momento de la decisión está en práctica en el respectivo tribunal, lo establecido en el *Reglamento del Procedimiento Electrónico para la Solicitud de Datos del Banco Central de Venezuela*, el cual fue dictado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sesión de fecha 30 de julio de 2014 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 40.616 de fecha 9 de marzo de 2015), el juez executor procederá a aplicar éste con preferencia a la experticia complementaria del fallo, para el cálculo de los intereses moratorios e indexación de los conceptos condenados.

Consideramos que, en todo caso, lo correcto es verificar cómo han fijado las partes su obligación y modo de pago, si es la moneda extranjera sólo un mecanismo de referencia tomándolo como moneda de cuenta, pero no de pago, o si, por el contrario, es un acuerdo de pago en moneda extranjera de forma exclusiva y excluyente.

Consideramos igualmente, que es un desaguisado limitar la forma de pago exclusivo en moneda extranjera cuando el pago vaya a ser realizado fuera del territorio nacional, más aún cuando se ha derogado el control cambiario, hay una libre convertibilidad a tasa de mercado, y existen cuentas bancarias en moneda extranjera en el sistema bancario nacional, aunque de forma limitada.

#### **4.3. Propuestas normativas para la correcta estipulación de mecanismos de ajuste del valor en moneda extranjera.**

**José Armando Sosa**

Consideramos que es pertinente y sano para la economía nacional, que se legisle por vía del proceso legislativo establecido en la constitución, mediante una ley formal, lo relativo a esta materia, en una clara ordenación de la multiplicidad de normas legales y sublegales.

Mientras tanto, el Tribunal Supremo de Justicia podría determinar, por vía de un *Obiter Dictum* -en cualquier causa que lo permita-, la forma en la cual se debe actualizar el valor de las obligaciones de distintas materias civiles, mercantiles o laborales, que hayan sido pactadas en moneda extranjera y deban ser pagadas en moneda de curso legal en el país. De la misma manera, cuando sea moneda de pago, dentro o fuera del territorio.

Y en cuanto a la actualización, en moneda local pudieran existir un ajuste o corrección monetaria por indexación más los intereses de mora con carácter resarcitorio, pero en moneda extranjera no pues dos mecanismos de ajuste acumulando indexación o corrección monetaria más ajuste por tasa cambiaria a la fecha, serían excluyentes entre sí.

Debe aclararse también, la tasa de interés aplicable cuando se trata de obligación en moneda extranjera, aplicando la ley de la moneda, y no el interés de la moneda local, pues ello desnaturaliza la obligación.

## **CONCLUSIONES**

Estimamos que es un tema sumamente relevante el que en una nación haya certeza en la estipulación del valor de las obligaciones y su permanencia del poder adquisitivo en el tiempo. Ello debe sustentarse en una normativa clara, estable y confiable.

Tenemos fe en que, si se siguen desarrollando las recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia con tesis Valoristas mas que Nominalistas, y por ende plasmando la

**José Armando Sosa**

necesidad de *decisiones justas* cuando hay *inflación posterior*, y se otorgue el derecho a mantener la acción procesal como principio, con la posibilidad de recurrir para discutir el fondo y mérito de las causas, con un cumplimiento justo de las obligaciones.

Estimamos que, a la ya vasta y amplia jurisprudencia existente en relación a las demandas de cumplimiento de obligaciones estimadas en moneda extranjera, y a la también enjundiosa jurisprudencia acerca de las formas de calcular cuantía para efectos procesales, se debe resolver ahora esta situación que está afectando al foro judicial a nivel nacional, en el sentido de que, debe hacerse una revisión de las leyes y de los criterios jurisprudenciales en este tipo de casos donde hay varias tasas y además fluctuantes, y analizar, la oportunidad procesal para calcular la cuantía que habilite el recurso de casación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Carlos Eduardo Acedo Sucre (con la colaboración de Luisa Lepervanche Acedo). *Contratos, Hiperinflación y Megadevaluaciones*. Ponencia para el foro organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre "Inflación, Política Cambiaria y Derecho", para ser celebrado el 21 de marzo de 2019. Acceso el 28 de noviembre de 2021.

<http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2FE2E25C51C0BB685F6.pdf>

Irma Lovera De Sola. *La indexación judicial. La inflación y las sentencias*. Acceso el 28 de noviembre de 2021. <https://vlexvenezuela.com/vid/indexacion-judicial-inflacion-sentencias-845754101>

Juan Cristóbal Carmona Borjas, " *El Petro de Criptoactivo a Unidad de Cuenta Fluctuante ¿Dolarización encubierta?*". Acceso el 28 de noviembre de 2021. <https://es.linkedin.com/pulse/el-petro-de-criptoactivo-unidad-cuenta-fluctuante-carmona-borjas>

Otis Rodner, James. *Obligaciones en Moneda Extranjera*, pp. 104. Acceso el 28 de noviembre de 2021.

[http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/24/UCAB\\_1976-1977\\_24\\_97-177.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/24/UCAB_1976-1977_24_97-177.pdf)

Otis Rodner, James. *Ley Aplicable a la Estipulación en Moneda Extranjera*. Acceso el 28 de noviembre de 2021.

<https://static1.squarespace.com/static/5e132a85019b062397248901/t/5e25c938681004796508b9a9/1579534648915/OMECapitulo4.pdf>

Román Duque Corredor, «La ilegitimidad de la sentencia de la Sala de Casación Civil no. 81 de fecha 16 de abril de 2021 (Diosdado Cabello vs. El Nacional, c. a.), conforme el estado democrático de derecho y de justicia», en artículo de fecha 18 de abril de 2021, *El Nacional*.

<http://www.bcv.org.ve/notas-de-prensa/desde-este-lunes-se-pueden-comprar-y-vender-inmuebles-en-petros>



**José Armando Sosa**

<https://www.france24.com/es/20180817-maduro-salario-reconvercion-monetaria-petro>

<https://www.telesurtv.net/news/nicolas-maduro-aumento-petro-salario-venezuela-anuncios-20181129-0043.html>

<https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>

<https://economipedia.com/definiciones/prime-rate.html>

## POSIBLES PROBLEMAS Y PREGUNTAS QUE SE PLANTEAN EN EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA

*Sacha Rohán Fernández Cabrera*

Doctor en Ciencias Mención Derecho; Especialista en Derecho Procesal; Especialista Derecho Internacional Económico y de la Integración; Abogado (UCV); Profesor de Derecho Civil III-Obligaciones (UCV); Profesor de Protección de Datos (UBA).

### Resumen

Ante la realidad cotidiana de nuestras vidas en las que utilizamos cada vez más los medios tecnológicos, es indudable que tiene también repercusión en el ámbito jurídico, incluyendo lo relativo a la materia contractual, motivo por el cual cobra relevancia poder determinar de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano, el momento en el cual se perfecciona el contrato, para poder establecer el momento en que surgen los derechos y obligaciones.

**Palabras clave:** Contratos a distancia. Tecnología. Perfeccionamiento. Contrato electrónico. Contrato público. Contrato privado.

## POSSIBLE PROBLEMS AND QUESTIONS ARISING IN THE IMPROVEMENT OF DISTANCE CONTRACTS

### Abstract

Faced with the daily reality of our lives in which we increasingly use technological means, it is undoubted that it also has repercussions in the legal field, including that related to contractual matters, which is why it is important to be able to determine in accordance with the legal systems, the moment in which the contract is perfected, in order to establish the moment in which the rights and obligations arise.

**Keywords:** Distance contracts. Technology. Perfection of the contract. Electronic contract. Public contract. Private contract.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

*Cuanto más grande es la dificultad,  
más gloria hay en superarla<sup>1</sup>*

## **INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo, nos planteamos esbozar de manera rápida y no detallada, algunos aspectos que tienen que ver con el perfeccionamiento de los contratos celebrados a distancia, en especial los relativos a aquellos que se realizan a través de las tecnologías de información o comunicación (Tics).

Por lo que vistas las complejidades y dificultades que se pueden plantear en la celebración de los mismos, su eficacia, validez, normativa aplicable, es que se hará especial referencia en lo relacionado con el perfeccionamiento de los mismos, así como se mencionarán algunas de las soluciones que se han dado y las que se consideran adecuadas, todo ello sin pretender ser exhaustivos y agotar el tema.

## **I. GENERALIDADES**

La contratación entre dos personas alejadas entre sí no es algo nuevo para el mundo jurídico, desde hace ya mucho tiempo se empleaba el correo postal y el telégrafo, pero en nuestros días esta modalidad de relación contractual ha crecido enormemente gracias al desarrollo de las tecnologías de la información, que nos han permitido acceder a nuevas herramientas y nuevos métodos de consumo, negociaciones, relaciones, intercambio de bienes y servicios, entre otros, especialmente gracias a Internet u otros medios de telecomunicación.

En este tipo de negociaciones, es indudable que se producen nuevos beneficios para sus participantes, ya sean como vendedor, cliente, comerciante, empresario, etc., ya que no tendrán que incurrir en una serie de costos que se encuentran asociados con los distintos tipos de contratos y actividades que efectúen, en particular con los de compraventa (como sería el caso del desplazamiento o transporte). Permiten también, que se pueda tener un mayor número de ofertas de bienes y servicios y un significativo poder de decisión en la contratación y adquisición de los mismos, así como contar con más

---

<sup>1</sup> Epicuro de Samos (342 a.c – 270 a.c.). filósofo griego.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

flexibilidad tanto en lo geográfico, como en el horario para realizar las actividades y contratos que se deseen.

No obstante, las ventajas de las que pueden disponer, pudiesen verse afectadas desde el punto de vista legal, al tratarse de una materia compleja, que en algunos países llega a tener un extenso marco jurídico regulador, en otros poco y en otros ninguno, siendo que en Venezuela es escasa la misma.

De allí, que uno de los aspectos relevantes en este tipo de relaciones, es el conocer y determinar las circunstancias y condiciones bajo las cuales se consideran válidos los contratos celebrados a distancia. A este respecto, las disposiciones del Código Civil<sup>2</sup> venezolano sobre contratos son igualmente aplicables a los contratos celebrados a distancia, ya que según dispone el artículo 1.140 *“Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales,”*<sup>3</sup> y por ende, se deben dar también las condiciones esenciales para su validez establecidas en el artículo 1.141 *eiusdem*.

De este modo, los contratos a distancia son un modo particular de negociación, distribución o contratación, en el cual el mensaje impreso o transmitido a distancia constituye el mecanismo principal para ofrecer los bienes, productos o servicios a una clientela determinada o indeterminada y de potencial de futuros consumidores, clientes o contrapartes, así como a cualquier otro sujeto necesitado de algún bien o servicio. Así, estos contratos se realizan en una operación que se desarrolla en tres fases o etapas fundamentales: 1) el usuario, consumidor o parte contractual recibe la oferta del producto o servicio que se puede realizar a través de una técnica de comunicación a distancia por una descripción escrita, visual u oral, con indicación de las condiciones contractuales; 2) sobre esta base, la contraparte manifiesta su voluntad, empleando también una fórmula cualquiera de comunicación a distancia para entrar en contacto con la otra parte y 3) más tarde se recibe el producto o servicio en los términos establecidos.

---

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N.º 2.990 Extraordinaria de 26 de Julio de 1982.

<sup>3</sup> Artículos 110 a 115 del Código de Comercio.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

En razón a esta utilización de instrumentos y medios informáticos de comunicación, no se producirá la presencia física simultánea de las partes contratantes en ningún momento, característica diferenciadora fundamental entre los contratos celebrados a distancia y los presenciales.<sup>4</sup>

Por lo tanto, para la validez de un contrato a distancia, rigen las mismas condiciones que si se tratara de un contrato tradicional, debiendo concurrir el consentimiento libre de los contratantes, un objeto cierto y una causa real y lícita.

Sin embargo, en los contratos celebrados por medios electrónicos o telemáticos, no siempre resulta sencillo verificar el requisito del consentimiento (y que se debe dar sin error, dolo o violencia), lo cual es esencial, en virtud de los artículos 1.141 y 1.146 del Código Civil venezolano,<sup>5</sup> para determinar la perfección de los mismos.

Las transacciones electrónicas en nuestro país, tendrían regulación en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas<sup>6</sup> (artículo 15)<sup>7</sup> y la Ley Orgánica de Precios Justos<sup>8</sup> (artículos 2 y 55),<sup>9</sup> las cuales al tener carácter especial relacionado con la materia,

<sup>4</sup> Usualmente, en la *World Wide Web*, cuando se trata de actividades comerciales, el consumidor no tiene por qué contratar sin reflexionar sobre lo que adquiere, cosa que sucede en los contratos realizados fuera de establecimientos mercantiles, donde sí se corre el riesgo de que la mercancía recibida no se corresponda con sus deseos, a la oferta o publicidad, o que sea defectuosa, por lo que se le concede un período para privar de eficacia al contrato, mediante el desistimiento unilateral, no con objeto de que puede reflexionar, sino para examinar con tranquilidad el producto comprado o característica del servicio contratado.

<sup>5</sup> Gaceta Oficial N.º 2.990 Extraordinario de 26 de julio de 1982.

<sup>6</sup> Gaceta Oficial N.º 37.076 de 13 de diciembre de 2000.

<sup>7</sup> **Artículo 15:** “En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos.”

<sup>8</sup> Gaceta Oficial N.º 40.340 de 23 de enero de 2014.

<sup>9</sup> **Artículo 2:** “Son sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, así como de las normas y regulaciones de rango sublegal que se dictaren con base en él, las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que desarrollen actividades económicas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, incluidas las que se realizan a través de medios electrónicos. Se exceptúan aquellos sujetos que, por la naturaleza propia de la actividad que ejerzan, se rijan por normativa legal especial, así como aquellos sujetos que, de manera expresa, sean excepcionados por el Presidente o la Presidenta de la República con ocasión de planes de desarrollo regional o tratados y convenios válidamente suscritos por la República.”

**Artículo 55:** (...) “Quien dirija un grupo estructurado o grupo asociado de personas para la comisión del delito previsto en este artículo, será sancionado de conformidad con la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo. Igualmente será sancionada la reventa a través de medios electrónicos, publicitarios o de cualquier otra índole que conlleve a la comisión de la infracción” (...).

Antes esto estaba regulado de mejor manera en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, señalado en su articulado que establecía: **Artículo 31:** “...cualquier forma de negocio, transacción comercial o intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

se aplican con preferencia, pero para los aspectos no regulados, se aplicarán de forma supletoria las disposiciones relativas a los contratos en general. También está la Resolución N.º 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica.<sup>10</sup>

A este respecto, es asimismo importante conocer el momento y el lugar en que se perfeccionan este tipo de contratos, ya que ello nos permitirá conocer aspectos relevantes a tener en cuenta en caso que pudieran presentarse controversias que deban resolverse por vía judicial, tal sería el caso de requerir determinar: 1) la ley aplicable al momento del nacimiento de la obligación, 2) el momento en el que se empiezan a computar los plazos para ejercer las correspondientes acciones judiciales, 3) la jurisdicción o el juzgado territorialmente competente. Todo lo anterior es relevante, en razón que, puede ocurrir que en los contratos a distancia las partes intervinientes que no siempre comparten el mismo ámbito geográfico ni temporal, lo cual hace que no resulte fácil de determinar estos aspectos.

Además, se debe tomar en consideración qué tipo de tecnología, tanto software como hardware es usado, aplicación, programa, etc., para poder determinar el efecto y alcance de los derechos y obligaciones a los fines de establecer cuándo se perfecciona el contrato. Así, este tipo de contratos a distancia se pueden dividir en: 1) los contratos por correo, mediante un sistema de contratación en el cual el mensaje impreso es el soporte principal para ofrecer el bien, producto o servicio, siendo que este mensaje impreso sobre papel puede adoptar formas diversas: a) catálogo, b) ofertas hechas para *mailing*; y, c) anuncios en prensa; 2) los contratos por teléfono; 3) los contratos por televisión; 4) los contratos por radio y 5) los contratos mediante uso de instrumentos informáticos o telemáticos.

---

*cualquier naturaleza. Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas, sin perjuicio de las leyes especiales”.*

**Artículo 32:** *“Los proveedores de bienes y servicios dedicados al comercio electrónico deberán prestar la debida atención a los intereses de las personas y actuar de acuerdo con prácticas equitativas de comercio y la publicidad. Los proveedores no deberán hacer ninguna declaración, incurrir en alguna omisión o comprometerse en alguna práctica que resulte falsa, engañosa, fraudulenta y discriminatoria. Las proveedoras o proveedores dedicados al comercio electrónico deberán llevar y conservar un completo y preciso registro de las transacciones que realicen por un periodo de cinco años. Los deberes comprendidos en este artículo serán de estricto cumplimiento, sin menoscabo a las obligaciones que determine otra normativa legal”.*

<sup>10</sup> Publicada en la Gaceta Oficial No. 39.597 del 9 enero 2011.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

De este modo, también los contratos electrónicos se pueden clasificar en: 1) *directos e indirectos*, en donde: a) en *los directos*, el pedido, el pago y el envío de los bienes intangibles y/o servicios se producen *on line*, como ocurre en las transacciones sobre software y música; mientras que b) *los indirectos*, son los utilizados para la adquisición de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente usando canales tradicionales de distribución; 2) *según los sujetos intervinientes* en: a) *Business to Business* (B to B o B2B), que son los celebrados entre empresas; b) *Business to Consumer* (B to C o B2C),<sup>11</sup> que se dan entre empresas y consumidores, incluyendo los llamados malls virtuales, que incluye tanto las empresas que ponen a la venta productos en la web de distintos comercios del mundo (por ejemplo, Alibaba.com, Ebay.com, Amazon.com) como las tiendas de ropa, zapatos, libros o electrodomésticos que comercializan sus productos a través de páginas web; c) *Consumer to Consumer* (C to C o C2C), que son los celebrados entre consumidores que interactúan directamente entre sí, como es el caso de las páginas de subastas en línea (Deremate.com, eBay.com, Mercadolibre.com) en las cuales los particulares ponen a la venta sus bienes y otros particulares los compran; d) *Business to Government* (B to G o B2G), que son los perfeccionados entre empresas y alguna dependencia del Estado; e) *Consumer to Government* (C to G o C2G), que relacionan a los consumidores con el Estado y e) *Government to Government* (G to G o G2G), que son los celebrados entre distintos organismos del Estado; 3) *EDI e internet*: a) los *EDI* (*electronic data interchange*), son los contratos celebrados mediante el intercambio electrónico de datos, en los cuales el acuerdo se alcanza a través de la comunicación de computadora a computadora, los cuales generalmente están precedidos por un acuerdo de intercambio de datos en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones; también se denomina como contratos celebrados en un entorno cerrado; b) por otro lado, los que se perfeccionan en *Internet* son considerados como propios de las redes abiertas y se caracterizan porque permiten la comunicación interactiva entre interlocutores sin relación previa, creando herramientas que incrementan la productividad, mejoran la calidad y generan nuevos métodos para llegar al cliente; 4) *Totales y parciales*: a) los *contratos totales* son aquellos en los cuales

---

<sup>11</sup> Se llaman *consumer to consumer*, porque el que lo vende es un consumidor en primer lugar, es decir, son para artículos de segunda mano. No obstante, en el caso de mercado libre, es complicado clasificarlo, también en el caso de Amazon, porque ambas compañías se dedican a distintas empresas ya que comercializan productos propios, revenden productos de terceros y además las personas pueden poner productos usados que sería lo que entiendo como C2C.

Sacha Rohán Fernández Cabrera

es electrónico tanto su nacimiento como el cumplimiento de las prestaciones debidas; b) en los *contratos parciales* el elemento electrónico se presenta sólo en el nacimiento o en la ejecución, donde el consentimiento es electrónico pero las prestaciones se satisfacen materialmente; y 5) *on line* y *off line*: a) los *contratos celebrados on line* son aquellos en los cuales el consentimiento se perfecciona en tiempo real; b) los denominados *contratos off line* en los que para su conclusión no existe una conexión instantánea.

Como si fuera poco, también se debe tener en consideración que las principales formas de los contratos son: 1) contratos unilaterales y bilaterales; 2) onerosos y gratuitos; 3) conmutativos y aleatorios; 4) reales y consensuales; 5) formales y consensuales; 6) principales, accesorios y derivados; 7) instantáneo, de tracto sucesivo o ejecución diferida, 8) obligatorios o resolutorios, 9) nominados o innominados, 10) de libre discusión o de adhesión, 11) individuales o colectivos, 12) simples o complejos, 13) civiles o administrativos (públicos), entre otras formas de clasificación. Varios de estos contratos se encuentran regulados en el Código Civil y en el Código de Comercio,<sup>12</sup> así como en el resto de la legislación general y especial, según la materia y especialidad.

Aunado a lo anterior, se encuentran los llamados *principios rectores del comercio electrónico*, que se refieren a los diversos principios generales relativos a este tipo de comercio que resultan fundamentales para determinar los alcances de la contratación en tal ámbito, los cuales surgen generalmente del análisis del articulado de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico<sup>13</sup> y de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas,<sup>14</sup> aunque también existen otras legislaciones modernas que los consagran. Entre estos están: a) la equivalencia funcional y no discriminación entre soportes, entre los actos jurídicos manifestados mediante soportes materiales y aquellos en los que la información es creada, guardada o procesada en soportes electrónicos; b) la neutralidad tecnológica, donde los ordenamientos normativos sobre la materia deben ser, en la medida de lo posible, neutrales para evitar su caída en la obsolescencia ante el avance imparable de la

---

<sup>12</sup> Gaceta Oficial N.º 475 Extraordinaria de 21 de diciembre de 1955. Los cuales se aplican de manera general y de manera supletoria en todos aquellos casos en que no estén regulados los contratos o tengan algún vacío.

<sup>13</sup> Tomado de la página web [http://www.paginaspersonales.unam.mx/app/webroot/files/1719/Leccion\\_2\\_Ley\\_Modelo\\_sobre\\_comercio\\_electroni.pdf](http://www.paginaspersonales.unam.mx/app/webroot/files/1719/Leccion_2_Ley_Modelo_sobre_comercio_electroni.pdf). Consulta realizada el 20 de febrero de 2021.

<sup>14</sup> Tomado de la página web <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-elecsig-s.pdf>. Consulta realizada el 20 de febrero de 2021.



**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

tecnología; c) la inalteración o inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, que tiende a evitar una modificación sustancial de las reglas del derecho común que rigen las relaciones comerciales, relativa a que el reconocimiento de la validez y eficacia de la información almacenada en soportes electrónicos no debe traducirse en una innecesaria duplicidad normativa; d) la buena fe, siendo que este principio debe primar en el marco del comercio electrónico debido a las situaciones de desequilibrio que genera el avance tecnológico, particularmente en los contratos celebrados entre empresas y consumidores; y e) la libertad de pacto, relativo a la libertad contractual, como expresión esencial de la autonomía de la voluntad, constituye un principio de nuestro sistema jurídico que permitió el desarrollo del comercio electrónico.

Esto hace que se ha de tomar en cuenta el tipo de contrato que se celebra, además de la tecnología empleada y la legislación aplicable, para poder determinar cuándo se perfecciona el contrato que se realice en concreto.

## **II. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO**

El perfeccionamiento de un contrato es el momento en el que éste inicia su existencia, validez y vigencia, siendo vinculante desde ese instante para las partes que lo han celebrado o suscrito. Las fases por las que pasa un contrato desde su gestación hasta su extinción son:

- La generación.
- La perfección.
- La consumación.

En cuanto al momento de la perfección, los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil venezolano, indican que el contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, además de indicar otros aspectos relativos a la aceptación, plazos de la misma, revocación de la aceptación, entre otros aspectos. Igualmente, en el caso de los contratos celebrados a distancia, así como lo efectuados entre personas ausentes, el Código de Comercio venezolano, en su artículo 112, establece que los contratos celebrados entre personas que residan en distintas plazas,

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

no se perfecciona hasta tanto la aceptación no llegue al conocimiento de la parte proponente en el plazo por él fijado, o en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según sea la naturaleza del contrato. De esta manera, se evita que el prestador del servicio difiera u obstaculice voluntariamente en su favor la recepción de la aceptación emitida por el consumidor, bastando con que ésta llegue a su círculo de conocimiento.<sup>15</sup>

En este sentido, se debe entender igualmente que se presume celebrado y perfeccionado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta, lo cual es fácil de observar cuando se trata de un contrato típico por escrito, no así cuando nos encontramos ante un supuesto de contratación a distancia, especialmente si se emplean medios electrónicos o cualquier otro tipo de tecnología, lo que significa que usualmente será en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, y en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor o cliente, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

En tal sentido, hay que recordar que el artículo 15 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, indica que en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensajes de datos, sin establecer nada respecto a cuándo se perfecciona el contrato, por lo que pudiera incluso ser desde donde se considera emitido el mensaje, pero a nuestro criterio ha de seguirse lo antes señalado.

Otro riesgo o problema que se plantea en la contratación a distancia, está en el modo en que las partes o los consumidores han de prestar válidamente su consentimiento a la hora de adquirir bienes o servicios a través de los distintos medios informáticos disponibles, ya que dependiendo de la plataforma tecnológica que se utilice, esto podrá variar. Así nos encontramos ante un supuesto en el que los medios tradicionales por los que se manifiesta la voluntad de contratar (ya sea verbal o escrita, pero en todo caso entre

---

<sup>15</sup> Para el supuesto del artículo 112 del Código de Comercio, se aplican también los usos. No así, en el caso del contrato entre personas distantes que se encuentren en la misma plaza que es el supuesto del artículo 111 *eiusdem*, en este caso se creemos que no se podría aplicar ni lo relativo a la naturaleza y mucho menos a los usos porque no hay uso contra ley.

presentes) son reemplazados por otros elementos o conductas que pueden comprometer su autenticidad.<sup>16</sup>

También se debe observar que no se produzcan vicios en el consentimiento libre y consciente por parte del consumidor,<sup>17</sup> cliente o contraparte en relación al producto o servicio ofrecido, si se llega a presentar oscuridad en este tipo de transacciones, que junto con la falta de conocimiento en tecnologías de la información y el uso de herramientas de contratación telemática, puede provocar que las partes menos habituadas a emplear medios electrónicos y tecnológicos para realizar sus actividades y contrataciones, ignoren la verdadera naturaleza contractual de la operación, y que hacer un “clic” en la pestaña de "aceptar" en una página web supone la prestación de su consentimiento. Por ello, es importante que el prestador del servicio<sup>18</sup> proporcione información antes de formalizar el contrato, como puede ser las características del bien o servicio ofrecido, los gastos de entrega y transporte, los distintos trámites que deben seguirse para formalizar el contrato o las condiciones generales de la contratación, las obligaciones y derechos que se asumen, entre otros.<sup>19</sup>

Igualmente se pueden tomar otras medidas de precaución de naturaleza técnica (como los códigos de identificación de usuario o contraseñas de acceso, programas de seguridad, uso de *blockchain*) y legales, destinadas a asegurar la integridad en las declaraciones de voluntad de las partes intervinientes y acreditar su autoría, para que el oferente se obligue a confirmar a su contraparte, cliente, consumidor, etc., la recepción de su aceptación, pudiendo establecer incluso la posibilidad de recurrir a un tercero de confianza que archive las declaraciones de voluntad o bien emplear el soporte electrónico en el que conste el contrato como prueba documental en un juicio, tal como ocurre en España.

---

<sup>16</sup> Tal sería el caso de que el correo electrónico no sea utilizado por su titular sino por un tercero, o que quien escriba por WhatsApp se otro distinto al dueño del teléfono celular, entre otros.

<sup>17</sup> Aunque menos frecuente, también se pudiera dar un vicio del consentimiento del proponente o negocio.

<sup>18</sup> Que pudiera ser quien comercializa el producto o servicio por la plataforma electrónica o quien proporciona la plataforma electrónica, ello dependerá de quien efectivamente tenga la obligación de dar el producto o servicio, a veces serán ambos.

<sup>19</sup> Suministrar este tipo de información es exigido en la legislación de países como España con la *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico* o Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

Lo cierto es que el consentimiento debe ser claro y manifiesto, por lo que la falta de respuesta ante una oferta, no se ha de considerar que se aceptan los términos del contrato y mucho menos pretender que existe un contrato por una prestación no solicitada, como sería el caso de los servicios de telefonía o algunos productos bancarios, con lo cual no se obligaría al consumidor receptor de los bienes o servicios no solicitados a su custodia o devolución.

De los párrafos anteriores ya observamos, que es importante determinar el momento de la perfección de un contrato, lo cual, cuando las personas contratantes están ubicadas en la misma localización no tiene ninguna dificultad. Sin embargo, los problemas pueden comenzar a surgir cuando las partes están separadas físicamente, lo cual, como hemos mencionado, sucede cada vez más a menudo, gracias a la aplicación de las nuevas tecnologías dentro del proceso de contratación.<sup>20</sup>

### **III. CONTRATOS CELEBRADOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Además de los aspectos mencionados previamente, también se debe tener presente que una cosa son los contratos civiles y mercantiles y otra las contrataciones con el Estado, en sus diversas manifestaciones político-territoriales, centralizada, descentralizada, con autonomía personal, entre otros.<sup>21</sup>

De manera general, podemos decir que los contratos que se celebren con la Administración Pública se perfeccionan con su formalización, donde se encuentran los llamados “contratos menores” (que no requieren licitación y se perfeccionan con su adjudicación), los “contratos basados en un acuerdo marco” (que en principio tampoco requieren licitación y se perfeccionan con su adjudicación), o en casos de la contratación

---

<sup>20</sup> En España la Ley 34/2002, de 11 julio, que modificó los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio estableció que:

*“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndose la remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.*

*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”*

<sup>21</sup> España tiene la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre Órganos del Estado, cuyo artículo 36 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público regula la perfección de este tipo de contratos.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

directa (artículos 76 y ss. de la Ley de Contrataciones Públicas,<sup>22</sup> que tampoco requieren licitación) y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que se perfeccionan con su adjudicación (necesitan de licitación y también se perfeccionan con su adjudicación, previo al proceso licitatorio).

Aunque el perfeccionamiento del contrato viene dado por la formalización o por la adjudicación, momento desde el que las partes quedan obligadas a su cumplimiento, se exige la constitución de ciertas garantías, con carácter previo a su formalización, tal como se describe en la Ley de Contrataciones Públicas, además, se debe tener presente que estamos ante un tipo de contrato de carácter formal, pues las entidades del sector público no pueden contratar verbalmente.

Igualmente se debe tener presente que en las modalidades excluidas en cuanto a la selección de contratistas según el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas, son: 1) la prestación de servicios profesionales y laborales, 2) la prestación de servicios financieros por entidades regidas por la ley sobre la materia, 3) la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero, 4) la adquisición de obras artísticas, literarias o científicas, 5) las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes, 6) los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante y 7) la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, encomendadas a los órganos o entes de la administración pública. En lo que respecta a las contrataciones electrónicas, se encuentran regulados en la Ley de Contrataciones Públicas desde el artículo 79 al 81. En todo caso, la perfección de los contratos administrativos se produce mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella.

Igualmente, se debe recordar que el legislador exige requisitos diferentes para el perfeccionamiento del contrato en las distintas tipologías contractuales existentes en el mundo del derecho (contratos reales, consensuales, solemnes o formales, públicos, privados, entre otros); los contratos consensuales se perfeccionan por el mero consentimiento, los contratos reales requieren para su perfección, no sólo el

---

<sup>22</sup> Gaceta Oficial N.º 6.154 Extraordinaria de 19 de noviembre de 2014.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

consentimiento de las partes, sino también la entrega de la cosa; y los contratos formales necesitan para su perfección, además del consentimiento, una forma determinada; en los contratos a distancia se produce la perfección del contrato en el momento en que el oferente recibe la aceptación, tanto si en aquel instante la conoce, como si no la quiere conocer (por ejemplo, no abre el correo electrónico) faltando a la buena fe; en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos (por ejemplo, el cajero automático) hay consentimiento desde que se produce la aceptación a través de la máquina.<sup>23</sup>

Todos estos elementos y particularidades se han de tomar en consideración en lo relativo a los contratos celebrados con la Administración Pública en sus distintas manifestaciones y posibilidades, a los fines de poder determinar cuándo se produce el perfeccionamiento del contrato.

#### **IV. TEORÍAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ENTRE PERSONAS DISTANTES**

Antes de tratar de indicar algunas disposiciones aparentemente aplicables de nuestro ordenamiento jurídico, diremos que tradicionalmente se han reconocido, en doctrina, las siguientes teorías para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes:

*Teoría de la declaración o emisión*, la perfección del contrato tiene lugar desde el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptación. A esta teoría se le critica que, a pesar de ser estrictamente consecuente con la dogmática, no reconoce el carácter recepticio que debe asignársele a las declaraciones contractuales y, que no se considera justo que un contratante -el oferente- quede vinculado por una declaración que ignora por completo.

---

<sup>23</sup> En todo caso, habrá que ver si esa transacción electrónica es un contrato o la ejecución de un contrato ya que previamente pudo haber sido no electrónico. En el contrato de cuenta bancaria, en el cual, al igual que con la transferencia, el banco se obliga a entregar el dinero si el cuentahabiente tiene fondos en su cuenta, lo que también sucede en la transferencia, así parte de la doctrina acoge la teoría del mandato, aunque existen otras.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

*Teoría de la expedición o remisión*, surge buscando posiciones que atenuaran los efectos negativos de la teoría de la emisión. En esta teoría, no sólo es necesario que el aceptante haya declarado su voluntad de aceptar, sino que se requiere, además, que la haya dirigido a su destinatario con la intención de que éste pueda conocerla.

*Teoría de la cognición o del conocimiento*, agrega más exigencias al requerir la perfección del consentimiento, ya que no sólo exige la declaración de voluntad del aceptante sino además, que ésta llegue efectivamente a conocimiento del oferente. Con esta teoría se trató de solucionar las críticas formuladas a la teoría de la declaración, colocándose en el extremo opuesto, pues esta vez, deja desprotegido al aceptante ya que, podríamos plantearnos el caso que el aceptante del contrato haya hecho todo cuanto estaba en su mano y cuanto cabía exigirle, para que su aceptación llegara a conocimiento del oferente, pero por alguna circunstancia esto no ha sucedido u ocurrido, por un hecho que le es imputable a este último (el oferente), con lo cual cabría preguntarnos ¿es justo que la declaración de aceptación quede ineficaz y que por consiguiente no exista contrato?, pareciera que la respuesta lógica es que no.

Por último está la *teoría de la recepción*, que se puede ver como una modalidad de la teoría del conocimiento, en cuanto a que considera que no es necesario que el oferente haya tomado efectivo conocimiento de la aceptación para que el contrato quede perfeccionado bastando para tal propósito que la aceptación haya llegado al ámbito o círculo de intereses del oferente, por lo que si éste no ha tomado conocimiento de aquella es un hecho imputable sólo a él y, en consecuencia, el aceptante no tiene porque sufrir las consecuencias de su actuar negligente.

En este sentido, se ha de mencionar que las reglas generales de la teoría general del contrato y de las obligaciones, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, parten de la hipótesis más simple de que las partes se encuentran presentes, lo cual conlleva como lógica consecuencia que el consentimiento se forme en el mismo instante en que se ha producido la aceptación así como, en el lugar en que ésta se ha efectuado, circunstancias que en muchos casos, además, coincidirán con el lugar de emisión de la oferta.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

Además, en materia de comercio electrónico, existe el *principio de la equivalencia funcional en el comercio electrónico*, antes mencionado, el cual se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas,<sup>24</sup> que se refiere a que las manifestaciones de voluntad por medios electrónicos, tienen la misma función que las realizadas por medios físicos, con lo que, el acuerdo electrónico de voluntades, tiene los mismos efectos jurídicos que el contrato firmado en papel, y los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos equivalen a los suscritos en forma manuscrita, e incluso oral. En definitiva, esto implica aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

## **V. ¿LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS SON UNA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES?**

En cuanto al problema de la determinación de la perfección del contrato electrónico, cuando éste se desarrolla entre personas que no están frente a frente, cabe hacerse la pregunta de, si estos constituyen realmente los supuestos del negocio jurídico electrónico o de una modalidad de contratación entre ausentes.

La manifestación de la voluntad y el consentimiento de las partes de celebrar un contrato debe ser expresado de manera libre y sin vicios de la voluntad, ya sea por correo electrónico o por adhesión a un documento en la Web, o a través de cualquier otro medio, donde este contrato evidencia el principio consensual del derecho contractual, el cual existirá siempre y cuando no requiera de formalidades especiales señaladas por la ley.

Se debe considerar que la oferta en Internet, es una declaración unilateral de la voluntad por la cual, la parte que la hace propone la celebración de un contrato a una o

---

<sup>24</sup> “*Los mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos....*”



**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

más partes o al público en general, en donde los efectos jurídicos de la oferta son independientes de la aceptación.

Se habla de que, si la aceptación en Internet debe de ser implícita o explícita, en general, estimando que la persona a la que se le hace la oferta no puede quedar obligada por su silencio, no obstante, puede ser implícita cuando ya existe un flujo regular de negocios entre las partes mediante el uso de Internet como medio de comunicación y que han establecido una relación comercial permanente, basada en un contrato principal celebrado previamente.

En el caso venezolano se aplica lo establecido en los artículos 11, 13 y 14 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, donde se indica la facultad de condicionar los efectos jurídicos del mensaje de datos, a la recepción del acuse de recibo emitido por el destinatario en caso que sea previsto por las partes dicho acuse de recibo, el cual debe determinar la forma, el método y el plazo para realizarlo. En el caso de existir un acuerdo sobre el plazo para la recepción del acuse de recibo, la no recepción del mismo, dentro del plazo estipulado, ocasionará que se tenga la aceptación como no emitida, pero en el caso de que no exista un acuerdo previo, sobre el plazo de la recepción del acuse de recibo con la aceptación, esta ley establece que el mensaje de datos se tendrá por no emitido, si el destinatario no envía el acuse de recibo dentro de las veinticuatro horas contados a partir de la emisión del mismo.

La posición mayoritaria en cuanto a la normativa y la doctrina, es la de entender los supuestos de contratación electrónica como una clase de contratación a distancia o sin presencia física de las partes, ello en razón de que en un principio las nuevas tecnologías fueron desarrolladas casi exclusivamente como medios de comunicación a distancia - función esta que hoy en día esta evidentemente sobrepasada-, no obstante, actualmente se comienza a cuestionar que tal modalidad contractual constituya realmente un proceso formativo a distancia o entre ausentes, según los criterios tradicionales que se han utilizado para dar tal calificación a los contratos.

Frente a esto debemos preguntarnos: 1) si es posible que el negocio jurídico electrónico se celebre entre presentes, debido a que en un principio sólo estaba considerado como una hipótesis negocial a distancia y 2) si la formación del

Sacha Rohán Fernández Cabrera

consentimiento electrónico entre personas distantes físicamente puede ser explicado de acuerdo a las reglas clásicas que gobiernan la formación del consentimiento entre ausentes.

En tal sentido, aunque la contratación electrónica se originó como un fenómeno comunicacional entre personas distantes físicamente, hoy en día, en razón a los avances tecnológicos y comerciales recientes, en aspectos tales como suscripción, archivo y prueba del documento electrónico, aplicaciones informáticas, se puede concluir que el formato electrónico será preferido cada vez más por una mayoría de personas para suscribir documentos de naturaleza negocial que se encuentran en el mismo lugar de celebración,<sup>25</sup> ello debido principalmente al hecho de que se transita decididamente desde el documento en soporte de papel al documento en soporte electrónico o de data informática, mucho más si tomamos en consideración las seguridades que brinda el sistema de *blockchain*.

Por ello, se debe de distinguir qué tipo de tecnología se está utilizando, así algunos doctrinarios siguiendo el criterio jurisprudencial español consideran a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes,<sup>26</sup> tal como lo efectúa igualmente los países del "*commonlaw*", en particular en Estados Unidos e Inglaterra, donde los contratantes que se comunican por teléfono son considerados que están presentes.<sup>27</sup> En tal sentido, la *ratio legis* de los que consideran la comunicación telefónica como una especie negocial entre presentes se encuentra en la circunstancia que en tal medio de comunicación existe un proceso ininterrumpido de contacto, como si estuvieran

---

<sup>25</sup> Debe tenerse en cuenta que el que se encuentren en el mismo lugar no significa que no haya distancia (ver el artículo 111 del Código de Comercio). Lo que se conoce como documento electrónico que permite suscribirlo sin necesidad de desplazarse a la notaría y podrán transmitir, a dónde deseen y en cuestión de segundos, cuantas copias autorizadas del documento requiera. En tal sentido, la Ley del Notariado de 2014, en su exposición de motivos y en sus artículos 2, 24, 25, 35, 68, 75 numerales 13, 15 y 18, y 76, permiten a los notarios y registradores el manejo electrónico del documento, la firma electrónica y la base digital de datos, unidos a los conocidos trámites de traslado y habilitación, que convergen en un servicio eficiente e idóneo para los usuarios y usuarias.

<sup>26</sup> Lacruz y otros 2ª Ed. revisada por F. Rivero. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*. (Madrid: Editorial Dykinson Vol. 1º, 2ª Ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, 2000), p. 384; Valentín Carrascosa, Mª. A. Pozo y E.P. Rodríguez. *La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos*. Granada: (Segunda Edición, Editorial Comares, 1999) 25; Miguel Ángel Davara Rodríguez. *Manual de Derecho Informático*. (Pamplona: Tercera Edición. Ed. Aranzadi, 2001) 170, 170, entre otros.

<sup>27</sup> Así señala Luigi Ferri. *La Autonomía Privada*. (Granada: Ed. Comares, 2001) 141.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

en el mismo lugar, independientemente del distanciamiento o la lejanía existente entre las partes, similar a lo que ocurre con el uso del télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación, porque ello no impide el conocimiento simultáneo del momento en que se unen las declaraciones de voluntad, al utilizar un medio de comunicación que elimina la diferencia de tiempo en la emisión de las declaraciones de oferente y aceptante, igual puede ocurrir con otros medios informáticos de comunicación como el WhatsApp, zoom, ciscowebex, viper, u cualquier otra herramienta que permita tener ese efecto de inmediatez, calidad del diálogo y seguridad, siendo contratos de formación instantáneas.

Esto lo diferenciaría de la contratación entre ausentes que se produce mediante carta o correspondencia telegráfica o correspondencia, en la que sí existe un intervalo de tiempo entre el emisor y destinatario o aceptante y oferente, en donde media interrupción o un espacio de tiempo jurídicamente relevante.<sup>28</sup>

No obstante, para poder determinar si los contratos que se celebran con el uso de estas herramientas y medios informáticos, nos permiten considerar que esas convenciones son realizadas en calidad de ausentes o presentes de las partes, no es algo siempre muy sencillo de determinar, sino que por el contrario la búsqueda de soluciones puede llegar a ser bastante compleja, sobre todo cuando:

1) En cuanto a la relatividad que han adquirido en Internet los conceptos de tiempo y espacio, sobre todo en el aspecto filosófico y jurídico, por lo que para distinguirlas de las ideas clásicas se las ha denominado virtuales.<sup>29</sup> Por eso, no tiene sentido hablar de horas hábiles u horario comercial ya que las transacciones comerciales han desarrollado sus propias reglas relativas a horarios de comunicaciones, lo cual junto a la inmediatez de las comunicaciones electrónicas, hace que no tenga, en la mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período de tiempo que transcurre entre el envío y la recepción

---

<sup>28</sup> Sin embargo, en países como España, según lo establecido en el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación electrónica con condiciones generales de la contratación, en su artículo 1.1, parece considerar que el contrato electrónico con condiciones generales es una especie de contrato a distancia, sin ser dogmático sobre el punto. También, la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, en su artículo 38.1 prescribe que se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza.

<sup>29</sup> Se ha llegado incluso a hablar de un tiempo u hora en Internet distinta a la establecida por convención internacional para los husos horarios.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

de una comunicación electrónica, además de no importar el lugar del mundo en que se encuentren ubicados emisores y receptores del proceso comunicacional contractual.

Por eso, en la Web se considera que el tiempo virtual es igual en todo el mundo y que el tiempo de respuesta es insignificante sin importar la distancia física, lo cual es un efecto de la globalización y de la aldea global.

2) El otro problema estaría vinculado a que las nuevas tecnologías de la información, que incluye medios de comunicación muy diversos, sobre los cuales hemos mencionado algunos y que deben, en consecuencia, ser analizados por separado para su adecuada calificación dentro de las mencionadas categorías de procesos de formación del negocio jurídico entre presentes o entre ausentes.

Así, lo relativo a los conceptos de tiempo y espacio en Internet, vinculado con este segundo problema, al analizar la comunicación por correo electrónico que, en principio se asimila a la comunicación por carta tradicional, se debe tener presente que éste puede llegar en cuestión de segundos a los rincones más lejanos y apartados del mundo, lo que hace que las aprehensiones de los legisladores de épocas pasadas relativas a la demora en la recepción de las comunicaciones, no se justifican. De este modo, esta prevención, efectuada para la comunicación vía correo electrónico, se suele hacer extensiva a la mayoría de los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, presumiendo una falta de continuidad en los procesos de comunicación a distancia, lo cual no siempre se da en el caso de la formación del consentimiento electrónico, con lo cual se hace evidente la insuficiencia de los conceptos clásicos para explicar adecuadamente las hipótesis de contratación electrónica.

En todo caso, mediante las nuevas tecnologías se tiene simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales, por lo que una parte de la doctrina considera que estaríamos en presencia, en una especie de contratación entre presentes, para los efectos previstos en las leyes respecto a la perfección del negocio jurídico,<sup>30</sup> que aunque lo consideremos, como regla general, esta admite excepciones en atención a las diversas

---

<sup>30</sup> Rodolfo Fernández Fernández. *La Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet*. (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001), 34.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

características de los diferentes medios pertenecientes a las tecnologías informáticas utilizadas.

Las nuevas tecnologías, no sólo constituyen un avance técnico o tecnológico en relación con los medios de comunicaciones que existían antes de su aparición y que permiten en varias ocasiones que se establezcan comunicaciones idénticas a las que pueden desarrollarse entre personas presentes, debido a que estos contratos aunque se generen y ejecuten a distancia, en remoto o con ausencia y distancia física, usualmente no está presente la distancia temporal, pareciéndose mucho más a la contratación física o presencial usuales, funciona como si las partes estuvieran "cara a cara", sobre todo al contar con programas, aplicaciones y tecnología que se hacen estándar en el ciberespacio, las cuales consisten y permiten que esos intercambios sean en tiempo real tanto en las ofertas, como en las aceptaciones y manifestaciones de voluntad. Un ejemplo de esto lo serían, las comunicaciones por vídeo conferencian en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente, percibiéndose las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz, que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

Todo esto evidencia que hoy en día un proceso comunicacional no depende de la distancia física sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento, para de esta manera determinar si es entre ausentes o no, lo cual se debería emplear como regla generalmente válida para todos los medios de tecnologías de comunicación e información que se pueden usar hoy en día, a los fines de determinar si consisten o no en un proceso ininterrumpido de comunicación y, si por ello, han de ser calificados como contratos celebrados entre presentes.

Para tal determinación de esta simultaneidad, la telefonía IP y la vídeo conferencia por Internet son los medios que menos problemas presentan, como ocurre con la comunicación telefónica, que se considera una especie de contratación entre presentes, por lo que el mismo criterio debería aplicarse por analogía a la comunicación similar realizada por la Red y la telefonía IP,<sup>31</sup> la cual aparentemente funciona igual a la telefonía

---

<sup>31</sup> *Internet Protocol*, sistema de comunicación telefónica realizada vía Internet, por medio de al menos dos computadores. No obstante en el entorno tecnológico de Internet, cabe diferenciar situaciones en las que varía el carácter simultáneo o no de la comunicación, pudiendo provocar en ocasiones incertidumbre.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

tradicional aunque sobre bases tecnológicas diferentes.<sup>32</sup> Por ello, la vídeo conferencia por Internet se le debe aplicar la misma solución, ya que se trata de una especie de comunicación telefónica mejorada, en el que además de poder escucharse la voz del interlocutor es posible ver su imagen.

En lo referente al Chat, este se trata igualmente de un proceso comunicacional en tiempo real, ya que exige la presencia de las partes al mismo tiempo en ambos extremos de la línea de comunicación establecida, recibándose los mensajes entre los receptores y emisores y por ende sus respuestas en cuestión de segundos entre las partes, siendo también un proceso fluido de comunicación, aunque como en el caso anterior en la tecnología a pequeñas interrupciones, pero las partes pueden conocer, en cuestión de segundos, la voluntad de la otra y la aceptación a una oferta contractual determinada.

En cuanto al correo electrónico, mencionamos nuevamente que, por el contrario, es considerado generalmente, una especie de contratación entre ausentes, por tratarse de un proceso de comunicación no sucesivo continuo o interrumpido, debido a que pueden transcurrir horas o días hasta que el mensaje de correo electrónico sea leído por su destinatario. Sin embargo, si se aplica la teoría de la recepción antes mencionada y se observan normas del derecho comparado como el artículo 11.1 de la Directiva de Comunidad Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, el perfeccionamiento del negocio jurídico se produce, generalmente, casi instantáneamente, ya que lo que se exige no es que el destinatario haya leído el correo sino que éste haya llegado a la órbita de su conocimiento, lo que ocurre en el instante en que el mensaje ha ingresado en la cuenta de correo electrónico que el destinatario tiene en un determinado servidor, con independencia del momento en que decida recuperar y tomar conocimiento del mensaje.

La formación del consentimiento electrónico vía Internet o página Web, no se puede dar en una respuesta unitaria en cuanto a si se trata de una especie de contratación entre presentes o no, por lo que es necesario realizar la distinción entre páginas Webs

---

<sup>32</sup> En la comunicación telefónica IP existen interrupciones en la comunicación e incluso las diversas intervenciones que las partes hacen -frases- viajan a su destino en paquetes de información independientes por vías completamente diferentes dentro del mismo proceso, no existiendo como en la telefónica tradicional un canal comunicacional bilateral permanentemente abierto, donde las interrupciones son tan insignificantes y la continuidad del proceso comunicativo tan evidente que, aunque se produzcan interrupciones el proceso de fluido, a pesar de no ser en un canal bidireccional permanentemente abierto, como la que se da entre los presentes, se puede considerar como tal.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, por lo que, en los casos en que la Web cuente con un sistema electrónico de comunicación bidireccional en línea e interactiva, se deberá considerar como que la contratación fue entre presentes y, en caso contrario, como entre ausentes.

No obstante, con estos medios telemáticos, informáticos y de comunicación moderna por Internet, no siempre será sencillo determinar si estamos en presencia o no de un contrato entre presentes o ausentes a los fines de establecerlas reglas de la formación del consentimiento, con lo cual queda en evidencia la insuficiencia de las normas existentes para tratar adecuadamente los aspectos relativos a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías. Definitivamente, la contratación electrónica seguramente será cada vez más usada por sus ventajas como un medio de formalización contractual entre personas presentes, con lo cual se notará el anacronismo y la inaplicabilidad de buena parte de la incipiente regulación que hay en nuestro país sobre contratos electrónicos, así como que la caracterización del negocio jurídico electrónico según los parámetros clásicos de ausencia o presencia de las partes, se presentan muchas variables que hacen que no sea tan sencillo su categorización ya que difiere de la contratación tradicional, siendo necesario la introducción en el ordenamiento jurídico de soluciones que sean compatibles con la realidad tecnológica actual.

## **VI. MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO**

Visto lo anteriormente dicho, el momento de perfeccionamiento del contrato electrónico no es fácil de determinar, sobre todo al usar los esquemas tradicionales elaborados para la contratación entre presentes o ausentes, motivo por el cual es una de las cuestiones más debatidas en la nueva temática contractual electrónica.

Así, la aceptación como declaración de voluntad emitida por el destinatario de la oferta y dirigida al oferente, en la cual comunica su conformidad con los términos de la oferta, es importante poder determinarla para observar si se perfecciona el contrato, por lo que para que la aceptación sea válida tiene que ser congruente con la oferta, coincidiendo por completo en todos sus términos; ser oportuna, es decir, emitida durante

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

la vigencia de la oferta; dirigida al oferente y guardar la forma requerida, así es que nuestro Código Civil en el artículo 1.137, contempla que la aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por ésta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio; si llega fuera del plazo, el autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía y considerar el contrato como perfecto siempre que él lo haga saber inmediatamente a la otra parte.

En lo relativo a los contratos en línea, éstos deben ser aceptados por medio de una declaración expresa de voluntad, la cual usualmente es por medio de una conducta que exterioriza la intención de aceptar la oferta pulsando en el botón donde se produzca la aceptación, aunque también pudiese aceptarse descargando un software de la red o cualquier tipo de información que sea objeto del contrato, la cual es perfectamente admisible, al no exigirse ninguna formalidad específica para su manifestación, de forma tal que puede ser expresada por medio de un mensaje de datos, o por medio de cualquier otra manera previamente establecida.

De este modo, determinar el momento de la celebración del contrato es importante en la medida en que permitirá saber desde cuándo las partes se encuentran sujetas a las condiciones del contrato, así como los derechos y obligaciones que de ella emanen para cada parte. Para ello, se utilizan las teorías ya mencionadas de: a) la declaración, b) la emisión, c) la recepción y d) la cognición.

Esto tiene relevancia ya que, según los casos y los países o nacionalidades involucrados en el contrato, las soluciones propuestas no armonizaran forzosamente entre ellas, aunque como mencionamos, la teoría de la recepción ha sido generalmente adoptada en el campo del comercio internacional, la misma que ha sido propuesta en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), aunado a que en el comercio electrónico, intervienen ciertos elementos adicionales y particulares, como que, para la recepción de la declaración de voluntad, no sólo se deberá tener en cuenta la ubicación física del oferente y del aceptante, sino también se tendrá en consideración el sistema informático que recibe y envía tal aceptación.

El lugar de recepción de la aceptación, se entiende a partir del concepto de sistema informático, mientras que el lugar de emplazamiento es el que se estima para determinar



los momentos de emisión y recepción de la aceptación.<sup>33</sup> Se considera como solución más apropiada que se realice un pacto expreso establezca el lugar del establecimiento comercial como el de celebración del contrato, para evitar los equívocos causados por la separación geográfica.

En razón de esto, para poder determinar el momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico se debe considerar, en primer lugar, la existencia de normas especiales sobre la materia, nacionales y en derecho comparado, ante la ausencia de regulación expresa y completa en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, podemos observar la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico,<sup>34</sup> que en su artículo 2. a), entiende por servicios de la sociedad de la información aquellos servicios en el sentido del apartado 2, del artículo 1, de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, que concibe, a su vez, por “servicio” todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, “a distancia”, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

La aplicación de esta normativa o Directiva sobre Comercio Electrónico no se limita en su aplicación al ámbito civil, ya que su considerando 18, en relación al concepto de servicio de la sociedad de la información, excluye a las comunicaciones entre personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, al estimar que no constituyen un servicio de la sociedad de la información y, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la misma. Otras materias excluidas son las del artículo 1.4. de la Directiva mencionada que

---

<sup>33</sup> El sistema informático es todo medio técnico por el que se transmite, recibe y archiva una aceptación, que podría referirse a una *Red* de comunicaciones o un servidor, el cual es útil para determinar el momento de celebración del contrato electrónico por Internet, al cumplir, en el medio electrónico, una función semejante a la ubicación física de las partes. Una cosa es el lugar de recepción de la aceptación electrónica y otra el lugar del establecimiento del oferente, lo ideal es que coincidan ambos lugares. Entendiendo que el lugar del establecimiento es el espacio físico del oferente; su sede social o sede principal, para los casos en que el oferente tenga más de una y cuando el lugar de emplazamiento del sistema informático no coincida con el lugar del establecimiento del oferente, debe entenderse como lugar de celebración del contrato a este último, salvo que exista pacto en contrario.

<sup>34</sup> Sin embargo, existen muchos supuestos de aplicación no cubiertos por la mencionada normativa, ya que dicha legislación se formuló específicamente para el comercio electrónico y no a la contratación electrónica o negocio jurídico electrónico, donde estas últimas se refieren a materias propias de la teoría general del derecho común. Además el ámbito de aplicación de esta normativa excluye los contratos celebrados entre particulares, ya que el objeto de la misma es el comercio electrónico y a las relaciones entre comerciantes *-business to business (b2b)* y *business to consumer (b2c)*- y entre comerciantes y consumidores.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

dispone que ésta no establece normas adicionales de derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia; igualmente el artículo 1.5 excluye de su ámbito de aplicación: a) las materias de fiscalidad; b) las cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE; c) las cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles; d) las siguientes actividades de los servicios de la sociedad de la información; las actividades de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública, la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales, las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas.

Así observamos que, la Unión Europea no ha permanecido indiferente ante la problemática generada por este tipo de contratación, y los contratos a distancia fueron objeto de la Directiva 97/7/CE y 2000/31/CE, entre las otras previamente mencionadas. En España, está la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, contiene en sus arts. 38 a 48 la primera regulación a nivel estatal sobre las Ventas a Distancia, y antes de esta ley algunas comunidades autónomas disponían de una normativa sobre esta materia, las cuales han sido objeto de reforma tras la aprobación de la Ley 47/2002 para la transposición al Ordenamiento Jurídico interno de la Directiva 97/7/CE, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias.

#### A. Reglas generales para la determinación del perfeccionamiento.

Parece ser el criterio general y actual en la doctrina respecto a las nuevas tecnologías que, sin importar la distancia física entre las partes, la contratación electrónica, debe ser considerada una especie o tipo de contratación entre presentes, siguiendo las reglas generales para este tipo de contratación, donde la proposición como la aceptación coinciden, en la mayoría de los casos, en el mismo instante, por lo que la determinación del momento de perfeccionamiento del consentimiento en el negocio jurídico electrónico no debería ser un problema, ya que éste será el instante en que conocerá la aceptación el oferente, coincidiendo con cualquiera de las etapas en que pueda encontrarse la aceptación, como lo son la declaración, la emisión, la recepción y el conocimiento.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

Ahora, en cuanto a aquellos contratos que son considerados como un tipo de contratos entre ausentes, como el correo electrónico, ante la rapidez de la velocidad con que se desplazan las comunicaciones telemáticas, como ya mencionamos en los párrafos anteriores, esto minimiza las diferencias de tiempo que se daban en el pasado entre las personas distantes, con lo cual también se podría dudar de la calificación del correo electrónico como una especie de contratación entre ausentes, ya que se perfeccionan cuando la aceptación emitida llega al sistema informático del oferente, según la teoría recepticia, con lo que se pone en duda tal distinción, sobre todo porque en la gran mayoría de los casos, el momento de la declaración o emisión coincidirá, con el de la recepción, o al menos, la diferencia entre ambos momentos no podrá ser considerada un espacio de tiempo jurídicamente relevante, por lo que podría ser perfectamente posible calificar casuísticamente algunos de estos procesos como instantáneos y, en consecuencia, entre presentes.

Sin embargo, no se puede negar la posibilidad de que en el correo electrónico pueda transcurrir un lapso jurídicamente relevante de tiempo entre la aceptación y el conocimiento o recepción de la misma por el oferente, por lo que se podría ver como un negocio jurídico sucesivo o interrumpido y, por ende, entre ausentes debiendo tal situación ser resuelta, según hemos dicho afirma mayoritariamente la doctrina nacional, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 112 y 115 del Código de Comercio, disposición que, según lo dicho, parece adscribirse originariamente a la teoría de la recepción.<sup>35</sup>

En Europa, donde algunos países aplican la teoría de la declaración, ésta se ha ido sustituyendo por la teoría del conocimiento y, luego, por la teoría de la recepción, ya que a la teoría de la declaración se le crítica porque no reconoce el carácter recepticio que

---

<sup>35</sup> “**Artículo 112.-** *El contrato bilateral entre personas que residen en distintas plazas no es perfecto, si la aceptación no llega a conocimiento del proponente en el plazo por él fijado o en el término necesario al cambio de la propuesta o de la aceptación, según la naturaleza del contrato y los usos del comercio. El proponente puede dar eficacia a una aceptación extemporánea, dando inmediatamente aviso al aceptante.*

*Cuando el proponente requiera la ejecución inmediata del contrato sin exigir respuesta previa de aceptación, y ésta no sea necesaria por la naturaleza del contrato y según los usos generales del comercio, el contrato es perfecto al comenzar la otra parte su ejecución.*

*En los contratos unilaterales las promesas son obligatorias al llegar a conocimiento de la parte a quien van dirigidas.”*

“**Artículo 115.-** *Cuando las partes residan en distintas plazas, se entenderá celebrado el contrato para todos los efectos legales, en la plaza de la residencia del que hubiere hecho la promesa primitiva a la propuesta modificada y en el momento en que la aceptación hubiere llegado a conocimiento del mismo.”*

En otros países como España, se aplica la teoría de la declaración.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

debe asignársele a las declaraciones contractuales y porque no se considera justo que el oferente quede vinculado por una declaración que ignora por completo, como dijimos en los párrafos anteriores.

De este modo, en el caso del correo electrónico, el momento en que el mensaje de correo electrónico sea enviado por el servidor de la cuenta de correo electrónico del aceptante, será el momento de la declaración, lo cual estará diferido al instante de recepción del servidor del correo electrónico del oferente, lo cual pasa en un intervalo insignificante de tiempo, sobre todo para la aplicación de las reglas generales relativas a la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato entre personas distantes.

B. Algunas normas de derecho comparado sobre el comercio electrónico para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato electrónico.

Podemos encontrar la Directiva de la Comunidad Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, su artículo 11.1, que en lo relativo al *acuse de recibo*, en lo mercantil, establece que el prestador de servicios deberá acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica, y que se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen hayan podido tener acceso a los mismos, optando por una solución vinculada a la teoría de la recepción.

Esta norma tiene la finalidad de garantizar la integración jurídica comunitaria con el objeto de establecer un auténtico espacio sin fronteras interiores en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información. Por tanto, la Directiva ha atendido al principio de subsidiariedad al tratar algunos puntos específicos que planteen problemas para el mercado interior y al principio de proporcionalidad, al limitarse con sus disposiciones al mínimo necesario para conseguir el objetivo del correcto funcionamiento del mercado interior. Esta normativa se complementa con la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

En la contratación Internacional, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías establece en su artículo 18.2, que la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente, por lo que si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

fijado o si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, según las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente, producirá o no efectos, con lo cual esto está vinculado con la teoría de la recepción de la aceptación por parte del oferente para la determinación del momento de perfección del contrato.

El criterio anterior corresponde a la tendencia de los modelos de contrato de intercambio electrónico, tanto europeos como estadounidenses, y que se confirma en el artículo 2:205 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, que en el epígrafe de "*Time of Conclusion of the Contract*", apartado 1º, dice que si una aceptación ha sido enviada por el destinatario de la oferta se concluye el contrato cuando la aceptación llega al oferente, siendo que en una línea similar, en los principios de Unidroit se dispone en su artículo 1.9 que "*la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien va dirigida*" y, "*se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal*", acogiendo también el criterio de la teoría de la recepción.

En España, está la Ley 34/2002 de Comercio Electrónico, se ocupa tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no habían sido atendidos previamente por la regulación española RD-Ley 14/1999.

En México se produjeron reformas el 23 y 29 de mayo de 2000, del Código Civil Federal (artículo 1805) y del Procedimientos Civiles Federales y las reformas del Código de Comercio en 2000 y 2003, así como la Ley Federal de Protección al Consumidor, incorporando artículos sobre la firma electrónica, donde todos estos cuerpos normativos consideran como presentes a los contratantes.

En cuanto al comercio electrónico esta lo establecido en la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre comercio electrónico y en la Directiva sobre comercio electrónico.

De acuerdo a esta normativa, existen dos condiciones necesarias para considerar una aceptación emitida en el entorno electrónico: a) no basta que la aceptación haya salido del sistema informático del aceptante, sino que además entre a otro y b) se requiere que

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

dicho sistema, esté bajo el control del oferente o de un tercero. Todo esto ha sido reconocido por la CNUDMI en el inciso 1 del artículo 15°, por lo que para determinar el momento de emisión de la aceptación es necesario tener en claro el concepto de entrada de dicha declaración electrónica, siendo importante para entender y usar correctamente los conceptos de llegada o recepción en el medio electrónico.<sup>36</sup>

Así el momento de recepción de la aceptación por internet coincide exactamente con el momento de entrada de dicha declaración electrónica en el sistema informático del oferente o del designado por éste, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 15° de la CNUDMI, considera el momento de recepción de la aceptación electrónica. Se debe tomar en cuenta que los momentos de emisión y recepción de la aceptación son consideraciones independientes del hecho que el sistema informático en el que entra dicha aceptación se encuentre emplazado en lugar distinto de aquél en el que se tiene por recibida, lo cual es importante para determinar el lugar de celebración del contrato, pues éste es entendido de forma diferente de la ubicación del mencionado sistema.

En este punto podríamos distinguir tres posibles modelos normativos diferentes que se pueden dar con relación a la contratación electrónica: 1) una propuesta de cláusulas para que las partes incorporen en sus contratos; 2) un proyecto de convención internacional sobre la materia, y 3) el llevado actualmente por algunos países europeos como España, que es uno de los países que con mayor detalle ha regulado la temática, sobre lo cual ya hemos escrito previamente y damos por reproducido.

El *primer modelo* referido a las Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico de la Cámara de Comercio Internacional (CCI, o ICC en sus siglas en inglés) con sede en París, que fueron aprobadas en el año 2004 como las Cláusulas Contractuales para el Comercio Electrónico (ICC eTerms2004), así como una Guía para la contratación electrónica (ICC Guide to eContracting), en donde existen dos cláusulas contractuales modelo: a) *la primera* de ellas concede plena validez a los mensajes electrónicos para generar derechos y obligaciones entre las partes, y también para servir como prueba,

---

<sup>36</sup> La entrada de la aceptación en un sistema informático, es el momento en que puede ser procesada en el mismo, cuando se hace "accesible" a su destinatario final que es el oferente, por lo que debe coincidir con la disponibilidad de la aceptación para ser procesada en el sistema informático del oferente.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

mientras que b) *la segunda* define los momentos de envío y recepción, como lo hace el Proyecto de Convención de la UNCITRAL.

Estas cláusulas buscan facilitar la negociación electrónica del contrato, así como dotarlo de mayor seguridad jurídica, ya que están pensadas para la contratación electrónica entre comerciantes, sin que se hayan concebido para negociar con consumidores, ofreciendo una exhaustiva guía complementaria a los ICC eTerms, en la que se explica cómo procede aplicar en cada contrato las cláusulas.

El *segundo modelo*, es el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) que aprobó un proyecto de Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, durante su 38° período de sesiones que tuvo lugar en Viena del 4 al 15 de julio de 2005, la cual incluye aquellas cuestiones consideradas trascendentes, habiendo sido tomadas muchas de sus disposiciones de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996. Algunas de sus normas evidencian principios o reglas generales de la contratación que reciben inspiración directa de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que establece normas de teoría general de los contratos. Esta Convención, que se aplica a los “mensajes de datos”, define a éstos como toda información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como por ejemplo, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, por lo que rige para los mensajes intercambiados entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes, aun cuando uno de esos Estados no sea contratante, en la medida en que la ley de un Estado contratante fuese la aplicable.

El artículo 10 del proyecto de Convención, siguiendo la cláusula 2 de los ICC eTerms 2004, especifica el momento y lugar en que los mensajes electrónicos se entienden como enviados o recibidos, entendiendo como definición de “envío” *“el momento en que una comunicación electrónica sale de un sistema de información que está bajo el control del iniciador, distinto del momento en que entra en otro sistema de información”*, por lo que fue elegida para reflejar de forma más inmediata la noción de “envío” en un entorno no electrónico. En cuanto a la recepción, indica que la comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperado el mensaje por el destinatario en

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

una dirección electrónica que él haya designado, con lo cual evidencia que el destinatario tiene posibilidad de acceder libremente al mismo.

Así, los criterios de emisión y recepción tanto del proyecto de Convención como de los eTerms de 2004, tienen como objetivo especificar dichos momentos en un entorno electrónico, sin fijar el criterio determinante para la perfección del contrato. De allí que una norma importante en materia de formación del contrato es el artículo 12 de la Convención, señalando que: *“no se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos”*.

De esta forma, podemos observar algunas de las normativas que sirven de guía para regular lo relativo a los contratos a distancia celebrados a través de los TICs o tecnologías de información y comunicación, en el mundo.

## **CONCLUSIONES**

Podemos observar que el momento de la perfección del negocio jurídico electrónico no es fácil de determinar, aunque la informática produce nuevos beneficios y desventajas, pero se presentan problemas con la aplicación de las reglas clásicas para la contratación entre presentes o ausentes, las cuales van perdiendo cada vez más vigencia con las nuevas tecnologías.

De este modo, para establecer el momento de perfección del consentimiento electrónico a través del empleo de los principios tradicionales, a la mayoría de los medios informáticos, tecnológicos y electrónicos de transmisión de la voluntad, se pueden



**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

considerar que son una especie de contrataciones entre presentes, al tratarse de procesos inmediatos de formación del consentimiento en los que no es posible apreciar espacios de tiempo jurídicamente relevantes, ante lo que pareciera no aplicable la posición de considerar esas contrataciones como entre personas distantes, aunque las partes se encuentren a miles de kilómetros de distancia, al ser anacrónica y atemporal con nuestra realidad actual.

Se puede decir, que la transmisión electrónica de la voluntad, tiene como características su rapidez e inmediatez, lo que debe llevar a replantear las consideraciones jurídicas sobre el perfeccionamiento del negocio jurídico entre personas distantes, planteadas antes de la aparición de las nuevas tecnologías, por lo que se podría afirmar que hoy en día es irrelevante el tiempo que media entre la emisión y la recepción de una comunicación electrónica, con lo cual el elemento que era determinante en el pasado para discriminar las diversas consecuencias que podía producir el optar por las señaladas teorías de la declaración, de la emisión, de la recepción o del conocimiento entre personas presentes o ausentes, las cuales pierden sentido, sobre todo cuando observamos la rapidez y la celeridad que exigen las transacciones en general y en especial las comerciales, ahora es irrelevante por cuanto la recepción del mensaje electrónico se produce prácticamente en el mismo instante que en el de su emisión.

Lo cierto es, que resultan anacrónicas nuestras reglas aplicables a la formación del consentimiento electrónico, por todas las razones dichas en este trabajo, siendo necesaria una legislación al respecto, que siga las tendencias mundiales, tomando en cuenta la globalización mundial y adscribirse a la teoría de la recepción, adoptada por los principales proyectos de unificación del derecho privado y considerada también por la doctrina, al ser la teoría que ofrece más ventajas desde el punto de vista lógico y de la seguridad jurídica.

Así, observamos que no es sencillo este tema y como existen muchos problemas y preguntas a plantear sobre el perfeccionamiento de los contratos a distancia, ya que es el momento en el que éste inicia su existencia, validez y vigencia y se presume celebrado, por lo que es importante conocer y determinar las circunstancias y condiciones bajo las cuales se consideran válidos, tales como:

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

- Se deben determinar qué tipo de contratos está presente, dentro de las diferentes clases existentes, ya que para su validez (a distancia o presencial), rigen las mismas condiciones que si se tratara de un contrato tradicional pero con los elementos propios a considerar según la tecnología utilizada, ya que el legislador exige requisitos diferentes para el perfeccionamiento del contrato en las distintas tipologías contractuales existentes en el mundo del derecho, además también se debe tener presente que una cosa son los contratos civiles y mercantiles y otra las contrataciones con el Estado.
- Se debe observar si hay pluralidad de personas y capacidad de las mismas.
- Se ha de observar cuál es el objeto (cierto) del contrato y la causa (lícita, interés),<sup>37</sup> junto con los formalismos exigidos por el contrato, la manifestación de voluntad y lugar de celebración.
- Se ha de determinar el momento de la celebración del contrato para que en la medida en que se pueda, establecer desde cuándo las partes se encuentran sujetas a las condiciones del contrato, así como los derechos y obligaciones que de él emanen para cada parte, incluyendo el derecho a resolución del contrato. Para ello, se utilizan las teorías ya mencionadas de: a) la declaración, b) la emisión, c) la recepción y d) la cognición.
- Se ha de determinar si se trata de contratos entre presentes o ausentes, lo cual puede traer consigo el problema de establecer la hora y el lugar de cierre del contrato, que establece el momento de transferencia de la propiedad y riesgo, debido a que no se producirá la presencia física simultánea, por lo que son aplicables las reglas generales de la teoría general del contrato y de las obligaciones, aunque actualmente se parte de la hipótesis de que las partes se encuentran presentes, lo cual conlleva como lógica consecuencia que el consentimiento se forme en el mismo instante en que se ha producido la aceptación así como en el lugar en que ésta se ha efectuado, pero no es algo

---

<sup>37</sup> No olvidemos, que en relación a la causa se puede hablar de: causa final, causa eficiente, causa objetiva, causa subjetiva, causa abstracta, causa del contrato, causa de la obligación, causa inmediata, entre otras, siendo además que existen legislaciones que eliminaron la causa como Francia en su reforma del Código Civil del 10/02/2017.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

siempre muy sencillo de determinar y puede ser complejo, pero lo cierto es que hay una relatividad que han adquirido en Internet los conceptos de tiempo y espacio, ante la simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales, con lo cual se evidencia que hoy en día un proceso comunicacional no depende de la distancia física sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento, debiendo realizar la distinción entre páginas Webs interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, ya que en los sistemas electrónicos de comunicación bidireccional en línea e interactiva, se deberá considerar como entre presentes y, en caso contrario, como entre ausentes.

- Además, los contratos por Internet pueden dar origen a múltiples controversias, las cuales necesitan ser resueltas desde el punto de vista jurídico, por su carácter global, donde existan varias legislaciones en pugna, debiendo observar si se ha de recurrir al Derecho Internacional Privado para la solución del conflicto.
- Con las nuevas tecnologías se quiebran las barreras entre jurisdicciones físicas y no hay necesidad o posibilidad de tener en cuenta los tradicionales actos físicos que a menudo determinan la ley aplicable, ya que las partes estén posiblemente ubicados en jurisdicciones diferentes, por lo que no se pueden imponer conceptos territoriales tradicionales en los usos comerciales de Internet ya que ello tiene implicaciones dramáticas, exponiendo al usuario de Internet a regulaciones incoherentes.
- Se ha de tomar en cuenta el tipo de contrato que se celebra, además de la tecnología empleada (tipo de software y hardware) y la legislación aplicable, para poder determinar cuándo se perfecciona el contrato en particular que se realice, aplicando las leyes especiales y luego ley general.
- Se ha de tener presente el hecho de la vulnerabilidad de los datos por falta de seguridad física, por falta de seguridad lógica y por falta de seguridad jurídica, por ello se pueden tomar medidas de precaución de naturaleza técnica (como los códigos de identificación de usuario o contraseñas de acceso, programas de seguridad, uso de blockchain) y legales destinadas a asegurar todo lo vinculado a estos contratos y las declaraciones de voluntad.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

- Estos puntos anteriores, en algunos casos, puede implicar la aplicación de diferentes áreas del derecho, normas o régimen o ley de país aplicable (Civil law, commonlaw, derecho civil o derecho consuetudinario), jurisdicciones, competencias, entre otros elementos, sobre todo al haber muchos sistemas judiciales nacionales que difieren y tiene criterios jurídicos totalmente diferentes a este respecto, por lo que para poder determinar el momento de perfeccionamiento del negocio jurídico electrónico se debe considerar, la existencia de normas especiales sobre la materia, nacionales y en derecho comparado, ante la ausencia de regulación expresa y completa en nuestro ordenamiento jurídico.
- Además se deben tomar en cuenta otros aspectos que se pueden presentar como la teoría de la imprevisión.

Visto lo anterior, el perfeccionamiento de un contrato usualmente será en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, por lo que el pacto expreso en tal sentido se considera como solución más apropiada y en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor o cliente se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, todo esto, para evitar los equívocos causados por la separación geográfica.

En cuanto a la validez del consentimiento, sin vicios, variará según la plataforma tecnológica que se utilice, en el que los medios tradicionales por los que se manifiesta la voluntad de contratar (ya sea verbal o escrita, pero en todo caso entre presentes) son reemplazados por otros elementos o conductas que pueden comprometer su autenticidad, ya que debe ser expresado de manera libre y sin vicios de la voluntad, ya sea por correo electrónico o por adhesión a un documento en la Web, o a través de cualquier otro medio, donde este contrato evidencia el principio consensual del derecho contractual, el cual existirá siempre y cuando no requiera de formalidades especiales señaladas por la ley.

La oferta en Internet, es una declaración unilateral de la voluntad en donde los efectos jurídicos de la oferta son independientes de la aceptación. Además, la aceptación en Internet debe de ser implícita o explícita, donde la persona a la que se le hace la oferta no puede quedar obligada por su silencio, pero puede ser implícita cuando ya existe un flujo regular de negocios entre las partes y han establecido una relación comercial

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

permanente, basada en un contrato principal celebrado previamente, tomando en cuenta que en materia de comercio electrónico, existe el *principio de la equivalencia funcional*, y el acuerdo electrónico de voluntades y los actos jurídicos, tiene los mismos efectos jurídicos que el contrato firmado en papel e incluso oral, por lo que los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

La contratación electrónica seguramente será cada vez más usada por sus ventajas como un medio de formalización contractual que permite que sea considerado entre personas presentes, teniendo nosotros un anacronismo e inaplicabilidad de buena parte de la regulación que hay en nuestro país sobre contratos electrónicos, así como que la caracterización del negocio jurídico electrónico según los parámetros clásicos de ausencia o presencia de las partes debe ser aplicada con cuidado ya que no es tan sencillo su categorización ya que difiere de la contratación tradicional, siendo necesario la introducción en el ordenamiento jurídico de soluciones que sean compatibles con la realidad tecnológica actual.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Carrascosa, Valentín, M<sup>a</sup>. A. Pozo y Rodríguez, E.P. *La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos*. Granada: (Segunda Edición, Editorial Comares, 1999).

Código Civil venezolano, Gaceta Oficial N.º 2.990 Extraordinario de 26 de julio de 1982.

Código de Comercio, Gaceta Oficial N.º 475 Extraordinaria de 21 de diciembre de 1955.

Davara Rodríguez, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. (Pamplona: Tercera Edición. Ed. Aranzadi, 2001).

Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 2005, Diario Oficial de la Comunidad Europea N.º L 281 de 23/11/1995 p. 31-50.

**Sacha Rohán Fernández Cabrera**

Directiva 98/48/CE, Diario Oficial de la Comunidad Europea N.º 217, de 5 de agosto de 1998, páginas 18-26 .

Directiva de Comunidad Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, Diario Oficial de la Comunidad Europea N.º 178, de 17 de julio de 2000, páginas 1-16.

Fernández Fernández, Rodolfo. *La Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet*. (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001).

Ferri, Luigi. *La Autonomía Privada*. (Granada: Ed. Comares, 2001).

Lacruz y otros 2ª Ed. revisada por F. Rivero. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*. (Madrid: Editorial Dykinson Vol. 1º, 2ª Ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, 2000).

Ley de Contrataciones Públicas, Gaceta Oficial N.º 6.154 Extraordinaria de 19 de noviembre de 2014.

Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1996, 15 de enero, Boletín Oficial del Estado núm. 15 de 17 de Enero de 1996.

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, Ley 34/2002, 11 de julio, Boletín Oficial del Estado núm. 166, de 12 de julio de 2002.

Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, fecha de adopción, 5 de julio de 2001.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, fecha de adopción, 12 de junio de 1996 (el artículo 5 bis suplementario fue adoptado en 1998).

Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial N.º 40.340 de 23 de enero de 2014.

Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Gaceta Oficial N.º 37.076 de 13 de diciembre de 2000.

Resolución N.º 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica, Gaceta Oficial No. 39.597 del 9 enero 2011.



## **DERECHO SOCIAL**



# LA CONVIVENCIA ESCOLAR COMO FENÓMENO SOCIO-JURÍDICO. ESTUDIO DE CASO: ESCUELA TÉCNICA INDUSTRIAL SAN JOSÉ OBRERO (ETI-SJO) FE Y ALEGRÍA – ANTÍMANO (MUNICIPIO LIBERTADOR, DISTRITO CAPITAL, VENEZUELA)<sup>1</sup>

Carla Serrano Naveda

Profesora e investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Católica Andrés Bello

## Resumen

Se diseñó una metodología mixta para la exploración de algunas subcategorías del constructo *Convivencia Escolar*, 31 alumnos respondieron una escala tipo Likert y se hicieron entrevistas semi-estructuradas a 6 estudiantes y 8 adultos mediante un muestreo propositivo. Se concluyó que tienen nociones claras y básicas acerca de lo que es la Convivencia Escolar, incluyendo la noción de conflicto. La realización de actividades que favorecen la convivencia se valora como una fortaleza, pero pueden diversificarse. El conocimiento de los Acuerdos de Convivencia, de la normativa relacionada con la materia y la participación estudiantil pueden ser mejorados. La ocasión de participar es reconocida como tal, pero no es aprovechada por aspectos motivacionales y de orden intrapsíquico de los adolescentes. Se confirma que durante la pandemia no es posible hablar Convivencia Escolar, más allá del cumplimiento de responsabilidades académicas.

**Palabras claves:** Convivencia escolar; derechos humanos; niños, niñas, adolescentes; resolución de conflictos; disciplina escolar; participación infantil.

## SCHOOL COHABITATION AS SOCIO-LEGAL PHENOMENON. CASE STUDY: SAN JOSÉ OBRERO INDUSTRIAL TECHNICAL SCHOOL (ETI-SJO) FE Y ALEGRÍA - ANTÍMANO (LIBERTADOR MUNICIPALITY, CAPITAL DISTRICT, VENEZUELA)

## Abstract

A mixed methodology was designed for the exploration of some subcategories of the School Cohabitation idea, 31 students responded to a Likert-type scale survey and semi-structured interviews were conducted with 6 students and 8 adults through propositional sampling. It was concluded that participants have clear and basic notions about what School Cohabitation is, including the notion of conflict. The implementation of activities that favor cohabitation is valued as a strength, but they can be diversified. The information about Cohabitation Agreements and regulations related to the matter, as well as student participation can be improved. Respondants recognized the existence of opportunities for participation that are not exploited due to motivational and intrapsychic factors of adolescents. It is confirmed that during the pandemic it is not possible to talk about School Cohabitation, beyond the fulfillment of academic responsibilities.

**Keywords:** School cohabitation; human rights; boys, girls, adolescents; conflict resolution; school discipline; child participation.

<sup>1</sup> El presente artículo condensa información relevante de un informe de investigación elaborado por la misma autora y que en extenso puede ser consultado en: <https://saber.ucab.edu.ve/xmlui/handle/123456789/19892>

## I. LA COMPLEJIDAD DE LA CONVIVENCIA ESCOLAR COMO OBJETO DE ESTUDIO

La literatura especializada coincide en afirmar que la Convivencia Escolar, en adelante CE, se ha venido consolidando como un *campo de estudio*, en cierta medida e inicialmente, vista la creciente preocupación por comprender, mitigar y en lo posible prevenir, el incremento de fenómenos violentos en las escuelas, los cuales entran en contradicción con la razón de ser y la lógica esperada en estos espacios. En el devenir de dicha consolidación, distintos campos del saber se han abocado al tema y han enriquecido la noción de la CE al subrayar aristas y miradas disciplinarias como la psico-social, psico-educativa, socio-jurídica, ética-valorativa y política<sup>1</sup>. Diversos trabajos en el área tienen en común, que se parte del *modo de ser de cada persona* y las *interacciones que se tiene con otros en el ámbito escolar cotidiano* y a su vez, esto da cuenta de una *dinámica de alcance mayor*, pues ni los colegios ni sus miembros están aislados de la sociedad y las culturas que los comprenden.

En la interacción entre el Derecho, la sociedad y el comportamiento social, se hace evidente el vínculo del Derecho con otras Ciencias Sociales, como la Antropología, la Economía, la Política, la Educación y la Historia, con las que puede tener temas comunes de interés y recíprocamente, los estudios socio-jurídicos se aproximan a la utilización de metodologías y enfoques propios de estas disciplinas diversas. Sin dudas, son numerosas y fascinantes de estudiar las relaciones bilaterales entre Derecho y fenómenos sociales como la moral, el arte, la religión, la cultura, el lenguaje, etc.<sup>2</sup>. En este sentido, luce pertinente reconocer y reivindicar como el tema de la CE, con sus múltiples aristas, en especial lo vinculado a la *concepción, producción y difusión de normas aplicables en el colegio*, así como, las posturas de los integrantes de la comunidad educativa frente al acatamiento de las mismas, da cabida a la perspectiva socio-jurídica al examinar el funcionamiento institucional de los colegios, las prácticas de disciplina escolar y las dinámicas que se suscitan en las interacciones rutinarias de todo orden, en las que la tensión entre lo formal y lo informal, lo legal y lo ilegal, lo punitivo y la negociación se

---

<sup>1</sup> Perales, Arias y Bazdresch, *Desarrollo socioafectivo y convivencia escolar*. (México: ITESO, 2014).

<sup>2</sup> Fix-Fierro, Padrón y Pozas, *Manual de sociología del derecho: dieciséis lecciones introductorias*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2018).

**Carla Serrano Naveda**

encuentran a la orden del día. Nótese que, la noción de *cultura jurídica* puede entenderse en cuatro variantes: cultura de la legalidad, cultura del incumplimiento, justicia procesal y conciencia jurídica<sup>3</sup>.

En una recopilación de estudios sobre CE en Latinoamérica<sup>4</sup>, se observó que las temáticas sobre aspectos relacionados con la CE giraron en torno a: violencia escolar, regulaciones, habilidades, conflictos, comunicación-clima, “bullying” y diversidad. Quedando claro que, más allá de la *violencia escolar* ha revestido muchísimo interés adentrarse en todo lo relacionado con las *normas y su cumplimiento*, las cuales se expresan en los llamados reglamentos o acuerdos de convivencia, como se les denomina en la actualidad en Venezuela y las transgresiones que más frecuentemente se cometen; a fin de explorar, las conductas disruptivas ante las normas y la construcción democrática o no de las mismas. Otra serie de investigaciones se han fijado más en el desarrollo de *habilidades* promotoras de CE, develando aspectos implícitos en cuanto a competencias socioemocionales y relacionales, que muchas veces no suelen ser tan trabajadas en los colegios como las competencias cognitivas. De los insalvables *conflictos* en las relaciones humanas interesa cómo gestionarlos, cómo forjar vínculos y por ello, algunos trabajos plantean la mediación y la conciliación como herramientas útiles. La *comunicación* y el *clima* que se genera en los colegios es otro aspecto al que se le puede dedicar atención en su conexión con el tema de la CE, así como, lo relativo a la *diversidad*, su percepción y vivencias institucionales, en los sujetos que hacen vida en el espacio escolar, dada su incidencia en la garantía de derechos a todas las personas en este ámbito.

Por su parte, otros estudios compilados sobre la medición de la CE tanto en México como en Iberoamérica<sup>5</sup>, surgen de diferentes áreas de análisis como: la educación inclusiva, la gestión escolar, la educación para la paz y el manejo de conflictos, la educación democrática y la participación ciudadana, la educación moral y ética, etc. De manera que, en la agrupación que presentan estos autores se destacan seis categorías de análisis: 1) descriptores de convivencia, 2) clima escolar / clima de aula, 3) respeto a las normas, 4) manejo de conflictos, 5) factores de convivencia asociados al aprendizaje y 6)

---

<sup>3</sup> Fix-Fierro, *Manual...*

<sup>4</sup> Díaz & Sime «Convivencia escolar: una revisión de estudios de la educación básica en Latinoamérica» *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 49 (2016): 125-145.

<sup>5</sup> Perales, *Desarrollo...*

**Carla Serrano Naveda**

estrategias de convivencia. Dependiendo de las necesidades a atender, la noción de CE puede significar y abarcar un amplio espectro que puede ir desde las conductas apegadas a las normas, las interacciones positivas entre maestros y alumnos, el desarrollo socio-afectivo, hasta la participación en la vida escolar, entre otros asuntos<sup>6</sup>. Tienen en común todos estos trabajos, que la mayoría de los estudios sobre CE son ubicables en simultáneas categorías y difícilmente pertenecen a una sola.

Consideran las autoras de otro estudio hecho en Colombia (en un colegio público y uno privado), que la CE puede comprenderse como un dispositivo de construcción colectiva, participativa y democrática donde se promueven intercambios, estrategias pedagógicas y relaciones entre los distintos miembros de la comunidad educativa que a la vez crean y recrean pautas de relación intersubjetiva, significados, símbolos, códigos, concepciones y posturas frente al acontecer educativo, que respaldan la posibilidad de abordarla, agenciarla y significarla como oportunidad de aprendizaje<sup>7</sup>.

Como se indica en el prólogo del libro *Gestión y liderazgo en el ámbito de la CE*<sup>8</sup>, la clave está en el prefijo “co” que viene del latín *cum* y significa unión, compañía. “Los otros” están presentes en distintas acciones humanas pero la intensidad es y puede ser variable en cada caso. Compartir, por ejemplo, supone dejar participar a otros en lo que es de uno. *Convivir* es más que compartir, co-existir o co-habitar, convivir va más en la línea del *bienvivir*, el *vivir en armonía con otros*. Para lograr esa armonía, resultan claves el conversar, el cooperar y el comprometerse. Conversar con el objetivo de estar bien juntos, asumiendo una actitud más relajada. No se trata de convencer ni de persuadir, sino intercambiar puntos de vista. Cooperar implica aliarse para llevar a cabo una tarea conjunta hacia un fin común. Comprometerse tiene que ver con una obligación que se ha contraído con el otro, una promesa que obliga a ayudar si fuese necesario. De modo que, según estos autores se promueven *contextos convivenciales* en la medida que los actores y factores que intervienen en las interacciones promuevan un talante conversacional, cooperativo y comprometido. Se deben sopesar las demandas e incidentes a enfrentar, la

---

<sup>6</sup> Perales, *Desarrollo...*

<sup>7</sup> Peña, Sánchez, Ramírez y Menjura «La Convivencia en la Escuela. Entre el deber ser y la realidad» *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos* (2017): 13 (1), 129-152.

<sup>8</sup> Nail Kröyer y Monereo, *Gestión y liderazgo en el ámbito de la convivencia escolar* (Santiago de Chile: RIL editores, 2018).

**Carla Serrano Naveda**

capacidad de los liderazgos que las gestionan, las relaciones personales y sentimentales entre los involucrados y las políticas institucionales existentes, que pueden favorecer o limitar determinadas acciones y recursos.

Con base en los hallazgos de otra investigación, se considera pertinente destacar que en toda institución donde se promueva y reivindique una CE enmarcada en una lógica democrática, la relevancia que adquiere la participación en general y de niñas, niños y adolescentes (NNA) en particular, radica en su efecto regulador de las relaciones de poder, ya que constituye, a la vez, un mecanismo para el ejercicio de la ciudadanía. Descentralizar el poder sin perder la gobernabilidad de las instituciones escolares no es tarea fácil, puesto que requiere superar una serie de obstáculos, tales como las estructuras con jerarquías verticales, el reconocimiento de la condición política de los estudiantes, el replanteamiento de los escenarios de participación, la creación de espacios de deliberación y la credibilidad en las capacidades de los jóvenes para el ejercicio del poder<sup>9</sup>.

Se cierra esta sección, a modo de introducción en el tema, subrayando que la escuela complementaba antes lo que otras esferas y otros ámbitos de socialización también hacían. Las normas de convivencia se aprendían en muchos sitios de una forma acumulativa, piénsese, en la noción de familia tradicional que se suele tener de referencia; ahora, exagerando, se diría que la escuela se ha ido quedando sola en esa labor. La falta de expectativas, ese ver a la escuela, por parte de muchos alumnos, como un lugar de aparcamiento forzoso más que como una palanca de realización posterior, acaba concentrando tensiones sin fin<sup>10</sup>.

## **II. DECISIONES TOMADAS PARA LLEVAR ADELANTE EL ESTUDIO DE CASO EN LA ETI-SJO**

---

<sup>9</sup> Delgado Salazar y Lara Salcedo «De la mediación del conflicto escolar a la construcción de comunidades justas» *UNIV. PSYCHOL.* V. 7, N° 3 (2008): 673-690.

<sup>10</sup> Subirats y Alegre «Convivencia social y convivencia escolar» *Cuadernos de Pedagogía. Monográfico N°359* (2006): 12-16.

**Carla Serrano Naveda**

La investigación que se presenta, se llevó a cabo en un centro educativo ubicado en la parroquia Antímano del municipio Libertador, Distrito Capital-Venezuela, perteneciente al movimiento de educación popular Fe y Alegría llamado *Escuela Técnica Industrial San José Obrero (ETI-SJO)*<sup>11</sup>, y se enfocó en explorar las percepciones de estudiantes y adultos, sobre algunas *subcategorías* del constructo CE, a través de una metodología mixta (cualitativa-cuantitativa), a saber: 1) las normas, su construcción, difusión y acatamiento; 2) actividades para promover CE; 3) estilo de comunicación predominante; 4) resolución de conflictos, procedimientos y sanciones y en especial, 6) lo relativo a cómo se concibe, promueve y practica la participación infantil, en este caso estudiantil, como elemento clave en la CE desde un enfoque de Derechos Humanos (DDHH) de NNA.

Un estudio de caso no permite hacer ningún tipo de comparación más allá de la propia escuela objeto de estudio con respecto a sí misma, pero ofrece la oportunidad de alcanzar un mayor nivel de profundidad en la temática explorada y ante la situación de cuarentena, por la emergencia sanitaria sobrevenida a causa de la pandemia por Covid-19, que forzó a hacer ajustes en el diseño original de la investigación, permitió explorar la percepción con respecto a los cambios y/o dificultades surgidas en la CE, con ocasión de la implementación de una modalidad de educación virtual a distancia.

De la población estudiantil total del liceo para el período 2019-2020 que constaba de unos 400 estudiantes, se convocó de forma aleatoria a una muestra de 40 de ellos, pero, efectivamente, el día del trabajo de campo *31 alumnos* respondieron un instrumento objetivo -ad hoc- que permitiera observar, la percepción acerca de la situación de CE. En este caso se intentó respetar la equidad de miembros seleccionados por el curso y género al que pertenecen. Adicionalmente, con la intención de obtener una perspectiva lo más completa posible acerca de la situación de CE percibida, a partir de sus voces y opiniones, se llevó a cabo un muestreo propositivo o intencional de *seis (6) estudiantes*, entre 15 y

---

<sup>11</sup> La ETI-SJO formó parte del proyecto *Construcción de Convivencia Democrática en Centros Educativos*, que se llevó a cabo a través de la alianza entre Fundación Centro Gumilla y la Federación Internacional de Fe y Alegría Entreculturas (España), el cual fue concebido con enfoque de investigación-acción y entre 2013-2016, se ejecutó la primera etapa del proyecto. Las inquietudes que impulsaron llevar adelante la presente investigación nacen del contacto con este proyecto, desde aquellos años se forjó el vínculo profesional con integrantes de la ETI-SJO y con el tema de la CE, uno de sus cuatro componentes fundamentales.

**Carla Serrano Naveda**

17 años de edad, con el fin de realizar con ellos una entrevista personal semi-estructurada. Tal y como lo propone la teoría metodológica, el muestreo propositivo o intencional obedeció a la necesidad de acceder a la información que estos estudiantes en particular podían ofrecer como informantes en razón de su experiencia<sup>12</sup>. De igual modo, a través de otro muestreo propositivo, se entrevistó a *ocho (8) adultos* miembros del liceo, con edades entre 35 y 61 años, los cuales ocupaban diferentes cargos: cuatro del equipo directivo, tres docentes de aula y un representante del personal administrativo; los participantes fueron mayoritariamente mujeres (63% de esta muestra), la mitad con una antigüedad en la institución entre 5 y 10 años y la otra mitad con más de 10 años de servicio. La coyuntura por la pandemia por Covid-19, reforzó la decisión de descartar entrevistas a madres, padres y miembros de la comunidad vinculados al colegio, sin dudas, sus aportes también son relevantes en el estudio de la CE pero en esta oportunidad no fueron contemplados.

La *Escala de Convivencia Escolar (ECE)* diseñada para la presente investigación, tipo Likert, constó de 3 partes: la primera contiene 59 afirmaciones acerca de situaciones relacionadas con la convivencia dentro de la escuela; la segunda explora agentes, situaciones y lugares de conflicto frecuente en el ámbito de la escuela y la tercera presenta algunas preguntas abiertas que podían ser respondidas con entera libertad de redacción. Por su parte, los guiones de entrevista personal semi-estructurada diseñados, siguieron la estructura ideada para la escala ECE, pero agregando algunas preguntas finales orientadas a explorar las posibles variaciones y/o dificultades surgidas con respecto a la CE, en razón de la aparición en escena de la pandemia por Covid-19 y el respectivo confinamiento.

Resulta importante señalar que la aplicación de la escala objetiva se llevó a cabo en la ETI-SJO el jueves 12 de marzo de 2020, justo antes de la declaratoria de cuarentena –momento en el que se empezaba a desarrollar el trabajo de campo–, pero las entrevistas personales tuvieron que realizarse vía telefónica y se concretaron en agosto, una vez culminó el desafío de afrontar de manera intempestiva, el cierre del año escolar vía remota.

---

<sup>12</sup> Kerlinger y Lee, *Investigación del comportamiento. Métodos de investigación en Ciencias Sociales*. (México: McGrawHill, 2002).

**Carla Serrano Naveda**

Se cierra esta sección enfatizando que, esta investigación se efectuó en el marco de la *emergencia humanitaria compleja* (EHC) que atraviesa Venezuela, de manera progresiva desde el 2015, a la cual se le sumó la crisis por la pandemia en 2020. El posicionamiento de este término en la agenda pública, debe mucho a la documentación y activismo de organizaciones de la sociedad civil y en esta línea, se destaca el *Manual sobre el Derecho a la Protección Internacional en Crisis Mayores*, elaborado con el objetivo de apoyar las exigencias de protección internacional ante la afectación a los derechos humanos en este tipo de crisis, gestadas en una multiplicidad de factores de origen político<sup>13</sup>.

### **III. LA PARTICIPACIÓN INFANTIL COMO ELEMENTO CLAVE DE UN PROCESO EDUCATIVO CON ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS**

Desde que entró en vigencia la Convención Sobre los Derechos del Niño (CSDN) hace ya más 30 años<sup>14</sup>, la *participación de NNA*, en función de sus capacidades y en los asuntos de su interés, sigue siendo un tema que genera muchísimo interés, controversia y sigue representando un enorme desafío. Que los NNA opinen, participen, incidan en la toma de decisiones y se ejerciten progresivamente como ciudadanos, si se quiere es el núcleo de la transformación estructural que encierra el movimiento mundial a favor de los *NNA como sujetos de derechos*; ya que en contraste con la herencia recibida de muchos siglos, en donde los “*menores*” eran vistos como *objetos de tutela* y producto residual de la categoría infancia, por efecto de la marginalidad social<sup>15</sup>, la Convención y la Doctrina de la Protección Integral (DPI)<sup>16</sup> plantean una suerte de re-ordenamiento de

---

<sup>13</sup> Civilis DDHH, Acceso a la Justicia, CDH-UNIMET y CDH-UCAB. «CIVILIS Derechos Humanos» abril de 2019. <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Manual-Derecho-a-la-Protecci%C3%B3n-Internacional-en-Crisis-Mayores-20191.pdf> (último acceso: 14 de septiembre de 2020).

<sup>14</sup> Asamblea General ONU. «Convención Sobre los Derechos del Niño» Resolución 44/25, 20-11-1989.

<sup>15</sup> García Méndez, Emilio «Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias» En Derechos del Niño. Textos básicos. UNICEF Venezuela. (Caracas, 1996: 58-71).

<sup>16</sup> Antes de la CSDN las legislaciones en materia de infancia y adolescencia estaban desarrolladas bajo la doctrina de la *Situación Irregular* y se conocían como leyes de menores, después de la Convención las nuevas leyes se enmarcan en la *Doctrina de la Protección Integral*, la cual se encuentra constituida por una serie de instrumentos internacionales de DDHH.



**Carla Serrano Naveda**

las relaciones entre los menores de edad y los adultos con quienes interactúan a diario<sup>17</sup>. En otras palabras, el pleno y genuino ejercicio del derecho a la participación infantil supone desafíos a las familias, comunidades, escuelas y a las distintas autoridades, de ámbitos privados y públicos, herederas de una tradición en donde se solían ejercer *derechos absolutos sobre los NNA* sin límites de ningún tipo<sup>18</sup> y sin tomar en cuenta sus puntos de vista, como directamente interesados o involucrados en determinadas situaciones.

En la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño dedicada al derecho de los NNA a ser escuchados se señala “...al artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención (...) no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos...”<sup>19</sup>. Así como, se puntualiza que la participación de NNA no se reduce a un “acto momentáneo, sino [que es] el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños”<sup>20</sup>. Sin fluidos, regulares y respetuosos procesos de toma de opinión infantil, resultan impensables verdaderos procesos de participación que llenen de contenido las altas aspiraciones de la vida democrática, en cualquier sociedad.

La clásica referencia a la Escalera de Participación Infantil<sup>21</sup>, sigue siendo pertinente, ya que nos invita a trascender los niveles conocidos de participación “manipulada”, “decorativa” y “simbólica”, por tratarse de casos de falsa participación de NNA, en donde su acción ni es consciente ni responde a sus genuinos intereses y de lo que en realidad se trata es de causar una “apariencia” de participación. Por su parte, Trilla y Novella, quienes han escrito sobre formación de ciudadanía en NNA advierten que una

---

<sup>17</sup> Cillero «El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño» En *Infancia, Ley y Democracia*, de García Méndez y Beloff (compiladores), (Bogotá-Buenos Aires: Temis-Ed. DePalma, 1998).

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> Comité de Derechos del Niño. «Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DDHH» 2009.

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en) (último acceso: 14 de febrero de 2020).

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> Hart, R. «UNICEF» 1992. [https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie\\_participation\\_spa.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie_participation_spa.pdf) (último acceso: 9 de noviembre de 2019).

**Carla Serrano Naveda**

de las dificultades en torno al ejercicio y vigencia de este derecho radica en que la *participación* puede ser entendida y asumida de muchas maneras (en política, sociología, pedagogía, filosofía...) y hasta puede ser manipulada en función de diversos intereses: "...es hoy un término prestigiado, se puede hacer con él muchísima demagogia y retórica vacía. Bajo la coartada de la participación y mediante formas sólo aparentes o incluso perversas de la misma, se producen procesos realmente dirigistas y hasta autocráticos"<sup>22</sup>. Ambos autores, proponen su tipología de participación infantil, advirtiendo que se trata de cuatro maneras de participar cualitativa y fenomenológicamente distintas, las cuales se pueden solapar y eso no significa que cualquier proceso ubicado en una manera determinada suponga, necesariamente, mayor participación que otro situado en el tipo anterior y, el hecho de que un tipo de participación sea menos complejo o intenso que otro, no significa que aquel deba ser considerado como despreciable. Acotan además, que la manipulación, la instrumentalización ornamental, el directivismo enmascarado, la demagogia, pueden darse tanto en la *participación simple* como en la *consultiva*, la *proyectiva* o, incluso, en la *metaparticipación*<sup>23</sup>.

Harry Shier reconociendo el diálogo y la deuda con la influyente escalera de Hart, propone una secuencia ordenada de 15 preguntas que se constituyen en una herramienta utilizable para individuos y organizaciones que trabajan con NNA. El modelo que presenta está basado en cinco niveles de participación<sup>24</sup>: 1. *Se escuchan a los niños/as*, 2. *Se apoyan a los niños/as para que expresen sus opiniones*, 3. *Se toman en cuenta las opiniones de los niños/as*, 4. *Los niños/as se involucran en procesos de toma de decisiones* y 5. *Los niños/as comparten el poder y responsabilidad para la toma de decisiones*. Agregando el autor que en cada nivel de participación, individuos y organizaciones pueden tener grados diferentes de compromiso con el proceso de empoderamiento. De manera que, identifica tres etapas de compromiso a cada nivel: a) las aperturas tienen que ver con un cierto compromiso personal o una declaración de intención de trabajar en cierta manera; b) las oportunidades cuando se goza de recursos,

---

<sup>22</sup> Trilla y Novella, «Educación y participación social de la infancia» *Revista Iberoamericana de Educación*, (2001).

<sup>23</sup> Trilla y Novella, «Educación y participación social de la infancia».

<sup>24</sup> Shier «Los caminos hacia la participación: aperturas, oportunidades y obligaciones. Un nuevo modelo para enriquecer la participación de la niñez en la toma de decisiones», *Children & Society Vol. 5*, (2001): 107-117.

**Carla Serrano Naveda**

capacidades, conocimientos, nuevas metodologías que permitan llevar a la práctica niveles de participación infantil y c) las obligaciones cuando ya es política de la organización o del proyecto que todo el personal funcione con un nivel específico de participación infantil<sup>25</sup>.

Ahora bien, sobre *participación en el ámbito educativo*, se comparte la premisa de que sin la contribución activa de NNA al proceso educativo, la educación sería algo simplemente imposible, cuya praxis obviamente no está exenta de complicaciones y riesgos, pues se lidia con seres humanos y no con objetos inanimados. La modalidad de participación «democrática» supone que, NNA junto con el profesorado, padres, representantes y demás miembros del plantel educativo, tienen voz real, distribución del poder, en la toma de decisiones colectivas sobre lo que sucede en el centro escolar y afecta sus integrantes<sup>26</sup>. El rol de las emociones en los estilos de participación (subordinada o proactiva) es clave, ya que el modo en que nos situamos ante el mundo cambia radicalmente según se vea como algo acabado que heredamos o como algo abierto, que tal vez podamos transformar y nos pueda transformar. Ideal sería, concebir a la escuela como un lugar donde las generaciones se encuentran y la generación actual proporciona espacio y tiempo para que la nueva explore el mundo y se explore en relación con el mundo<sup>27</sup>.

En resumen, la presente investigación comparte el criterio de que una de las funciones primordiales de la educación es preparar a las personas para la vida social, para la convivencia basada en valores fundamentales como la justicia, la solidaridad, el respeto y la consideración a otras personas, en fin, la dignidad de todos los seres humanos. Son compatibles los más avanzados enfoques pedagógicos con la Doctrina de los Derechos Humanos y prueba de ello lo ejemplifican, entre otros, los contenidos del artículo 29 de la CSDN<sup>28</sup>, pieza clave de la DPI, la cual promueve una preparación de los NNA para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz,

---

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> Biesta y Boqué, «¿Qué tienen que ver las emociones con la participación en la escuela?», *Participación Educativa*, Vol 5, N° 8, (2018): 31-41.

<sup>27</sup> Ídem.

<sup>28</sup> En este artículo se señala, entre otros aspectos, que los Estados Partes convienen que la educación de los NNA está encaminada a desarrollar la personalidad, aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades, inculcar a los NNA respeto a los DDHH, a sus padres y a prepararlos para asumir una vida responsable en una sociedad libre.

**Carla Serrano Naveda**

tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos y personas<sup>29</sup>. Apropiarse de la doctrina de los DDHH reconocidos a todos los NNA sin discriminación alguna y practicarla en colegios es una oportunidad para impulsar una transformación profunda de la educación, para superar visiones tradicionales, autoritarias y de la enseñanza punitiva y avanzar hacia modelos educativos centrados en los intereses y realidades de vida de los participantes, habilitándoles para una convivencia justa y democrática en escuelas, familias y comunidades<sup>30</sup>.

La visión que encierra la CSDN sobre los NNA como *sujetos de derechos* se desmarca por completo de la trayectoria seguida durante siglos, en la que los NNA eran simples *objetos de tutela* por parte de un mundo dominado por personas adultas, en el que prácticamente no había límites para relacionarse con los NNA y la discrecionalidad era casi absoluta al momento de tomar decisiones, tanto por parte de padres como por parte de representantes del Estado<sup>31</sup>. En este sentido, los muy conocidos principios de la DPI: NNA como sujetos de derechos, Igualdad y no discriminación, Prioridad absoluta, Interés superior del niño y Corresponsabilidad familias-Estado-sociedad, pueden ser leídos, aplicados e interpretados en el ámbito educativo, confirmando la premisa de que es posible una experiencia educativa como práctica de DDHH. Nótese que muchísimos pedagogos han hecho planteamientos de avanzada, antes de la aprobación de la CSDN en 1989 y sus aportes han contribuido a la materialización de los principios antes citados, pues hace mucho que se abona el terreno, pese a las resistencias, para considerar a los NNA como actores sociales, relacionados con su medio y comunidad. Si en alguna disciplina hay antecedentes para comprender los principios de la Protección Integral es en la Educación y no pueden pensarse que los mismos “cayeron del cielo”<sup>32</sup>.

#### **IV. LA DISCIPLINA ESCOLAR EN VENEZUELA: VACÍOS LEGALES EN SU IMPLEMENTACIÓN**

---

<sup>29</sup> Perdomo, «La Educación como práctica de los Derechos Humanos», *Revista Informe de Investigaciones Educativas*, Vol. XXVI, (2012): 43-59.

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> Morais, *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. (Caracas: Publicaciones UCAB, 2000).

<sup>32</sup> Pereira, «Teorías pedagógicas y la LOPNA». En *VIII Jornadas de la LOPNA. Reconciliación de los Educadores con la Ley*, Morais y Cornieles (Coordinadores), (Caracas: Publicaciones UCAB, 2009), 93-116.

**Carla Serrano Naveda**

Como se desprende de lo hasta ahora planteado, las normas, los reglamentos, los procedimientos, las faltas, las sanciones correspondientes y su efectividad o no, constituyen una indiscutible dimensión de interés en materia de CE, en medio de su complejidad como objeto de estudio<sup>33</sup>. Es impensable e inviable que una comunidad educativa y todos sus integrantes, puedan soslayar el tener que dictar y cumplir pautas de conducta en sus interacciones cotidianas y a la vez, funcionar mínimamente.

En el caso de Venezuela, se ha documentado suficiente el cambio de paradigma de la Situación Irregular a la Protección Integral de NNA<sup>34</sup>, el cual supuso la adecuación de la legislación interna a la CSDN en un proceso que no fue sencillo ni rápido, hasta que finalmente se promulgara la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, conocida como LOPNA<sup>35</sup>, finalizando el segundo mandato presidencial del Dr. Rafael Caldera<sup>36</sup>. La LOPNA entró en vigencia el 1° de abril del año 2000 y a partir de entonces se afrontaron una serie de desafíos y lógicamente, la materia *Disciplina escolar* no fue una excepción. Se inicia la puesta en práctica de dos sistemas diferenciados, uno para NNA víctimas de violaciones a sus derechos y otro para adolescentes como presuntos responsables de hechos punibles<sup>37</sup>. En simultáneo, debe referirse que la Ley Orgánica de Educación (LOE) fue reformada y de una ley de los años 80 sintonizada con la Doctrina de la Situación Irregular se pasó a una LOE en el año 2009 que aspiraba, entre otras razones políticas de fondo, a estar más cónsona con las premisas de la nueva DPI. El propósito de esta mención es traer a colación lo referido, estrictamente a la Disciplina Escolar, por su vinculación con el enfoque asumido en este estudio sobre CE.

En líneas gruesas, se puede sostener que la Ley Orgánica de Educación de 1980<sup>38</sup> contemplaba de manera *expresa* y *taxativa* los hechos que se consideraban *faltas graves*;

---

<sup>33</sup> (Díaz, 2016; Perales, 2014).

<sup>34</sup> Para profundizar en este punto se reitera la relevancia del texto introductorio a la LOPNA (1998) coordinado por la Dra. Morais (2000), así como, la colección completa de libros publicados en el marco de las jornadas anuales de reflexión que se llevaron a cabo en la UCAB, sobre este tema.

<sup>35</sup> Congreso de la República de Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5266, 2 de octubre de 1998.

<sup>36</sup> Serrano, C. «LOPNA. Breve historia de un proceso.» En *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, de María G. Morais, (Caracas: Publicaciones UCAB, 2000), 27-37.

<sup>37</sup> Actualmente dichos sistemas se denominan: Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de NNA (Título III de la ley) y Sistema Penal de Responsabilidad de los y las Adolescentes (Título V).

<sup>38</sup> Congreso de la República de Venezuela. *Ley Orgánica de Educación*. Caracas: Gaceta Oficial N° 2.635, 28 de julio de 1980.

**Carla Serrano Naveda**

establecía, también de manera taxativa y expresa las *sanciones* para estos hechos y las *personas legitimadas* para la imposición de estas sanciones, además, contemplaba la penalización por reincidencia (ver artículos 123, 124, 125 de dicha ley). Por su parte, la LOPNA que entró en vigencia en el año 2000 ha sido reformada dos veces, primero, con énfasis en materia de protección<sup>39</sup>, segundo, con énfasis en materia penal de adolescentes<sup>40</sup>. Aunque en ninguno de ambos procesos, se afectó la redacción del artículo 57 (Disciplina escolar acorde con derechos y garantías a NNA), resulta clave mencionarlo, para ubicarse en la dinámica de frecuentes cambios legislativos, que con el pasar del tiempo se ha evidenciado que no han servido para fortalecer las instituciones de la ley ni la garantía de derechos a NNA. Todo esto implica que, durante un tiempo coincidieron una LOE de 1980, con una LOPNA promulgada en 1998 y luego, con una LOPNNA reformada en el 2007; hasta que se deroga la LOE de 1980, su Reglamento General y el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente, quedando vigentes algunos contenidos en los que no se contradigan con la nueva LOE de 2009<sup>41</sup>.

En el año 2003 el Ministerio del Poder Popular para la Educación (MPPE) por medio de la Oficina de Enlace con el Consejo Nacional de Derechos de NNA (CNDNNA), comienzan a difundir en todo el territorio nacional el programa de *CE y Comunitaria* cuyo principal objetivo fue propiciar en el ámbito educativo la reflexión sobre la cultura de la convivencia como factor fundamental para la solución de los conflictos en el ámbito escolar y su entorno. A partir de ese momento, se exige a todos los colegios que desarrollen sus respectivos manuales de convivencia ajustados a los principios de la DPI y se estableció que los Consejos Municipales de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CMDNNA)<sup>42</sup> los revisaran y aprobaran antes de ser avalados por el MPPE.

Según plantea CECODAP en una publicación hecha con apoyo de UNICEF Venezuela, el MPPE instó a las instituciones educativas a la elaboración de manuales de

---

<sup>39</sup> Asamblea Nacional. *Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.

<sup>40</sup> —. *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Caracas: Gaceta Oficial N° 6185 Extraordinario, 8 de junio de 2015.

<sup>41</sup> Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Educación*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5.929, 13 de agosto de 2009.

<sup>42</sup> Ver en la LOPNNA los artículos 147 a 150, allí se detallan atribuciones de estos órganos administrativos, los cuales tienen como finalidad garantizar derechos colectivos y difusos de NNA a nivel municipal.

**Carla Serrano Naveda**

convivencia en sustitución de los reglamentos internos que utilizaban, pero sin ofrecer documentos oficiales que expliquen los fundamentos legales y las pautas para distinguir un reglamento interno de un manual de convivencia<sup>43</sup>. De hecho, tanto en la Convención (Artículo 28.2) como en la LOPNNA (Artículo 57) no se consagra la figura de los "manuales de convivencia" y lo que se enfatiza es que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana de NNA.

Cuando es derogada la LOE de 1980 por la del 2009, cambian las *reglas de juego* porque se eliminaron varios artículos, el 123 que tipificaba las faltas graves, el 124 que establecía las sanciones para las faltas graves, el 128 que establecía el aumento de la sanción en caso de reincidencia. Para las sanciones a las faltas de disciplina se establecen *medidas alternativas de resolución de conflictos (MARC)*, producto de la *mediación y conciliación* que adopten los integrantes de la comunidad educativa, resguardando siempre el derecho a la Educación. Se suprimió el retiro o la expulsión como opción y las sanciones serían establecidas por la Comunidad Educativa. Con posterioridad, en el 2012 el MPPE produce la Resolución 058<sup>44</sup>, mediante la cual se establece la normativa y procedimiento para el funcionamiento de los Consejos Educativos, varios de los análisis hechos advirtieron que, distintos aspectos sin ser violatorios del derecho a la Educación, abrían espacios para su politización.

Realizada esta suerte de cronología, queda claro que desde el 2009 están vigentes dos leyes orgánicas (LOE y LOPNNA) en las que hay discrepancias en cuanto a cómo resolver casos de *Disciplina Escolar*. Esa fue la razón de peso por la que en 2011, ocho organizaciones de la sociedad civil<sup>45</sup> presentaron una solicitud de *Opinión jurídica a la Consultoría jurídica del MPPE*, a fin de que se despejaran dudas en 18 aspectos, sobre la Disposición Transitoria Primera, numeral 10º de la LOE (2009). Para el año 2013, la Opinión jurídica no había sido respondida y se consignó nuevamente ante la instancia competente. A la fecha, se han presentado muchos casos en la realidad y cada centro

---

<sup>43</sup> Saraiba, A. y Trapani, C. «UNICEF Venezuela.» 2009. <https://www.unicef.org/venezuela/media/736/file/%C2%BFC%C3%B3mo%20dise%C3%B1ar%20un%20reglamento%20Disciplinario%20Escolar?.pdf> (último acceso: 19 de septiembre de 2020).

<sup>44</sup> Ministerio del Poder Popular para la Educación. *Resolución 058 Consejos Educativos*. Caracas: Gaceta Oficial 397.068, 16 de Octubre de 2012.

<sup>45</sup> Cecodap, Fundación Luz y Vida, Instituto de Psicología de la Universidad Central de Venezuela, Dirección Nacional de Fe y Alegría, Observatorio Venezolano de Violencia Escolar, Cátedra de Prevención de Violencia en la Escolaridad, Fundación TAAP y Centro Gumilla (CECODAP et al. 2011).

**Carla Serrano Naveda**

educativo en la medida de sus posibilidades ha intentado compensar, con mayor o menor éxito, los vacíos dejados por un desarrollo normativo deficiente, en el que no se dan orientaciones ni lineamientos oficiales claros sobre cómo proceder en Disciplina Escolar.

En el caso de algunos Consejos Municipales de Derechos de NNA conocidos, por ejemplo, el de Chacao en el estado Miranda, en aras de cumplir con sus atribuciones, promovieron una visión integradora en los procedimientos de Disciplina Escolar, aplicando preferiblemente la visión de la LOE 2009 de corregir faltas utilizando MARC y aplicando la LOPNNA cuando sea indispensable, imponiendo sanciones por parte de una autoridad competente, en observancia del artículo 57 de dicha ley. En pocas palabras, se puede afirmar que lo sustancial es que ninguna institución educativa aplique un reglamento interno *represivo*<sup>46</sup> cuyas disposiciones violen o amenacen los derechos de los miembros de la comunidad educativa, lo cual evidentemente afectaría la CE.

Tanto la CSDN como la LOPNNA concuerdan en que, la educación de NNA está encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y las capacidades mentales y físicas hasta el máximo de sus posibilidades. En virtud de estos preceptos es posible observar que tanto la CE, como los acuerdos o reglamentos que versen sobre ella, entrarían en juego para compatibilizar de manera armónica aspectos relacionados con la disciplina, en combinación con el desarrollo integral de la personalidad de cada NNA, en el proceso de su educación. Por ello, el artículo 55 de la LOPNNA reconoce el derecho de *participación activa de NNA en el proceso educativo*, en el cual están involucrados de manera directa.

La casuística en el tema de la CE puede ser inagotable y su abordaje se encuentra muy correlacionado con el nivel de operatividad del Sistema de Protección de NNA de la localidad o municipio de que se trate y de los vínculos de trabajo que se hayan forjado, entre las distintas instituciones educativas y los integrantes de dicho sistema. En ese sentido, no se descarta que dependiendo de los hechos específicos que se estén dilucidando en una situación concreta, pudiera requerirse y ser idónea la intervención de

---

<sup>46</sup> Sobre los elementos de un reglamento escolar acorde con derechos y garantías de NNA ver: (Saraiba 2009).



**Carla Serrano Naveda**

otros órganos del Sistema de Protección como los Consejos de Protección de NNA<sup>47</sup> o las Defensorías de NNA<sup>48</sup>, servicios que están habilitados para orientar y mediar en ciertos conflictos, que no hayan escalado en los niveles de violencia. Incluso, si en una determinada situación ocurrida dentro de la institución educativa o entre algunos de sus miembros, con impacto en la CE, se advierte la comisión de un hecho punible y la presunta responsabilidad penal de uno o varios adolescentes, sería ineludible que las autoridades del colegio establezcan contacto con integrantes del Sistema Penal Adolescente, tales como el Ministerio Público y los órganos auxiliares de investigación, para proceder en el caso.

Sobre el estudio de caso hecho en la ETI-SJO, se observa que se encuentran al día con los *Acuerdos de CE y Comunitaria*, aprobados ante las autoridades correspondientes en mayo de 2019 y para el momento de la cuarentena decretada por Covid-19 en marzo 2020, se encontraban en el proceso de adecuarse a la “*Instrucción Ministerial sobre Acuerdos de Paz, CE y Comunitaria*” de septiembre 2019. La ETI-SJO como todos los centros educativos, reciben una suerte de plantilla o formato en el que se ofrecen los lineamientos generales de la estructura a seguir. En la praxis cada colegio, va complementando dicho formato con los contenidos requeridos, que garanticen serán aprobados. Los *Acuerdos de CE y Comunitaria* vigentes en la ETI-SJO, durante el trabajo de campo de esta investigación, estaban contenidos en un documento de 116 páginas.

## **V. ANÁLISIS DE RESULTADOS: PERCEPCIÓN DE LOS ADULTOS CON RESPECTO A LA SITUACIÓN DE LA CE EN LA ETI-SJO**

Los ocho adultos entrevistados, en principio, definieron la CE desde sus experiencias, como el fenómeno que implica las interacciones cotidianas que se dan en espacios y tiempos determinados, si se compara con la literatura, se aprecia que tienen claridad sobre lo esencial pero otros elementos del constructo no son aludidos, salvo en función de las repreguntas, cuando emergieron referencias a los conflictos, las normas, la comunicación como ingredientes también inherentes a la CE. No obstante, dimensiones

---

<sup>47</sup> Órganos administrativos encargados de asegurar la protección en caso de amenaza o violación de los derechos y garantías de uno o varios NNA individualmente considerados, ver artículos 158 a 168 de la LOPNNA.

<sup>48</sup> Ver artículos 201 a 213 de la LOPNNA.

**Carla Serrano Naveda**

como inclusión de la diversidad, habilidades y competencias socio-emocionales y relacionales, desarrollo moral, no fueron aludidas por ninguno de los entrevistados.

Se observó que, el tema de los Acuerdos de Convivencia puede analizarse en los distintos colegios, desde una lógica y perspectiva externa, protagonizada por la autoridad competente, en este caso el MPPE, facultado para emitir resoluciones y lineamientos en diversos asuntos; a la par de una lógica y perspectiva interna, en la manera de recibir, procesar, apropiarse e implementar dichos lineamientos. En el cruce de ambas lógicas pueden darse una variedad de situaciones, en la manera de efectivamente experimentar el tema de la CE. La ETI-SJO se trata de un colegio en modalidad privada subvencionada y esto explica que según una de las docentes entrevistadas, la tendencia observada es que cualquier información proveniente del Ministerio primero llega a los planteles públicos (representan más del 80% de la educación nacional), luego a los privados y finalmente a Fe y Alegría y eso implica tener que “apurarse”, para cumplir con los requisitos que se exijan.

No todos los docentes en el colegio, están en la capacidad de llevarle el ritmo a los cambios en los lineamientos sobre los Acuerdos de CE que se suelen imponer desde el MPPE y eso no contribuye al acatamiento de normas, pues sin hacer evaluaciones ni comunicar oportunamente, se cambian pautas que está en proceso de asimilación. Desde la entrada en vigencia de la LOPNNA (2000) a la fecha, se ha variado de Reglamentos de disciplina escolar, a Manuales de convivencia, a Acuerdos de CE y comunitaria y ahora, Acuerdos de Paz, CE y comunitaria, según la instrucción ministerial de 2019<sup>49</sup>. Algunos docentes dentro de la ETI-SJO, de nivel directivo, tienen la responsabilidad de estar al día con las pautas emanadas del MPPE y difundir luego la información internamente.

Se plantea con los lineamientos de 2019-2020 una reducción en la extensión de los Acuerdos de CE, pues los parámetros previos terminaron configurando un documento “legalista” de más de 100 páginas, ello incrementa la percepción de que al MPPE le basta con la ritualidad burocrática. Se explicó que la aprobación de los acuerdos por las

---

<sup>49</sup> Cambios a nivel nominal que en parte, se presume, corresponden a ciertos cambios de fondo en su concepción, elaboración y ejercicio, pues mientras un *reglamento* tiene una connotación más punitiva y con énfasis en lo disciplinario, los *acuerdos* evocan negociación. No obstante, sobre estos cambios no han habido pronunciamientos oficiales que, explícitamente, argumenten dichas modificaciones. Ver nota al pie N° 43.

**Carla Serrano Naveda**

autoridades es muy lenta, ha ocurrido que termina un año escolar y el proceso aún no ha concluido formalmente. Así, los acuerdos se aplican pese a no estar avalados. Tal nivel de confusión e informalidad, sólo sirve para restarle la seriedad que debería tener el cumplimiento de normas en el desarrollo moral de NNA, entre otros aspectos.

Para la ETI-SJO resultó un hito en el tema de la CE, el haber participado del proyecto Convivencia Democrática entre 2013 y 2016 con Gumilla, recordaron los entrevistados que, en una época solo al inicio del año escolar se socializaba, lo que tenía que ver con la normativa sobre apariencia personal de los estudiantes, luego fue que hicieron un trabajo más exhaustivo, involucrando a todos los actores en las implicaciones más profundas de los Acuerdos de CE. Fue clave hacer el ejercicio grupal, deliberativo, de distinguir las conductas que implican faltas leves, de graves, de hechos punibles, a fin de definir claramente la sanción o el correctivo aplicable. Se subraya que no solo algunos adultos, más allá de los docentes, sino también los estudiantes cuando son consultados, tienden a un enfoque que privilegia lo punitivo y las sanciones más severas frente a los incumplimientos. Ha representado todo un desafío aproximarse al enfoque de los DDHH de los NNA y procurar darle mayor importancia a los aprendizajes que a los castigos.

Una docente entrevistada sobre la difusión de las normas a los alumnos aseveró, admitiendo puede ser mejorado, “*no las tenemos visibles... no se las mandamos por correo, hacemos la discusión con ellos, se las presentamos, ellos hojean pero no están visibles...*”. Fue una constante mencionar los niveles de pobreza y precariedad de los estudiantes y sus familias, como determinantes en la flexibilización de criterios pautados en los Acuerdos de CE, en especial lo relativo al uniforme escolar y la hora de llegada al plantel, muy afectada por fallas estructurales a nivel de servicios básicos como el transporte público. Los entrevistados no emplean la expresión “emergencia humanitaria compleja”, la cual es muy técnica pero sin dudas en sus relatos, acusan todo el impacto que tiene en su día a día.

Desde la perspectiva de varios docentes, se reprochó cierto liberalismo en los hogares, entendido como que “*estamos dejando los chamos tomen rienda suelta en cuanto a las decisiones de cómo quieren sea su aspecto físico y esa parte nos ha costado con los chamos y sus padres*” (Docente, mujer). Lo cual confirma la tensión en cuanto a las expresiones de gustos propios de las culturas juveniles, que no tienen cabida dentro

**Carla Serrano Naveda**

de la institucionalidad de la escuela<sup>50</sup>, percibiéndose como amenazante el derecho que tienen los adolescentes al libre desarrollo de su personalidad. No se avista como una extralimitación docente el dictar pautas en aspectos tan subjetivos, por ejemplo, como la extensión del cabello y sigue siendo un tema que requiere de mayor capacitación y deliberación.

Cuando se exploró la percepción sobre la efectiva aplicación de los Acuerdos de CE, nadie se atrevió a afirmar que se cumplen en su totalidad y desde un cargo directivo, más bien la estimación fue baja, “*pensando en todos los acuerdos, no pasaría de 30% de cumplimiento*”. Distintos argumentos esgrimidos fueron: con el personal docente no se ha tenido una formación intencionada en este tema; persiste el desconocimiento general de algunas normas; la inequidad en la aplicación de procedimientos; la desmotivación frente a las reincidencias en la conducta de ciertos estudiantes; falta de seguimiento a las sanciones impuestas, hasta razones de orden externo, tipo estructural económico.

Se indagó en el estudio sobre las acciones que de manera intencionada se llevan a cabo, a propósito de tener “relaciones con armonía” entre sus integrantes, según Nail Kröyer, 2018. Con base en las respuestas procesadas, se pueden distinguir acciones que se encuentran más institucionalizadas, porque están conectadas con la malla curricular, de otras que responden a iniciativas variables en el tiempo. Sostienen los entrevistados que se trabaja con los tres tipos de voceros estudiantiles, para que ellos apoyen en la difusión de las normas a cumplir dentro de la institución. Las opiniones de los entrevistados sobre los voceros estudiantiles fueron contrastantes, para algunos ese mecanismo ha decaído y debe ser reimpulsado, a fin de que no se estanque en un nivel participación, a lo sumo *consultiva*, conforme exponen teóricos de la participación infantil trabajados (Hart, Trilla y Novella).

Una constante en todos los adultos entrevistados fue reconocer que, luego de acercarse y conocer más de la ley especial en materia de NNA, se habían reducido muchos prejuicios y estigmatizaciones, hasta llegar al punto de verla como una herramienta para la función docente. Se mencionaron diversos procesos de formación sobre la LOPNNA y se estableció una lógica relación con los Acuerdos de CE. Fuera de las instalaciones del

---

<sup>50</sup> Moncrieff, H. *Significados de la violencia escolar. La perspectiva de alumnos, docentes y directores. Municipio Baruta*. Informe final de investigación, (Caracas: CISOR-CECODAP, 2014).

**Carla Serrano Naveda**

colegio, cuando ha correspondido articularse con el Sistema de Protección de NNA porque los casos a atender así lo ameritan (por ejemplo, en Defensorías o Consejos de Protección de NNA), las experiencias han sido percibidas como negativas, ya que pareciera según los entrevistados en ETI-SJO, en estas instancias se tiende a concederle por completo la razón a los NNA en detrimento de los profesores, en las situaciones de conflicto planteadas. Manifestaron haber experimentado sesgos a favor de los derechos de los NNA, en desbalance con respecto a sus deberes.

Con base en la propuesta de Shier (2001), se incluyeron preguntas en los guiones de las entrevistas, a fin de explorar niveles de participación de los estudiantes según la opinión de adultos que hacen vida en la institución. En cuanto a *si se les escucha*, se les *apoya para que expresen sus opiniones y actúen en asuntos de su interés*, observamos en líneas generales, un clima y una tendencia favorable. La institución no es monolítica pero según las estimaciones de los entrevistados entre un 70 y 80% de los profesores están convencidos de la importancia de la participación de los estudiantes, visto incluso como cambio en el paradigma de la Educación. Se considera que hay potencialidad y que la Directiva promueve la participación y contagia ese espíritu en docentes y en los mismos estudiantes.

Subiendo de nivel de participación, la indagación sobre si se les *involucra a los estudiantes en procesos de toma de decisiones* y además, si se *comparten responsabilidades con ellos sobre lo decidido*, se observó de entrada que las preguntas exigieron una mayor meditación en las respuestas, pues no suelen ser rutinarias; el conjunto aseguró que sí se les involucra en la toma de decisiones “*aunque se puede mejorar, creo eso nos falta*” (Docente, mujer) y uno de los ejemplos más repetidos sobre compartir responsabilidades fue la organización y ejecución de la *semana aniversario del colegio*. En el ámbito académico, el deber ser es que los planes de clases y evaluación sean negociados con los estudiantes, pero sobre ello no hay real seguimiento que conste en indicadores. En la reciente implementación de un programa de comedor escolar, algunos alumnos se involucraron e hicieron valiosos aportes para mejorar su funcionamiento. El uso de las canchas deportivas fue otro ejemplo al que hicieron referencia los entrevistados, donde los estudiantes suelen involucrarse y plantear soluciones. Desde la perspectiva del personal administrativo se sentenció: “*Los*

**Carla Serrano Naveda**

*profesores sí escuchan, sí apoyan... pero creo que... las decisiones siguen siendo de los Directivos, coordinadores [autoridades]. Tienen la última palabra aunque es un equipo que siempre hace las cosas en función de los chicos” (Administrativo, mujer). Coinciden docentes y personal administrativo que “los estudiantes responden cuando se sienten valorados, acogidos, recibidos” (Docente, hombre).*

Según Shier (2001), los niveles más altos de participación infantil se reconocen cuando los NNA no son exclusivamente supervisados, manipulados, sujetos que nada más reciben y cumplen órdenes, sino que existe la posibilidad de *tener propias iniciativas* y eso de diversas maneras implica el *poder es compartido con los adultos*. Al respecto, los entrevistados nos compartieron sus impresiones en la ETI-SJO, destacando pocas iniciativas generadas por los propios estudiantes y reconociendo falta camino por recorrer para desplegar mayores grados de autonomía, capacidad de pensar con cabeza propia y desarrollar músculo organizativo que habilite el ejecutar propuestas. Una iniciativa de adolescentes que si funcionó durante un tiempo, fue el modelo de Naciones Unidas en el SJO (SANJOMUN), liderado por un estudiante que sostuvo el grupo hasta egresar.

En resumen sobre este punto, docentes en general y personal administrativo coinciden en afirmar que hay incipientes prácticas de *poder compartido*, tanto entre colegas como entre adultos y estudiantes, y se ha dado un proceso en el que cada uno se ha ido empoderando. Como expresó el Director de la institución “*no siento el poder esté concentrado y me gusta que los demás opinen, desde mi punto de vista ha sido más compartido, nuestra dinámica como equipo es que cada uno haga lo suyo*”.

Según las voces adultas consultadas sobre *resolución de conflictos*, en la actualidad hay muy pocos problemas en la ETI-SJO, dentro de los parámetros esperados para una población de unos 400 estudiantes. De manera esporádica, pueden darse roces o diferencias entre estudiantes y en esos casos, cada uno llena su acta reportando la novedad y asentando por escrito su versión de lo que consideran ocurrió, “*si no pasó a mayores*”, allí mismo se piden disculpas; si la situación amerita sanción se les coloca y si hubo golpes, amenazas, peleas afuera, se cita a los representantes. Se trabaja para que los estudiantes sean parte de la solución al problema. Las versiones no coinciden pero los docentes de aulas entrevistados afirman que, procuran resolver por sí mismos los incidentes que se suscitan en los salones, mientras que desde la experiencia reportada en

**Carla Serrano Naveda**

las Coordinaciones se opina que reciben el 90% de los casos. Cuando se presentan casos de hurtos y se notifican de manera inmediata, muchas veces se logra resolver, se les recuerda a los estudiantes que desde los 14 años tienen responsabilidad penal. Las faltas que más se siguen cometiendo apuntan a daños al mobiliario e instalaciones, lo cual es indicativo de que está fallando la corrección. Reflexionaron sobre el agotamiento de ciertas *sanciones* empleadas con estudiantes y consideran toca reinventarlas. Curiosamente, ninguno de los entrevistados, se refirió a la Ley de Educación del 2009 y sus efectos, en cuanto a Disciplina Escolar.

Sobre la claridad de las *normas* no hubo quejas ni dudas, en opinión de la mayoría de los adultos entrevistados los desafíos se presentan en la implementación de los *procedimientos*, sobre todo por parte de los profesores que tienden a ser poco sistemáticos, aunque reciben inducciones sobre los Acuerdos de CE, en especial, los nuevos ingresos. De manera que, puede inferirse la impresión que causa en los estudiantes y demás integrantes de la comunidad educativa, si los docentes que deben aplicar los procedimientos relativos a faltas en la CE no los conocen. En varias entrevistas también se aludió al tema de los procedimientos que se llevan a cabo dentro de los centros educativos, pero ya no por faltas cometidas por los estudiantes, sino por integrantes del personal docente, administrativo u obrero. En esta línea, se formularon preguntas un tanto retóricas sobre qué pasa con las sanciones o medidas para profesores y el resto del personal, puesto que los Acuerdos de Convivencia Escolar y sus regulaciones, no se reducen a la población estudiantil.

Finalmente, sobre los cambios más resaltantes notados por los entrevistados en la CE, durante el período -marzo a julio 2020- en el que se ensayó una modalidad de educación a distancia, de entrada se subrayó lo obvio, dado que existen relevantes diferencias entre las “clases presenciales” y las “clases a distancia”, tanto en el proceso de enseñanza-aprendizaje como en las interacciones cotidianas, entre otros aspectos. A las fallas estructurales en servicios básicos, la inseguridad alimentaria, el hundimiento económico y la migración forzada, entre otras variables, se le sumó el abrupto e improvisado mandato oficial de convertir “Cada familia en una escuela”. Los cambios en la CE fueron radicales, las interacciones humanas puntuales, solo cuando se recibían tareas de los estudiantes, justamente por carecer de los dispositivos tecnológicos que

**Carla Serrano Naveda**

posibilitaran las entregas en línea, y tales encuentros estuvieron impregnados del esperable temor al contagio del virus. Entre pares, muy poco se pudo compartir y convivir, pues no todos tenían teléfonos (de ningún tipo) y la mayoría de los contactos en línea pasaron a estar mediatizados por madres, padres y representantes quienes recobraron un protagonismo considerable en este periodo. En general, una preocupación compartida por todos los entrevistados fue cómo ayudar a los que se estaban quedando aislados, tanto estudiantes como docentes.

En palabras de un docente, se vivió una suerte de “*educación conductual*”, en el sentido de que la institución es la que tiene la última palabra, incluso el MPPE es el que tiene la última palabra y los lineamientos no se consultan, solo se imponen. Se tornó en un proceso muy mecánico, indicar tareas y recibir “*productos físicos*” de regreso, lo cual no permite ir observando el aprendizaje. Otro consenso apreciado en las opiniones registradas es que urge un manual o equivalente para trabajar a distancia familias-escuela. Varias voces advirtieron no haber estado preparados en realidad para afrontar una experiencia de educación a distancia y agregaron que la CE en estos términos amerita mucho estudio.

Sobre la participación de NNA, núcleo de interés del presente estudio, los hallazgos arrojaron que durante la cuarenta por Covid-19 cambió muchísimo, el derecho a la participación condicionado a la posesión o uso del recurso tecnológico, lo cual incrementó brechas. Se interpretó como buena participación en este contexto, que la mayoría de los estudiantes cumplieran sus responsabilidades académicas, aunque de manera flexible. Varios docentes de aula expresaron su preocupación por aquellos casos en donde se notó una suerte de usurpación de algunos representantes, pues en varias ocasiones quedaron dudas de que los estudiantes hubieran hecho sus propias tareas. Sobre la CE en el futuro, se expresó la inquietud de lo que se debe normar, las pautas que corresponderá crear.

## **VI. ANÁLISIS DE RESULTADOS: PERCEPCIÓN DE LOS ESTUDIANTES CON RESPECTO A LA SITUACIÓN DE LA CE EN LA ETI-SJO**

En esta sección se ofrece el análisis de resultados alcanzados, integrando los datos arrojados por la Escala ECE y los testimonios obtenidos a través de las entrevistas. En el



**Carla Serrano Naveda**

caso de la ECE, el grupo de estudiantes evaluado obtuvo un puntaje global de 235 puntos –en un rango posible de 96 a 324 puntos–, indicativo de una *percepción general intermedia*, la cual resulta mayormente favorable en cuanto a CE cotidiana y los esfuerzos realizados para propiciarla, aunque es posible y necesario insertar mejoras con el fin de optimizarla. El desglose por categorías se detalla a continuación:

El puntaje obtenido en la ECE en la categoría *Noción de CE* fue de 23 puntos (en un rango posible de 11 a 29 puntos), lo cual revela que los estudiantes poseen nociones conceptuales bastante claras o acertadas en materia de CE. Coinciden en sostener de manera mayoritaria que la convivencia en la escuela tiene que ver con una coexistencia pacífica entre todos sus integrantes o una relación positiva entre los miembros de la misma. También coinciden mayoritariamente en sostener que la convivencia ayuda al cumplimiento de los objetivos previstos a nivel escolar, a la vez que favorece un espacio en el que es posible el desarrollo integral de los estudiantes. Al profundizar en este aspecto, en las voces de los estudiantes entrevistados que contaban con mayores facilidades de expresión verbal, se encontraron definiciones que amplían el sentido de lo alcanzado haciendo mención a términos como *confianza, seguridad, familiaridad, unión, trabajo en equipo* e, implícitamente, la *diversidad de interacciones* posibles en el ámbito escolar, y aspectos conexos a congeniar (llevarse bien). Al ser interpelados, los estudiantes reconocen por unanimidad que la CE implica a todos los actores que hacen vida en la escuela, extendiéndolo incluso al resto de la comunidad escolar y que incluye a padres, madres, representantes. Es posible afirmar que el clima en la escuela es percibido como mayormente agradable, estimulando la asistencia diaria (sus condiciones físicas contribuyen a la CE). Ello no es óbice, sin embargo, para que los estudiantes revelen en sus entrevistas que conciben pensar en una CE sin conflictos. Es decir, la visión de los estudiantes es realista y se encuentra libre de cualquier dejo de romanticismo o del idealismo que quizás han querido imprimirle, algunas de los autores o personas que trabajan este tema. Las entrevistas fueron reveladoras al dejar en evidencia algunas de las medidas que se han tomado a nivel de sectorialización de ciertos espacios del liceo, para aminorar contactos que puedan redundar en situaciones tensas o problemáticas.

La puntuación obtenida en la ECE en la categoría *Existencia, conocimiento y aplicación de los Acuerdos de CE* fue de 17 puntos (en un rango posible de 6 a 24 puntos),

**Carla Serrano Naveda**

siendo posible afirmar que los estudiantes sostienen de manera mayoritaria conocer acerca de la existencia de los “Acuerdos de Convivencia” en su escuela. Sin embargo, aunque también se observa una tendencia mayoritaria a afirmar que tienen conocimiento acerca del contenido de dichos Acuerdos, la distribución en el patrón de respuesta permite cuestionar qué tan cabal es el conocimiento de dicho contenido. Hay un conocimiento referencial y genérico de lo que se podría llamar el “resumen” de los Acuerdos de Convivencia del liceo, que se les presenta al inicio del periodo académico –sobre todo en los años iniciales de su formación–, pero del *verbatim* de los entrevistados se desprende que no existe por parte de los estudiantes la soltura o dominio que otorgaría el conocimiento cabal de su contenido. Por el contrario, la referencia está llena de generalidades y abstracciones imprecisas, que muchas veces parecen apelar al sentido común. Así, es posible destacar que, según la percepción de los estudiantes, el énfasis de los “Acuerdos” de la escuela está puesto en aspectos relacionados con la apariencia personal y algunos otros lineamientos generales que en muchos casos están sobrentendidos –como la puntualidad, el respeto a profesores y compañeros, y la responsabilidad en el cumplimiento de obligaciones académicas, la comisión de “errores” (faltas o infracciones)– que no permiten esclarecer si la mención que se hace de ellos responde a conocimiento certero o si son meras referencias de lo que se ha ido transmitiendo oralmente por repetición habitual. Una exploración adicional permite observar que a los estudiantes no se les consigna el cuerpo escrito de tales Acuerdos ni existe una vía determinada para acceder a ellos y revisarlos si hubiera el interés o la necesidad de hacerlo. Según lo esclarecen los testimonios de los entrevistados, algunas normas relacionadas con la apariencia personal, que ellos reportan como elemento de énfasis, se han visto flexibilizadas por la coyuntura actual del país, pero no hubo un proceso de consulta específico a los estudiantes sino una detección de los profesores y directores.

El puntaje obtenido en la ECE para la categoría *Actividades para promover CE* fue de *10 puntos* (en un rango posible de 4 a 16 puntos), lo cual revela que los estudiantes perciben de manera mayoritaria la realización efectiva de actividades que favorecen la CE, tales como charlas, talleres, actividades grupales, juegos cooperativos y/o retiros, las cuales son habituales dentro de la escuela y contribuyen a establecer un clima ameno. A

**Carla Serrano Naveda**

partir de estas actividades han surgido iniciativas para beneficio del resto de la comunidad, lo cual contribuye a generar una mayor cohesión con el conglomerado que rodea a la escuela, ejemplo de ello, la apertura de un comedor social que cuenta con la colaboración de representantes que se encargan de la preparación de los alimentos allí dispendiados.

La puntuación obtenida en la categoría *Conocimiento de normativa relacionada con la CE* fue de 12 puntos (en un rango posible de 4 -16 puntos). Se encontró que los estudiantes afirman tener conocimiento, principalmente de la LOPNNA, aunque las entrevistas revelan que ocurre algo parecido a lo que se ha mencionado, muchas veces hacen afirmaciones ligeras con respecto al conocimiento de la ley –como lo hacían con respecto a los Acuerdos– sólo porque tienen una noción referencial y difusa a ella, que muchas veces no trasciende del título y una breve explicación acerca de su contenido genérico. Se observó que, según los estudiantes, los docentes conocen el contenido de la LOPNA en materia de disciplina escolar de manera más detallada que ellos. En este punto habría que atender al pragmatismo característico de la etapa del desarrollo evolutivo adolescente, pues no cabe esperar que el conocimiento legislativo en profundidad sea una temática particularmente afín, llamativa o de interés. De este modo, es posible concluir que el conocimiento en torno a la normativa relacionada con NNA puede ser fortalecido, para optimizarlo en aras de que constituya un elemento más a favor de la CE, ello implicaría hacer más atractivos los contenidos, a través de la forma en que los mismos son impartidos.

En materia de *participación general de los estudiantes*, el puntaje alcanzado en la ECE fue de 50 puntos –en un rango posible de 19 a 76 puntos–, lo cual revela, que la muestra estudiantil evaluada tienen una percepción mayormente orientada al hecho de que los directores y los docentes NO son los únicos que establecen las reglas para la convivencia dentro de la escuela, y que hay un sincero interés, junto con disposición y apertura de parte de los adultos para incentivar o estimular la participación de los estudiantes, aunque se trata de una oportunidad que no siempre es aprovechada en su máxima expresión por parte de éstos. Se observaron elementos en el orden de la afiliación, la identidad institucional y la cohesión del conglomerado que forman los estudiantes con los profesores. Así como, la percepción de un nivel de intercomunicación íntimo, en el

**Carla Serrano Naveda**

que se puede leer agradecimiento por el cuidado y la preocupación institucional recibidos que, pudiendo no ser perfecto, es el único que realmente hace presencia tangible en la vida de estos jóvenes en el contexto de un país en el cual la institucionalidad del Estado es caótica, cuando no abandonante. No solo hay disposición de los adultos a la participación, sino genuina preocupación de parte de los profesores hacia los estudiantes, lo cual es un factor emotivo que ciñe lazos importantes de aprecio, respeto, valoración, todo lo cual contribuye a la CE como fenómeno integral complejo.

Las oportunidades para participación están dadas, pero los estudiantes no las aprovechan en el nivel que se podría esperar, pues pese al incentivo adulto, no todos los adolescentes tienen ánimo o ganas para involucrarse en actividades que van más allá del estricto cumplimiento académico. Al preguntar acerca de cuál podría ser la razón de esa apatía de los estudiantes para tener una participación mayor, la respuesta permite inferir una inhibición fundada en no estar acostumbrados a opinar, no saber cómo comunicar, el temor por no saber cómo será recibido el criterio propio, responsabilizarse por él y correr el riesgo de estar solo o ser atacado por fijar una posición frente a algo. También se consigue que la apatía pueda responder a la situación del país, a lo que se observa en el funcionamiento general de la sociedad nacional actual. Aun así, cuando las oportunidades de participación son aprovechadas, los estudiantes perciben y afirman que las iniciativas por ellos propuestas gozan de aceptación y confianza por parte de los adultos, y que hay apertura para ensayar maneras nuevas de resolver los problemas de convivencia que puedan surgir. Forma parte de la percepción general de los estudiantes que los docentes no son indiferentes a los problemas de CE. Es significativo que, cuando se trata de la *toma de decisiones en general*, la opinión docente tiene el mayor peso, seguida del personal administrativo y obrero junto con la de los estudiantes, pero la que menos es tomada en cuenta según la percepción de los estudiantes es la de los representantes.

El puntaje obtenido en *Resolución de conflictos* en la ECE fue de *50 puntos* (en un rango posible de 20 a 65 puntos), lo cual es indicador de que los estudiantes perciben la existencia de situaciones de agresión o violencia dentro de la escuela –incluyendo el “bullying” o acoso escolar–, aunque no aparecen como un factor de excesiva alarma o preocupación para ellos. En cuanto a las conductas que perciben como más frecuentes, por llevarlas a cabo ellos mismos o por observarlas en otros, se observa que el 71%

**Carla Serrano Naveda**

sostiene no verse mayormente afectado por conductas de agresión, provocación o eventualidades que puedan considerarse como molestias. Un dato interesante en cuanto a la calidad de la cohesión escolar es que algunos estudiantes señalaron por iniciativa propia que, *aunque no llevan mayormente a cabo este tipo de conductas y/o no las padecen de manos de otros, son proclives a intervenir en defensa de terceros al observar que se están llevando a cabo*. Se observa que se trata de una escuela que presenta un contexto de poca conflictividad y conductas orientadas a ser mayormente pacíficas, pues solamente un 13% reporta ser molestado o recibir algún tipo de conducta agresiva, y 16% admite llevarlas a cabo.

En cuanto a la identificación del tipo de agresor más frecuente, el sexo masculino es señalado con preeminencia, sea por obrar en solitario o de manera grupal. Se observa que los tres principales tipos de agresiones que más molestan a los estudiantes son que otros hablen mal de ellos o recibir burlas, seguido de que se ataque a la propia familia. Le sigue el ser tocado de manera indebida, que es reportado por el doble de adolescentes mujeres que de varones. Al preguntar sobre la aplicación de *sanciones colectivas* a grupos de estudiantes por las faltas de unos pocos, pese a estar expresamente prohibidas en el artículo 57 de la LOPNNA, el patrón de respuesta muestra una ligera tendencia asimétrica positiva, lo cual quiere decir que la sanción colectiva no se descarta en las prácticas disciplinarias llevadas a cabo dentro de la escuela, con cierta frecuencia. Es casi unánime la percepción de que la opinión de los docentes es muy tomada en cuenta para efectos de decidir en la *resolución de conflictos*, una percepción probablemente teñida, no sólo por la experiencia previa, sino también en razón de la jerarquía, “auctoritas” o el temor reverencial del estudiantado hacia la figura del docente. Se reconoce que se tiene el derecho a la defensa, pero no todos opinan que se le pueda ejercer de manera efectiva, favorable o que sea para todos igual.

La puntuación obtenida en la ECE para la categoría *Disciplina y sanciones* fue de 59 puntos (en un rango posible de 27 a 78 puntos), la misma es indicadora de que los estudiantes perciben que las decisiones relacionadas con la disciplina no son tomadas únicamente por los directores y/o los docentes, y que los estudiantes participan en ellas. Al menos con respecto a las normas y procedimientos básicos necesarios para la CE, los estudiantes encuentran claridad, reconociendo los lineamientos a seguir, las limitaciones

**Carla Serrano Naveda**

impuestas y las posibles consecuencias que pueden ocasionar su no cumplimiento, agregando que es discurso aparte el que los estudiantes no les conozcan o pretendan desconocerles. No existe un concierto muy arraigado con respecto a la aplicación estandarizada de las sanciones por parte de directivos y docentes, en el sentido de que todos ellos apliquen a los estudiantes la misma sanción por la misma conducta considerada como falta. No existe una particular percepción de que las sanciones y castigos aplicados a los estudiantes dentro de la escuela sean excesivamente rígidos e inflexibles en ningún caso. Por el contrario, la percepción delata que más bien son bastante flexibles o blandos. Algunos estudiantes tienen la expectativa de que, al menos en materia académica, la exigencia disciplinaria sea más firme. Aun así, la laxitud punitiva no parece constituir un incentivo a la trasgresión, en vista de que la percepción de los estudiantes consultados revela que al estudiantado le importa o le preocupa ser sancionados por sus faltas.

El puntaje obtenido de *14 puntos* en la categoría *Comunicación y publicidad* (rango posible de 5 a 20 puntos), revela que los estudiantes perciben como claras tanto las comunicaciones en aras de la CE como la publicidad de la normativa que la regula o facilita, aunque esta última se refiere a lo que se les transmite en medio de la interacción dentro de la escuela para el funcionamiento más habitual, y no de las que se encuentran establecidas por escrito. Incluso, cuando la mayoría responde afirmando que las faltas siempre son sancionadas conforme al reglamento respectivo, coinciden al reflejar que no existe cabal conocimiento con respecto a los *procedimientos* disciplinarios a seguir. La evaluación general de esta categoría permite indicar que se podrían introducir mejoras que ayuden a optimizar la comunicación y/o la publicidad de aspectos de alta relevancia para la CE. Una buena forma de lograrlo, sería colocando en la sección de archivos de la página de Facebook del liceo la versión actualizada de los “Acuerdos de Convivencia” en formato pdf para facilitar el acceso a todo aquellos que deseen consultarlo o sean referidos a hacerlo.

## **VII. REFLEXIONES DE CIERRE**

**Carla Serrano Naveda**

- Se observa a nivel de *funcionamiento institucional*, que el tema de los Acuerdos y su impacto en la CE se puede analizar desde dos ángulos que se interconectan, la mayoría de las veces experimentando tensiones. Una perspectiva *externa*, está protagonizada por la autoridad competente, en este caso representantes del Ministerio de Educación, facultados para emitir resoluciones y lineamientos, en lo relativo a la normativa sobre CE, de modo que, un nivel implica la relación del colegio con estas autoridades externas que aprueban documentos. A la par, otra es la perspectiva interna, la manera que tiene el colegio de recibir, interpretar y apropiarse de los lineamientos oficiales. En el cruce de ambas visiones, se presentan una variedad de situaciones que inciden en la manera de experimentar la CE, en una suerte de dualidad informal-formal.
- En la *lógica externa*, participan diversos actores como Zonas Educativas, Consejos Municipales de DDHH de NNA, Defensorías de NNA, entre otros, los cuales no siempre coinciden en el enfoque sobre los Acuerdos de CE, es decir, los criterios pueden hasta contradecirse. Tales situaciones crean disonancias, al tener que seguir en los colegios instrucciones de personas no idóneas pero con rol de autoridad, quienes no están formadas en Doctrina de la Protección Integral a NNA.
- Se nota en la *lógica interna*, que evidentemente no es igual un centro educativo público, que uno privado, que uno subvencionado y desde esos recursos, capacidades y particularidades, en cada plantel se procesa este tema relativo a la CE. En el caso de la ETI-SJO, como colegio perteneciente a la red de Fe y Alegría, tuvo la oportunidad de participar del proyecto Convivencia Democrática con el Centro Gumilla. Durante la ejecución de ese proyecto (2013-2016), se sembraron inquietudes, se plantearon debates y ejecutaron metodologías novedosas, en el tema de la CE y los Acuerdos a ser implementados en el colegio, cuyo legado mantiene vigencia en el tiempo.
- Se tiene contacto dentro del colegio de manera diferenciada, con los lineamientos emanados del Ministerio de Educación en CE, algunos docentes con rango directivo fungen como responsables directos. Así, docentes de aula, representantes, estudiantes, personal administrativo o de apoyo, suelen recibir fragmentadas estas instrucciones.

**Carla Serrano Naveda**

- Plantearon los adultos entrevistados, que muchas veces los Acuerdos de Convivencia Escolar son percibidos como mero *requisito* a cumplir ante *instancias burocráticas*, admitieron que ha tomado tiempo verle la utilidad y disminuir la animadversión hacia la LOPNNA. Se ha desarrollado muy gradualmente una visión más integral de la CE que no se reduce a lo disciplinario-punitivo, sino al “buen vivir entre diferentes”.
- Se reconocen los esfuerzos realizados por la ETI-SJO para afrontar la *emergencia humanitaria compleja* en curso y que aun así, en general, el balance sea positivo en materia de CE. Fue recurrente la mención a la difícil situación económica de estudiantes y miembros de la comunidad educativa y cómo las fallas estructurales, obviamente, afectan el cumplimiento de los Acuerdos de CE.
- Se tienen nociones claras y muy básicas acerca de lo que implica la CE, incluyendo en ella los esperables conflictos. Dimensiones como inclusión de la diversidad, competencias socio-emocionales, desarrollo moral, no suelen ser aludidas por los entrevistados y se sugieren como ámbitos a considerar y fortalecer.
- La realización de *actividades que favorecen la CE* se ha perfilado como una fortaleza dentro de la institución pero pueden ser diversificadas, aumentando su frecuencia. Cabe recordar en este punto que a nivel de dirección se reconoce que muchos esfuerzos existen pero no se practican de la manera sostenida en que sería recomendable hacerlo. Se reportaron mejoras en el clima o ambiente del colegio a raíz de actividades intencionadas a esos fines, talleres sobre crecimiento personal, manejo de emociones, terapias de respiración, entre otras.
- Aspectos como el *conocimiento de los Acuerdos de Convivencia* del centro educativo, de la *normativa relacionada con la materia* (en el nivel propiamente legal), y, sobre todo, la *participación* por parte de la población estudiantil –tanto en la elaboración de los Acuerdos como en otros temas que puedan resultar de su interés– pueden ser mejorados. En los dos primeros casos se lograría a través de la implementación de estrategias de formación que hagan más atractivos contenidos que, de por sí, pueden no serlo para los adolescentes, así como optimizando estrategias de comunicación y publicidad. Esto traería aparejado ventajas en el tema de la *resolución de conflictos*.
- En el caso de la *participación*, sería útil atender a aspectos motivacionales y de orden intrapsíquico de los adolescentes, ya que se evidencia en el estudio que la ocasión de



**Carla Serrano Naveda**

participar existe y es reconocida como tal por los diversos actores, incluyendo a los propios estudiantes, pero que la misma no es aprovechada por razones tales como el temor reverencial al asumir que hay una experticia o conocimiento superior de parte de algunos adultos que contribuye a intimidar o inhibir, interfiriendo que los adolescentes puedan expresarse haciendo aportes de manera más abierta. Esta categoría se presenta como uno de los aspectos más complejos por cuanto entronca con lo analizado en otras áreas y aglutina factores que justifican el no involucramiento de los adolescentes estudiantes en ciertas temáticas, por razones tales como las características de la adolescencia como etapa del desarrollo evolutivo, la economía cognitiva y el hecho de que, aunque se reconozca la eventual utilidad de la ley, no puede ser negada la realidad institucional de discrecionalidad arbitraria, anomia y caos, impuesta como política de funcionamiento habitual por parte del Gobierno venezolano. Desde el punto de vista psicológico la apatía y la desidia de parte de los adolescentes estudiantes, que sintetiza el miedo a exponerse, a vivir, “entrar al juego”, es en la materia que nos ocupa quizá lo más temible y engañoso, porque, si bien aparentemente no perjudica ni afecta la vida de nadie, es una omisión que se constituye en obstáculo apriorístico que bloquea la comunicación, interfiere la interacción e imposibilita la construcción de cualquier tipo de experiencia realmente profunda en su ámbito de desenvolvimiento diario.

- Sobre la *vocería estudiantil en la ETI-SJO*, sería conveniente introducir ajustes oportunos para evitar retrocesos a extremos negativos de participación infantil como la conocida *participación decorativa de los NNA*. La ETI-SJO, en general, parece se caracteriza por escuchar a los estudiantes, apoyarlos para que expresen opiniones, se toman en cuenta sus opiniones y hasta se involucran en algunas decisiones y aunque el poder no es concentrado, las decisiones siguen siendo de los Directivos, coordinadores [autoridades]. Falta desarrollar metodologías que permitan medir este fenómeno, tienen la disposición de cumplir con el máximo nivel de *participación infantil*, pero no han desarrollado indicadores ni sistematizado los progresos.
- Se confirma que en la *cuarentena por Covid-19 no es posible hablar CE*, más allá del cumplimiento de las responsabilidades académicas. Como podía esperarse fue radical el cambio entre la habitual dinámica presencial y el tener que encontrarse ahora por medios digitales, aquellos que contaron con los dispositivos para hacerlo.

**Carla Serrano Naveda**

Sobre los Acuerdos de Convivencia la siguiente frase fue lapidaria: “*lo que nos tomó años y creíamos listo, ahora toca volver a empezar con lo de la pandemia y la distancia*”.

- En el caso de NNA y de todas las oportunidades de *educación jurídica, cívica y democrática* que pueden y deben llevarse a cabo en los centro educativos, la apuesta es por inculcarles a través de la CE, unas nociones y una praxis de cultura de la legalidad, en donde haya respeto y aprecio a las leyes; que se reduzca la cultura del incumplimiento de normas; que los procedimientos disciplinarios llevados adelante en la escuela se caractericen por ser imparciales y justos, que los integrantes de la comunidad educativa se sientan escuchados y reciban un buen trato, así como, que se supere la conciencia jurídica del enfrentamiento. Un desafío en la gobernanza de la escuela consiste en fomentar las emociones que ayuden a vivir juntos en la diferencia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Asamblea General ONU. «Convención Sobre los Derechos del Niño» Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Asamblea Nacional . *Ley Orgánica de Educación*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5.929, 13 de agosto de 2009.

Asamblea Nacional. *Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.

—. *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Caracas: Gaceta Oficial N° 6185 Extraordinario, 8 de junio de 2015.

Biesta, G. y Maria-Carme Boqué. «¿Qué tienen que ver las emociones con la participación en la escuela?» *Participación Educativa*, Vol 5, N° 8, 2018: 31-41.

CECODAP et al. *Petitorio a la Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para la Educación*. Caracas, 19 de septiembre de 2011.

**Carla Serrano Naveda**

Cillero, M. «El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño» En *Infancia, Ley y Democracia*, de García Méndez, E. y Beloff, Mary (compiladores). Bogotá-Buenos Aires: Temis-Ed. DePalma, 1998.

Civilis DDHH, Acceso a la Justicia, CDH-UNIMET y CDH-UCAB. «CIVILIS Derechos Humanos» abril de 2019. <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Manual-Derecho-a-la-Protecci%C3%B3n-Internacional-en-Crisis-Mayores-20191.pdf> (último acceso: 14 de septiembre de 2020).

Comité de Derechos del Niño. «Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos» 2009. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en) (último acceso: 14 de febrero de 2020).

Congreso de la República de Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5266, 2 de octubre de 1998.

—. *Ley Orgánica de Educación*. Caracas: Gaceta Oficial N° 2.635, 28 de julio de 1980.

Delgado Salazar, R. y Lara Salcedo, L. «De la mediación del conflicto escolar a la construcción de comunidades justas» *UNIV. PSYCHOL.* V. 7, N° 3, 2008: 673-690.

Díaz, S. P. & Sime, L. E. «Convivencia escolar: una revisión de estudios de la educación básica en Latinoamérica» *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 49, 2016: 125-145.

Fix-Fierro, H., Padrón, M. y Pozas, A. *Manual de sociología del derecho: dieciséis lecciones introductorias*. México: Fondo de Cultura Económica, 2018.

García Méndez, Emilio «Legislaciones Infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias» En *Derechos del Niño. Textos básicos*. UNIVEF Venezuela. Caracas, 1996: 58-71.

**Carla Serrano Naveda**

Hart, R. «UNICEF.» 1992. [https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie\\_participation\\_spa.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie_participation_spa.pdf) (último acceso: 9 de noviembre de 2019).

Kerlinger, F. y Lee, H. *Investigación del comportamiento. Métodos de investigación en Ciencias Sociales*. México: McGrawHill, 2002.

Ministerio del Poder Popular para la Educación. *Resolución 058 Consejos Educativos*. Caracas: Gaceta Oficial 397.068, 16 de Octubre de 2012.

Moncrieff, H. *Significados de la violencia escolar. La perspectiva de alumnos, docentes y directores. Municipio Baruta*. Informe final de investigación, Caracas: CISOR-CECODAP, 2014.

Morais, María G. *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas: Publicaciones UCAB, 2000.

Nail Kröyer, Oscar y Carles Monereo. *Gestión y liderazgo en el ámbito de la convivencia escolar*. Santiago de Chile: RIL editores, 2018.

Peña P., Sánchez J., Ramírez J. y Menjura M. «La Convivencia en la Escuela. Entre el deber ser y la realidad» *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, 2017: 13 (1), 129-152.

Perales, C., Arias, E. y Bazdresch, M. *Desarrollo socioafectivo y convivencia escolar*. Guadalajara, México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), 2014.

Perdomo, Gloria. «La Educación como práctica de los Derechos Humanos» *Revista Informe de Investigaciones Educativas*, Vol. XXVI, 2012: 43-59.

Pereira, Fernando. «Teorías pedagógicas y la LOPNA.» En *VIII Jornadas de la LOPNA. Reconciliación de los Educadores con la Ley*, de María Morais y Cristóbal Cornieles (Coordinadores), 93-116, Caracas: Publicaciones UCAB, 2009.

Saraiba, A. y Trapani, C. «UNICEF Venezuela.» 2009. <https://www.unicef.org/venezuela/media/736/file/%C2%BFC%C3%B3mo%20d>

**Carla Serrano Naveda**

ise%C3%B1ar%20un%20reglamento%20Disciplinario%20Escolar?.pdf (último acceso: 19 de septiembre de 2020).

Serrano, Carla. «Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Breve historia de un proceso.» En *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, de María G. Morais, 27-37. Caracas: Publicaciones UCAB, 2000.

Shier, H. «Los caminos hacia la participación: aperturas, oportunidades y obligaciones. Un nuevo modelo para enriquecer la participación de la niñez en la toma de decisiones.» *Children & Society Volume 5*, 2001: 107-117.

Subirats, J. y Alegre, M. «Convivenia social y convivencia escolar» *Cuadernos de Pedagogía. Monográfico N°359*, 2006: 12-16.

Trilla, J. y Ana Novella. «Educación y participación social de la infancia» *Revista Iberoamericana de Educación*, 2001.

## FORMA DE PAGO DEL SALARIO, LEGALIDAD DE PAGO EN MONEDA EXTRANJERA, FLEXIBILIZACIÓN Y NUEVOS RETOS DE UN SALARIO GLOBAL

*Luis Augusto Azuaje Gómez*

Abogado UBA. Especialista en Derecho del Trabajo UCAB. Estudios en Derecho Procesal UCAB.

### Resumen

La coyuntura económica en Venezuela ha traído consigo nuevos retos a todas las disciplinas y actividades del quehacer diario, el derecho del trabajo forma parte de las disciplinas que ha confrontado serios desafíos individuales y colectivos de adaptación, estos retos se mantienen bajo la dinámica de una economía vulnerable, que busca recomponer su institución más trascendental, el salario, para que vuelva a tener el carácter protagónico económico, productivo y social, debemos entrar a cuestionar su flexibilidad en el entorno venezolano, que los acuerdos que los sujetos del derecho del trabajo puedan lograr según sus necesidades e intereses puedan ser soportados por la legalidad y seguridad jurídica que amerita, con este foco, pasamos a debatir esta vital institución en Venezuela.

**Palabras claves:** Salario, moneda extranjera, coyuntura económica, flexibilidad, condiciones laborales, seguridad jurídica, productividad, acuerdos, pasivos laborales, convenio cambiario.

## WAGE PAYMENT METHOD, MULTI-CURRENCY PAYMENT LEGALITY, FLEXIBILITY AND NEW CHALLENGES OF A GLOBAL SALARY

### Abstract

The economic situation in Venezuela has brought new challenges to all disciplines and activities of daily life, labor law is part of the disciplines that have faced serious individual and collective adaptation challenges, these challenges remain under the dynamics of an vulnerable economy, which seeks to rebuild its most transcendental institution, the salary, so that it can once again have the leading economic, productive and social character, we must start to question its flexibility in the Venezuelan environment, that the agreements that the parties of labor law can achieve according to their needs and interests, they can be supported by the legality and legal security that it deserves, with this focus, we will discuss this vital institution in Venezuela.

**Keywords:** Salary, multi-currency, economic situation, flexibility, working conditions, legal security, productivity, agreements, labor liabilities, exchange agreement.

## **ANTECEDENTES, INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA**

La historia económica reciente de Venezuela, muestra una evidente contracción y desaceleración profunda en sus números macros y en la producción interna, las reivindicaciones laborales han pasado a ser cambios peyorativos en muchos casos, esta coyuntura ha traído consigo que el principal patrimonio material del trabajador se haya visto disminuido y afectado, y es que el salario como medio de elevación a una vida digna y humana, ha perdido efectividad, de allí que enfoquemos nuestro estudio hoy a este fenómeno.

El horizonte trazado ha hecho que la preocupación se transforme en búsqueda de opciones y alternativas, que puedan lograr un equilibrio entre la revalorización del salario como y la sostenibilidad de la fuente de empleo, esa armonía puede lograrse, por ello, pasaremos algunas medidas que permitan ese aseguramiento.

### **I. SALARIO Y SUS FORMAS DE PAGO.**

#### **1.1 Bloque constitucional y legal sobre el salario y sus formas de pago.**

El capítulo V, De los Derechos Sociales y de las Familias, contiene el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) que señala el derecho al salario suficiente<sup>1</sup>, y el artículo 123 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras vigente<sup>2</sup>, estipulan que el salario del trabajador debe pagarse en la moneda de curso legal.

Sobre la moneda de curso legal, establece el artículo 318 de la C RBV que "...la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar...", sin embargo, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela<sup>3</sup> vigente, admite la posibilidad de acordar las obligaciones monetarias denominadas y pagaderas exclusivamente en moneda extranjera en su artículo 128 que claramente

---

<sup>1</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 1999.

<sup>2</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario de fecha 7 de mayo de 2012.

<sup>3</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 6.211 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015.

**Luis Augusto Azuaje**

establece que “...Los pagos estipulados en moneda extranjera 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...”.

El convenio No 95 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>4</sup> sobre la protección de los salarios (Ley vigente en Venezuela) estipula que los salarios deben pagarse en la moneda de curso legal. Al respecto la sección 1B del III Reporte del Comité de Expertos en Interpretación y Aplicación de las Convenciones y Recomendaciones, emitida en relación con la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra durante el mes de junio de 2003, estableció expresamente que dicha estipulación no se refería necesariamente a la moneda local del Estado correspondiente, sino que simplemente pretendía obligar a los patronos a pagar los salarios en la moneda aceptada legalmente que pudiese ser convertida de manera inmediata y libre a la moneda local del Estado correspondiente.

## **1.2 Principio de protección del salario, límites y prohibiciones.**

Para una mejor comprensión del debate, tenemos que iniciar trayendo la definición del salario y sus elementos, sobre esto, tenemos que el autor patrio Rafael Alfonzo-Guzmán<sup>5</sup>, definió el salario como “...la remuneración del servicio del trabajador, integrada por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor estimado de bienes en especie que éste se halla obligado a transferirle en propiedad, o a consentir que use para su provecho personal y familiar...”, conceptualmente obtenemos que el salario es el pago debido por el empleador por una prestación de servicios convenida previamente para el disfrute personal y familiar del trabajador.

Dentro de los elementos del salario, que siempre debemos tener presente en todo pago, modificación, mejora, individuales o colectivas de trabajo, las destaca igualmente Rafael Alfonzo-Guzmán<sup>6</sup> en el siguiente orden y estructura:

---

<sup>4</sup> Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial No. 2.847 Extraordinaria de fecha 27 de agosto de 1981.

<sup>5</sup> Rafael Alfonzo Guzmán, *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo* (Caracas, Editorial Melvin, C.A., 2004), 175.

<sup>6</sup> Rafael Alfonzo Guzmán, *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo* (Caracas, Editorial Melvin, C.A., 2004), 174.



**Luis Augusto Azuaje**

“...Además de la disponibilidad patrimonial de la prestación salarial, interesa destacar que las percepciones del carácter citado son siempre: a) inmediatas o directas, por constituir percepciones del trabajador pagadas por su patrono para retribuir labor prestada; b) proporcionales al esfuerzo o rendimiento la individual del empleado u obrero; c) desprovistas, al menos parcialmente, en una porción básica, de álea, esto es, seguras, no sujetas a ninguna contingencia que pueda afectar la existencia de la retribución y su exigibilidad inmediata; y d) generales, por representar ventajas o beneficios proyectados para toda una universalidad de personas en idénticas condiciones de eficiencia en el trabajo...”

Ahora bien, luego de la definición y los elementos, corresponde ir a las formas de pago del salario, revisando especialmente el pago de la remuneración en dinero de monedas distintas al bolívar (moneda de curso legal), esto es, realizar el pago en moneda extranjera del salario, sobre esto, establece el artículo 123 del DLOTTT que “...El salario deberá pagarse en moneda de curso legal. Por acuerdo entre el patrono o la patrona y el trabajador o la trabajadora, podrá hacerse mediante cheque bancario o por órgano de una entidad de ahorro y préstamo u otra institución bancaria...”.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>7</sup> confirma dentro de las formas de pago del salario a través de entidades financieras en su artículo 55, estableciendo tres (3) deberes fundamentales para el empleador en estos casos, la notificación escrita al trabajador sobre los datos de la institución financiera y los datos de la cuenta, deberá asumir los gastos y costos administrativos derivados de la cuenta y, la información inmediata al trabajador sobre la oportunidad del depósito del salario en su cuenta.

Como hemos visto, la relevancia del salario para muchas disciplinas, económico, religioso, político, social, jurídico, entre otras, trae consigo que la forma de pago sea protegida con celo, por ello advierte el maestro Juan García Vara<sup>8</sup> “...está prohibido el pago en bienes, para sustituir el pago en moneda de curso legal. No se podrá entregar al trabajador, ni obligar a recibir, el salario en mercancías, vales, fichas, como estuvo en práctica en la época colonial, para sustituir el pago en efectivo, en moneda de curso legal. La infracción en la forma de pago, está sancionada en esta Ley...”, la prohibición a la que

---

<sup>7</sup> Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial No. 38.426 de fecha 28 de abril de 2006.

<sup>8</sup> Juan García Vara, *Sustantivo Laboral en Venezuela* (Caracas, Ediciones Liber, 2012), 272.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Luis Augusto Azuaje**

hace referencia el maestro, esta contenida en el artículo 523 del DLOTTT, que establece la sanción al empleador "...que no pague a sus trabajadores en moneda de curso legal...".

Para ahondar sobre esta tutela o protección especial y su naturaleza, el autor argentino Ernesto Krotoschin<sup>9</sup> comparte que "...En vista de que la remuneración, normalmente, es el único medio de subsistencia para el trabajador, debe ser protegida, en lo posible, contra mermas o reducciones de toda clase, más allá de ciertos límites...", entonces, es importante que los sujetos involucrados en la contratación de trabajo, tanto individual como colectivo, tengan presente la necesidad de subsistencia y el interés de protección ante cualquier merma del salario.

Debido a lo expresado, comúnmente los autores especializados hacen referencia como afirma la conclusión de Mario de la Cueva<sup>10</sup> "...que el salario se integra con una prestación en efectivo y con otra u otras en especie; de ahí que se usen frecuentemente los términos salario en efectivo y salario en especie...", sobre estas prestaciones en efectivo o en especie, ratificamos nuestro interés en revisar y estudiar en este ensayo únicamente la primera de ellas.

Sin embargo a lo expuesto, debemos tener siempre presente que el salario forma parte de las condiciones de trabajo del contrato de trabajo, bien sea a nivel individual o colectivo, a través, de la convención colectiva de trabajo, por ello resaltamos lo apuntado por Juan García Vara<sup>11</sup>, cuando indica:

"...El salario que debe pagar el patrono al trabajador, con ocasión del vínculo de trabajo, será, en principio, en moneda de curso legal -moneda de pago-; no está permitido, ni por acuerdo entre las partes, el pago sólo en especie. El acuerdo entre las partes que se permite en esta Ley, en cuanto al pago del salario, es aquel concerniente a la modalidad de pago, esto es, en dinero efectivo, por medio de cheque o por depósito en entidad de ahorros o en cuenta bancaria, salvo excepciones que beneficien al trabajador..."

De lo apuntado por el maestro, rescatamos que la Ley permite acuerdo entre partes para definir la modalidad de pago, la moneda de pago, por ejemplo, es una de las formas

---

<sup>9</sup> Ernesto Krotoschin, *Manual de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993), 102.

<sup>10</sup> Mario de la Cueva, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo* (México, Editorial Porrúa, 2005), 298.

<sup>11</sup> Juan García Vara, *Sustantivo Laboral en Venezuela* (Caracas, Ediciones Liber, 2012), 272.

**Luis Augusto Azuaje**

permitidas por el DLOTTT y, sobre esto pasaremos de inmediato a estudiar su posibilidad de implementación en Venezuela, como una forma de protección efectiva del salario ante la coyuntura que vivimos.

### **1.3 Legalidad del pago del salario en moneda extranjera.**

En nuestro criterio, tanto la Constitución como la Ley no tienen la intención de prohibir el pago de los salarios en moneda extranjera sino eliminar el sistema trueque o pago a través de prestaciones en especie como fórmula de protección del salario, como ha quedado en evidencia en el punto anterior, siempre que esto signifique una mejor situación para el trabajador, incluso, sostenibilidad para la fuente de trabajo en el contexto actual.

A pesar de no haber una norma que especifique lo afirmado, tenemos que en materia laboral dentro de la legislación venezolana rige el principio “in dubio pro operario”, según el cual en caso de duda sobre las normas del trabajo deben ser interpretadas de manera que favorezca a los trabajadores. De esta manera, el pago del salario o un beneficio en una moneda que sea más fuerte que el bolívar y con la que pueda tener mayor poder adquisitivo, no queda duda que es más beneficioso para el trabajador, siendo incuestionable la intención de ambas partes de mejorar la calidad de vida del trabajador en lugar de perjudicarlo o menoscabar sus derechos.

A partir que en Venezuela actualmente, existe libre convertibilidad de la moneda conforme el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 21 de agosto de 2018, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.405 Extraordinario de fecha 7 de septiembre de 2018, según nuestro criterio se puede pactar, e incluso pagar en dinero efectivo el salario y demás beneficios laborales en dólares, así como también convertir el salario pactado en bolívares en dólares en efectivo, a la tasa de cambio vigente que rija para el momento de efectuar el pago, es decir, el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario publicada por el Banco Central de Venezuela, o a cualquier otra tasa que sea más beneficiosa para el trabajador. (Artículo 1, 8, 9 del Convenio Cambiario No. 1).

**Luis Augusto Azuaje**

Sobre las obligaciones de pago en moneda extranjera y sus condiciones, tenemos que el autor venezolano James-Otis Rodner<sup>12</sup>, indica que "...Las obligaciones en moneda extranjeras pueden establecer la moneda extranjera como moneda de pago o como moneda de cuenta. Cuando la moneda extranjera es simplemente una moneda de cuenta, la obligación se puede pagar mediante la entrega del equivalente de la moneda extranjera en moneda de curso legal; cuando se establece la moneda extranjera como moneda de pago, únicamente puede liberarse entregando precisamente el monto de moneda extranjera...".

Lo recién expuesto, resulta en un elemento de fundamental comprensión para la aplicación y acuerdo de la forma de pago del salario en moneda extranjera, pues, consideramos que el cambio de moneda como forma de pago deben ser acordadas por los sujetos individuales o colectivos de trabajo y, sus términos en cuanto a la moneda de cuenta y la moneda de pago deben expresarse de manera inequívoca.

Ello sin duda, que como continúa exponiendo el autor James-Otis Rodner<sup>13</sup> "...Cuando la moneda se fija como moneda de cuenta, ella fija un medio para definir el quantum de la obligación en moneda extranjera, pero el deudor se puede liberar entregando el equivalente de la moneda extranjera en moneda de curso legal...", en consecuencia, primero debemos acordar la cambio de moneda como forma de pago del salario, segundo, acordar el monto o *quantum* salarial y por último si ese monto va ser moneda de cuenta o moneda pago, pues de esto deviene la flexibilidad de su forma de liberación de la obligación.

Hemos insistido que el cambio, modificación o inicio del pago salarial en moneda extranjera debe partir de un acuerdo, ello en virtud que al ser una condición de trabajo con la protección que hemos referido, cualquier imposición podría ser vulnerable de la nulidad de la forma de pago, debido a que pudiere el trabajador solicitar el pago únicamente en bolívares y el empleador estar obligado al pago en esa moneda.

#### **1.4 Antecedentes jurisprudenciales.**

---

<sup>12</sup> James-Otis Rodner, *El Dinero Obligaciones de dinero y de valor, La inflación y la deuda en moneda extranjera* (Caracas, Editorial Anauco, 2005), 227.

<sup>13</sup> James-Otis Rodner, *El Dinero Obligaciones de dinero y de valor, La inflación y la deuda en moneda extranjera* (Caracas, Editorial Anauco, 2005), 280.

Las sentencias de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de manera implícita ha permitido el pago en moneda extranjera a los trabajadores según se desprende las siguientes sentencias a) 13 de diciembre de 2005 (Caso: Samuel Enrique Leal Perozo contra Wood Group Pressure Control, C.A.); 05 de agosto de 2008 (Caso: Miguel Ángel González Landa contra Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN); 16 de octubre, 2006 (Caso: Francisco Rivero contra Inversiones Berlooli, S.A.); 17 de abril de 2007; ( Caso: William Thomas Steadham Tippett y otros contra Pride International, C.A., 17 de abril, 2007; y 26 de septiembre de 2013 (Caso: Herbert Cerqueira De Souza contra Moore de Venezuela, S.A.).

En recientes decisiones, la Sala de Casación Social ha venido afianzando la posibilidad de los acuerdos del pago salarial en moneda extranjera, como por ejemplo, en reciente sentencia No. 47 de fecha 07 de junio de 2021, se estableció con respecto a la moneda de cuenta y la moneda de pago, lo siguiente:

La sumatoria de los montos calculados arroja la cantidad de once mil dólares americanos (US \$ 11.000,00); la cual, de acuerdo a lo estipulado en la normativa legal vigente en el país, y que se reflejaron en esta decisión, debe ser convertida en moneda de curso legal en el país, al tipo de cambio corriente en el lugar y fecha de pago, entendiendo por moneda de curso legal, el bolívar, tal como lo consagra el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma que dispone, que la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar; siendo sólo utilizable la moneda dólar americano, como un parámetro referencial, en virtud de lo estipulado en el acta homologada por ante la Inspectoría del Trabajo del estado Anzoátegui, en fecha 15 noviembre 2011 (folios 52 al 57, pieza 1 del expediente).

Al efecto y consonancia con la norma constitucional, el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela; los artículos 5 y 9 de la Ley Contra los Ilícitos Cambiarios, y el artículo 18 del Convenio Cambiario N° 1 de fecha 5 de febrero de 2003, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.625 de la misma fecha.

En esta sentencia, la Sala de Casación Social establece la validez de los acuerdos del pago de salario en moneda extranjera como moneda de cuenta, sin embargo, al momento de la ejecución, ordena la conversión de moneda extranjera a bolívares, esto es, la moneda de pago permanece siendo el bolívar.

**Luis Augusto Azuaje**

Igualmente, la sentencia No. 79 de fecha 05 de agosto de 2021 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, reiteró no sólo el contenido de la sentencia transcrita, sino, establece un elemento trascendental que venimos puntualizando, la necesidad del acuerdo entre las partes para la ejecución del salario en moneda extranjera, así tenemos lo siguiente:

De los extractos transcritos de la recurrida, se evidencian tres aspectos de gran relevancia y que incluso fueron mencionados en la resolución de la primera denuncia, a saber:

i) El juez de alzada ante los alegatos expuestos en el libelo de demanda, destacó el error cometido por la parte actora –en la literalidad-, quien fijó como base imponible para el cálculo de la comisión del cinco por ciento (5%), la totalidad de lo pactado en el contrato N° 4600076206, suscrito entre la sociedad mercantil Gestión Estrategia Logística Servicios C.A., (GELSCA), y E.M. Petrozamora, intitulado "Construcción del cercado perimetral para los muelles Bachaquero I y II", que disponía que el pago por los servicios prestados era –en lo concerniente a moneda extranjera- de \$2.637.602,50, dólares americanos, por lo que visto el aludido porcentaje, la ciudadana Nadine Velásquez García, debía cuantificar dicha comisión en la cantidad de \$131.880,13, dólares americanos.

ii) Que a pesar de dicho fallo, de la interpretación de cuadros anexos, se intuía que dicho monto fue utilizado y convertido en bolívares, por lo que cuantificó la deuda insoluble que tenía la entidad de trabajo con respecto a ella, en el monto de Bs. 11.253.323.269,32, (denominación anterior al 20 de agosto de 2018).

iii) Que ante el análisis de que no existió pacto de salario en dólares, sino que al ser la comisión pagadera en dicha divisa, debía la parte actora forzosamente solicitar dicho monto en moneda de curso legal para el momento de la interposición de la demanda y aplicársele a dicho importe los intereses de mora e indexación.

En consecuencia, resulta indefectible para este órgano jurisdiccional, que la sentencia impugnada no incurrió en el vicio de contradicción en los motivos, puesto que la recurrida no ordenó el pago de US\$ 131.880,13, dólares americanos, en todo caso, especificó que ese era el monto que devenía del cinco por ciento (5%) de la comisión pactada, para posteriormente, con base en un razonamiento lógico, concluir que el monto convenido por el concepto en cuestión, era el correcto y que a pesar de haber sido consignado por la empresa demandada con el escrito de convenimiento cheque de gerencia anexo a la pretensión principal, para cubrir dichos conceptos, debía calcularse intereses de mora e indexación a través de experticia complementaria del fallo.

**Luis Augusto Azuaje**

Así las cosas, tenemos que la evidencia jurisprudencial ha sido determinante en cuanto a lo que hemos venido debatiendo en estas líneas, primero, en la legalidad del acuerdo de los salarios en moneda extranjera, segundo, la diferenciación entre la moneda de cuenta y la moneda de pago, tercero, la necesidad de acuerdos explícitos que determinen los elementos del salario convenido, formas de pago y monedas aplicables para la liberación de la obligación. Salario global y paquetización de beneficios laborales.

## **II. SALARIO GLOBAL Y PAQUETIZACIÓN DE BENEFICIOS LABORALES.**

Nuestro propósito en este ensayo es lograr definir la posibilidad legal de hacer modificaciones al salario de los trabajadores, manteniendo sustentables la fuente de empleo, partiendo de la realidad imperante por hasta ahora siete años de contracción económica, imponiendo la necesidad para los sujetos del derecho del trabajo, buscar opciones que logren recomponer el valor del trabajo y la productividad de las empresas.

Por ello, nos corresponde ahora definir qué modelo adicional a un salario en moneda extranjera puede hacer viable la recuperación de ambos elementos, el salario y la productividad, siempre teniendo la armonía económica que todo centro de trabajo amerita para lograr la protección tanto del salario como la fuente de empleo.

### **2.1 Salario global y posibilidad legal de modificar el pago de condiciones de trabajo.**

Como hemos visto, muchos paradigmas giran alrededor del salario, la protección de la institución, sus principios y elementos en muchas ocasiones se tornan rígidos, trayendo como consecuencia en muchas oportunidades temores de los sujetos contratantes de lograr acuerdos más simples en torno a sus condiciones.

Por ello, participamos de lo expuesto por los autores Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde<sup>14</sup>, que en la oportunidad de plantear sobre el salario global y la simplificación salarial, argumentan lo siguiente:

La complicación que deriva de la diversidad de partidas salariales puede ser superada con el establecimiento de un denominado indistintamente salario global, simplificado o profesional que las refunda, de donde resulta

---

<sup>14</sup> Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo* (Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2006), 403.

**Luis Augusto Azuaje**

una suma o totalización de las cantidades que percibe el trabajador (Ucelay de Montero). Esta práctica ha sido reiteradamente admitida por la jurisprudencia, si la cuantía del salario global es igual o superior a la suma de sus porciones integrantes. “En principio, nada obsta a la implantación de la técnica simplificadora del salario, refundiendo... dispersos conceptos retributivos, como enseñan... [los] convenios colectivos”. El convenio colectivo o contrato de trabajo puede refundir sin comprender percepciones no salariales

Como bien apuntan los autores, la simplificación de las reglas sobre la protección del salario redundará en nuevas fórmulas como el salario global o la paquetización de beneficios que pueden potenciar el salario y la productividad dentro de la coyuntura que hoy vivimos, pues no sólo modificando la forma del pago en moneda extranjera consideramos será suficiente para recomponer su valor, pues el sólo aumento de salario bajo un esquema rígido de beneficios y pasivos laborales pudiere resultar en desincentivador a los fines de la proporcionalidad y sustentabilidad que amerita el aumento de los ingresos mensuales que ameritan los trabajadores con el cuidado de la fuente de empleo.

Al igual que en el caso del pago del salario en moneda extranjera, nuestra legislación laboral no contempla la institución del salario global o paquetización de beneficios, y a pesar que no la prohíbe expresamente, se ha venido aplicando lo establecido en el artículo 2 del Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT) para restringirlo con base al orden público de las normas contempladas en dicha Ley y por ende su “...aplicación imperativa, obligatoria e inmediata...”, el objeto del orden público es impedir que las normas puedan ser relajadas por las partes en perjuicio de los derechos del trabajador.

Muy ligado al principio del orden público laboral, encontramos el principio de irrenunciabilidad establecido en el artículo 18.4 y encabezado del artículo 19 del DLOTTT, que establece que “Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique la renuncia o menoscabo de estos derechos.”.



**Luis Augusto Azuaje**

En virtud de no existir prohibición legal expresa, hay autores nacionales calificados como Carlos Pino Ávila<sup>15</sup> que nos indica en su obra que "...la flexibilidad o flexibilización significa el ablandamiento de la solidez de las fuentes de Derecho del Trabajo y del principio fundamental de protección que se inspira en la garantía de los derechos del trabajador...", no es menos cierto que el orden público permite modificaciones "...según las exigencias sociales y particularidades del momento histórico..." que atenúan la rigidez de dichas normas, mas no las elimina.

En línea con lo expuesto por el apreciado profesor, tenemos que la aplicación e interpretación de las normas pueden ser susceptibles de flexibilizarse para acoplarse a la realidad imperante, al hecho social trabajo, pero para ello se amerita que el órgano encargado a interpretar las normas laborales, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, al igual que en el caso español se establezca una jurisprudencia sólida que permita a las partes tener certezas sobre las reglas a ser aplicadas en estos casos.

## **2.2. Antecedentes jurisprudenciales.**

El criterio de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia respecto a la paquetización de los beneficios laborales o salario global, no ha sido uniforme ni reiterado, existiendo tres etapas que podemos agrupar de la manera siguiente: Un primer período que abarca hasta el año 2009; Un segundo período que comprende entre el año 2009 y 2013; y un último período que va desde el año 2014 hasta la presente fecha.

Hasta el año 2009, prevaleció el criterio según el cual el contrato paquete es "contrario al orden público", según se desprende de la Sentencia No. 410 del 10 de mayo de 2005 en el caso *Ciro Rafael Vera Rangel Vs. Sistemas Multiplexor, S.A.*, la cual, ratificando la sentencia de Alzada, estableció que:

...la Ley Sustantiva Laboral prevé expresamente la forma y oportunidad para cancelar a los trabajadores los beneficios que devienen de la existencia de la relación de trabajo y tratándose de disposiciones de orden público no pueden ser relajadas por la voluntad de las partes, por cuanto

---

<sup>15</sup> Carlos Pino Ávila, *Interpretaciones Jurídicas. Precisiones sobre la DLOTTT, Reglamento, LOPT y LOJCA* (Caracas, Ediciones Liber, 2013) 238, 240 y 255.

**Luis Augusto Azuaje**

ello podría implicar que se desvirtúe, como se pretendió en el caso de autos a través de la figura del paquete salarial...

Según esta primera sentencia que analizamos, la paquetización de los beneficios es contraria al principio de orden público, toda vez que la entonces vigente Ley Orgánica del Trabajo del año 1997 (LOT) establecía claramente la oportunidad en la cual debían pagarse estos beneficios y, pese a que las partes lo habían acordado, no podían desvirtuar dichas estipulaciones legales. Bajo este criterio de aplicación taxativa de la Ley laboral, no hay opción a paquetizar beneficios.

Entre los años 2009 y 2013, este período estuvo marcado por la aplicación de los criterios de “flexibilización de las normas laborales” en favor de la aplicación de los contratos paquete. Aquí, encontramos los siguientes criterios jurisprudenciales de la SCS/TSJ:

Sentencia No. 464 del 02/04/2009 en el caso “Oswaldo García Guirola Vs Suramericana de Transporte Petrolero & Sargeant Marine Venezuela”, en la cual Sargeant alegó que el actor no fue trabajador dependiente de la demandada, sino que les unió un vínculo de naturaleza civil y que la remuneración convenida de USD 20.000,00 mensuales no guarda relación alguna “con otras remuneraciones bajo esquemas laborales calificados, tanto del sector público como del privado”.

Ante esto, la Sala concluyó que si existía relación de dependencia y que la pretensión sobre vacaciones, bono vacacional y utilidades, eran conceptos que “...están comprendidos en la remuneración total del ‘paquete’ compuesto por los 20.000.00 dólares mensuales...”, por lo que declaró improcedentes los mismos. Sin embargo, respecto a la prestación de antigüedad, estableció que sí debía ser pagada sin la incidencia salarial de los 3 conceptos antes desestimados.

De esta manera, se observa un cambio de criterio respecto a las decisiones previas al año 2009, por cuanto la Sala de Casación Social adopta el criterio de la legalidad del contrato paquete para los conceptos de vacaciones, bono vacacional y utilidades y su consecuente incidencia salarial para el cálculo de la prestación de antigüedad. Sin embargo, si declara la procedencia de la prestación de antigüedad y sus intereses, lo cual significa que dicho concepto no puede ser paquetizado o simplificado.

**Luis Augusto Azuaje**

Se trata de tres decisiones dictadas en el último trimestre del año 2010, específicamente las sentencias: (i) No. 1186 del 28 de octubre de 2010 de Marianela Dominga González; (ii) No. 1246 del 8 de noviembre de 2010 de Luis Felipe Natera Mundarain; y, (iii) No. 1402 del 1° de diciembre de 2010 de Daniel Julio Benavides en contra de Petróleos de Venezuela, S.A., de las cuales debemos resaltar el caso Marianela Dominga González, quien según relato de la Sala, habiendo suscrito un contrato y addendum en el cual se establecía en la Cláusula Segunda que en la remuneración mensual "...se encuentran incluidas, las prestaciones sociales del tiempo de servicio que prestare, y cualquier otro concepto que establezca la Ley Orgánica del Trabajo, Normas, Reglamentos, etc., sobre esta materia...", de acuerdo con la Sala se evidenció que "...la intención de las partes fue la prestación de servicios retribuidos, aglomerando en un pago único mensual lo que le correspondía a la trabajadora por concepto de su salario básico, así como las alícuotas mensuales de lo que se originaría por los distintos conceptos generados conforme a la legislación sustantiva laboral...".

Conforme a este razonamiento, se entiende que cuando la Sala establece la intención de las partes de "aglomerar" en un pago único todos los beneficios, validando la existencia de la figura del "contrato paquete" y reconociendo además que si bien "...esa modalidad contractual, no se encuentra tipificada en nuestra legislación laboral, podemos observar que en principio nada obsta a la suscripción de dichos contratos, ya que el trabajador no está renunciando a los conceptos jurídicos laborales que se derivan de la ejecución del contrato de trabajo, sino que se refundan en la cantidad que mensualmente se le cancela...".

En esta misma línea, la sentencia No. 1488 del 09 de diciembre de 2010 en el caso "Emilio Villapalos Vs. Grapho Formas-Petare", la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, estableció que se trataba de un profesional cuya vinculación según el empleador había sido mediante contratos de "honorarios profesionales", sin embargo, el criterio de la Sala fue reconocer la existencia de la relación laboral, su condición de trabajador de confianza y siguiendo el criterio de las sentencias Suramericana de Transporte Petrolero & Sargeant Marine Venezuela y PDVSA Petróleo, S.A., validar la posibilidad de paquetizar vacaciones, bono vacacional y utilidades, pero negándolo nuevamente respecto a la prestación de antigüedad.

**Luis Augusto Azuaje**

En la sentencia No. 222 del 26 de abril de 2013 en el caso “Fernando Guillermo Leyes vs. Brahma Venezuela, S.A.” la decisión trataba de un Gerente de la compañía que, de acuerdo con la Sala era trabajador de dirección, sin embargo, lo más resaltante de esta decisión fue que consideró que en el presente caso no se estaba en presencia de un contrato paquete por cuanto “...no se evidencia del contrato suscrito por las partes que la intención de las mismas fuese que la retribución de la prestación de los servicios estuviese aglomerada en un pago único mensual...”. Sin embargo, la Sala sí ratifica la existencia y legalidad del contrato paquete como “...la posibilidad de anticipar mensualmente beneficios como vacaciones y utilidades, mas no así la prestación de antigüedad...”.

Del grupo de decisiones traídas para este período, es claro el cambio de criterio y la flexibilización del mismo respecto a la ilegalidad del contrato paquete, básicamente con el fundamento que, el mismo, no desvirtúa los derechos de los trabajadores, sino que modifica la manera en que éstos se pagan.

Finalmente tenemos el tercer período propuesto, que parte desde el año 2014, mediante la Sentencia No. 65 dictada en fecha 5 de febrero de 2014 en el caso “Fernando Galiano Vs. Banco de Venezuela”, la SCS/TSJ retoma el criterio tradicional asumido antes de 2009 estableciendo que el “...pago anticipado y mensual de las utilidades desnaturaliza el concepto, por cuanto la Ley establece la forma y oportunidad en los cual dicho concepto debe ser pagado “...es decir el equivalente a por lo menos quince días de salario, durante el mes de diciembre, y no fraccionarlas de forma mensual...”.

Con base en lo anterior, se concluye que no existe un criterio uniforme con respecto al “contrato paquete o salario global” generando mucha incertidumbre en cuanto a la aplicación de la simplificación de ingresos mensuales de los trabajadores, descartando su aplicación en muchas ocasiones por el riesgo que contrae.

En este sentido, creemos que al no existir prohibición legal y considerar que las circunstancias actuales en conjunto con el hecho social trabajo, pudiese la Sala de Casación Social establecer parámetros más asertivos en cuanto a su aplicación, globalizando los ingresos mensuales de los trabajadores, incluyendo alícuotas de las utilidades, bono vacacional, bonificaciones por productividad, entre otras compensaciones salariales, excluyendo las prestaciones sociales o prestación de

**Luis Augusto Azuaje**

antigüedad que forma parte del pasivo futuro del trabajador, siempre que, en su conjunto la simplificación o conglobamiento de estos ingresos no atenten ni desmejoren las condiciones mínimas de los trabajadores, establecidas en el Decreto LOTTT.

### **III. CONCLUSIONES**

1. El derecho constitucional del trabajo promueve y protege con celo a través de sus normas el salario, las formas de pago y el cumplimiento de los beneficios laborales de los trabajadores.

2. No existe prohibición legal expresa para el pago de salario a través de moneda extranjera y la jurisprudencia de la Sala de Casación Social ha permitido los acuerdos de pago de salarios en moneda extranjera.

3. En los casos de implementación de la moneda extranjera como forma de pago del salario es necesario el acuerdo entre las partes, con las especificaciones de forma y oportunidad.

4. La interpretación restrictiva del principio de irrenunciabilidad y orden público de los derechos laborales por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha restringido la implementación de la simplificación del salario global o paquetización de beneficios laborales, pues sus sentencias resultan en ocasiones contradictorias entre ellas, generando incertidumbre para su desarrollo práctico.

5. Al no haber prohibición legal expresa, es posible la implementación del salario global o paquetización de beneficios a través de una jurisprudencia sólida y asertiva sobre las reglas de implementación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alfonzo-Guzmán, Rafael. *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Editorial Melvin C. A., 2004.

Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2006

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Gaceta Oficial No 36.860 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 1999.

**Luis Augusto Azuaje**

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.

García Vara, Juan. *Sustantivo Laboral en Venezuela*. Caracas: Ediciones Liber, 2012.

Krotoschin, Ernesto. *Manual de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

Pino Ávila, Carlos. *Interpretaciones Jurídicas. Precisiones sobre la DLOTTT, Reglamento, LOPT y LOJCA*. Caracas: Ediciones Liber, 2013.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo: Gaceta Oficial No 38.426 de fecha 28 de abril de 2006.

Rodner S., James-Otis. *El Dinero. Obligaciones de dinero y de valor, La inflación y La deuda en moneda extranjera*. Caracas: Editorial Anauco, 2005.

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Acceso el 17 de septiembre de 2020.  
<http://tsj.gob.ve/web/tsj>

## VENEZUELA Y EL CONVENIO N° 111 SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

*Angello Javier Peña Barrios*

Abogado mención *Summa Cum Laude* egresado de la Universidad de Los Andes, Venezuela.

Investigador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl de la Universidad de Los Andes (GIROVOM-ULA).

### Resumen

El presente artículo tiene como objeto determinar si en Venezuela existe un desarrollo en los niveles constitucional y legal del Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y su cumplimiento. En primer lugar, se analiza el concepto de discriminación y sus propiedades desde una perspectiva amplia y en los términos que señala el convenio. En segundo lugar, destaca las obligaciones adquiridas por un Estado que forma parte de dicho acuerdo, especialmente, se resalta la obligación de establecer los cambios en su legislación interna que permitan su aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico. En tercer lugar, se sistematizan instrumentos normativos en los rangos constitucional y legal que se refieren a la discriminación en el derecho laboral. En cuarto lugar, se describen determinadas prácticas del Estado venezolano en que se discrimina en el trabajo y que violan el convenio. Finalmente, se concluye que existe un desarrollo normativo del convenio que puede destacarse a través de múltiples normas que prohíben la discriminación injustificada en el trabajo, sin embargo, en la práctica el Estado ha violado el convenio y la legislación interna sobre la no discriminación en el trabajo.

**Palabras clave:** discriminación, desigualdad, derecho laboral.

## VENEZUELA AND CONVENTION N° 111 ON DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT AND OCCUPATION

### Abstract

This paper has as goal to determine if in Venezuela there is a development at the constitutional and legal levels of Convention N° 111 on discrimination in employment and occupation and its enforcement. Firstly, the concept of discrimination is analyzed from a general perspective and how it is written in the convention. Secondly, it refers to the obligations of a State that is part of the convention must respect, especially the obligation to establish changes in its internal legislation that allow its application and development in the legal system. Thirdly, normative instruments are systematized in the constitutional and legal ranges that refer to discrimination in employment law. In fourth place, certain practices of the Venezuelan State in which discrimination is allowed at work and which violate the Convention are described. Finally, it is concluded that there is a normative development of the convention that can be seen through multiple norms that prohibit unjustified discrimination at work, however, in practice the State has violated the convention and domestic legislation on non-discrimination at work.

**Keywords:** discrimination, inequality, employment law.



## INTRODUCCIÓN

La discriminación, constituye uno de los fenómenos que más ha suscitado disputas en la historia de la humanidad. Uno de los motivos es quizás por su estrecha relación con la “igualdad” como antítesis de la misma. Son innumerables las pugnas que se han manifestado para querer para todos iguales -o al menos- más oportunidades. Por ello, es el epicentro de profundas discusiones filosóficas y, en consecuencia, es presupuesto fundamental de las concepciones políticas que se han desarrollado en el devenir humano. Igualdad y no discriminación constituyen un tema dominante del derecho internacional de los derechos humanos moderno y son base en el desarrollo del derecho de los derechos humanos surgido después de la Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>.

La ciencia jurídica por su parte, es tal vez el instrumento o medio más apropiado para prevenir discriminaciones injustificadas. En efecto, los Estados cada vez están más unidos para concurrir en normas jurídicas uniformes que rigen sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, con el objeto de combatir problemas comunes como: desigualdad, pobreza y cambio climático. Casos como los de la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos y las Naciones Unidas, son organismos importantes que han tenido un rol que no puede pasar desapercibido en la elaboración de normas jurídicas para alcanzar fines comunes en una postura de constitucionalismo globalizado.

En ese orden, el trabajo por ser una actividad fundamental del ser humano no escapa del ámbito de la discriminación. Al contrario, es uno de los lugares predilectos donde puede suscitarse y se erige como un tópico de gran crecimiento en el tiempo actual<sup>2</sup>. En el campo internacional, los Estados han tenido voluntad política para adoptar normas y contribuir a proteger la no discriminación o igualdad en el área laboral.

El Estado venezolano ha ratificado un gran número de convenios relativos a la materia laboral, entre ellos, se destaca el convenio fundamental N° 111 sobre la “discriminación en el empleo y ocupación” impulsado por la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, no es poco frecuente que un Estado ratifique un tratado e

---

<sup>1</sup> Vijapur, Abdulrahim. “The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept”, *India Quarterly* Vol. 49, No. 3, 1993, p. 69.

<sup>2</sup> Green, David. “Age Discrimination and Employment Law”, *Equal Opportunity or More Opportunity? The Good Thing About Discrimination*, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, London, 2002, p. 18.

Angello Javier Peña Barrios

incumpla sus obligaciones internacionales no estableciendo leyes para desarrollarlo o peor aún, vulnerando el convenio directamente mediante la actividad estatal a pesar de la existencia un cuerpo normativo antidiscriminación en el trabajo.

La presente investigación, tiene como objeto analizar la política legislativa del Estado venezolano con respecto al convenio, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y responder las siguientes preguntas desde un enfoque interrelacionado: ¿Ha desarrollado el Estado venezolano instrumentos normativos para proteger a las personas de la discriminación en el trabajo? Y en caso de ser desarrollados: ¿Es efectiva la legislación antidiscriminatoria en el trabajo?

La búsqueda de una respuesta a la interrogante se sustentará en un análisis de instrumentos normativos de rango constitucional y legal y determinadas prácticas desarrolladas por el Estado que tienen relación con el objeto de estudio. Para esto también se utilizarán como instrumentos de argumentación, la doctrina y determinados documentos internacionales en la materia.

## I. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

### 1. Aspectos generales

El concepto “discriminación”, deriva del latín *discriminatio* que se refiere a distinción, separación o desvinculación. Según Ossorio es la “acción y efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros”<sup>3</sup>. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, discriminar es, en primer lugar “diferenciar o distinguir (una cosa) de otra”; en segundo lugar se refiere a “dar trato de inferioridad (a una persona o colectividad) espec. por motivos raciales, religiosos o políticos”<sup>4</sup>.

En las organizaciones internacionales el término discriminación se utiliza como un estándar o consenso desde el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas. Anteriormente, se utilizaban en las relaciones diplomáticas términos como “trato

---

<sup>3</sup> Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Obra Grande, Montevideo, 1986, p. 258.

<sup>4</sup> Real Academia Española. *Diccionario Práctico del Estudiante*, Santillana, España, 2007, p. 234.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Angello Javier Peña Barrios

diferencial”, “distinciones”, “arbitrariedades” o “distinciones odiosas”<sup>5</sup> para referirse a distinciones injustificadas.

La noción de discriminación, se trata según Lara de “actos u omisiones de desprecio contra una persona o grupo de personas, en virtud de un prejuicio o estigma, que se fundan en lo cultural y se extienden sistemática y socialmente”. Según el mismo autor, sus efectos son “dañar los derechos y libertades fundamentales de la persona que sufre discriminación, a quien se coloca en una inmerecida desventaja”<sup>6</sup>. En palabras de Proulx discriminar es “impedir y restringir los accesos a las posibilidades, beneficios y ventajas ofrecidas a todos los miembros de la sociedad”<sup>7</sup>.

Por otro lado, resaltando su propiedad más representativa, Rodríguez entiende discriminar como “tratar a otro u otros como inferiores, y esto en razón de alguna característica o atributo que no resulta agradable para quien discrimina: el color de la piel, la forma de pensar, el sexo, su discapacidad, etc”<sup>8</sup>.

Conforme a las nociones indicadas, discriminar se entendería como el trato de inferioridad dado de manera injustificada a otra persona, por motivos como pueden ser la raza, sexo, opinión política u otros motivos que vulneran los derechos fundamentales a través de una distinción ilegítima.

## 2. Declaración Universal de Derechos Humanos

Ante las terribles experiencias del Fascismo y Nazismo que azotaron a la humanidad, los Estados como principales actores de la comunidad internacional, cuando concluyó la Segunda Guerra Mundial de 1945, llegaron a un consenso sobre la necesidad de reconocimiento y protección de los derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su *Resolución 217 A (III)* como un ideal común para todos los pueblos. De allí que dicho

---

<sup>5</sup> Viergad, E. *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to human rights.* Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, p. 49.

<sup>6</sup> Lara, Diana. *Grupos en situación de vulnerabilidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Autónoma de México, México, 2015, p. 13.

<sup>7</sup> Proulx, Daniel. *La discrimination dans l'emploi*, Les Éditions Ivon Blais, 1993, p. 5.

<sup>8</sup> Rodríguez, Jesús. “¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?”, *Discriminación, igualdad y diferencia política*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2007, p. 62.

Angello Javier Peña Barrios

documento sea ampliamente reconocido por haber inspirado el camino para la adopción de múltiples tratados sobre de derechos humanos.

El preámbulo de tal documento, señala que la “libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; que el “desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, y que se ha proclamado como “la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

Se considera también esencial que los derechos humanos sean “protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” y que se promueva el desarrollo de “relaciones amistosas entre las naciones”, así como también que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”, y se han declarado resueltos a promover “progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

En el cuerpo del documento, se señala en su artículo 7 que todas las personas “son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Es importante que la declaración haya considerado la prohibición o derecho a la no discriminación, ya que es el principal documento que da punto de inicio al constitucionalismo global y es parte del *Ius Cogens* que sostiene el derecho internacional de los derechos humanos<sup>9</sup>. Se trata de una articulación importante del principio contra la discriminación en el periodo de la posguerra<sup>10</sup> y que destaca su relevancia para proteger

---

<sup>9</sup> Véase Peña Barrios, Angello. “Constitucionalismo global y derechos humanos”. Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 17(2), 427-447, 2021. Doi:10.5354/0718-2279.2021.63596.

<sup>10</sup> Solanke, Yyiola. *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2017, p. 41.

los postulados que se infieren de su documento y la necesidad que los ordenamientos jurídicos elaboren una legislación cónsona con ese principio.

### 3. Convenio N° 111 sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación

Según el artículo 1.1 del Convenio N° 111 sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación<sup>11</sup> objeto de estudio, establece lo siguiente acerca del término discriminación:

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
  - a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.
  - b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Del artículo se desprende que para el convenio internacional el término discriminación puede ser equivalente de: a) distinción, b) exclusión y c) preferencia. Seguidamente, se presentan los motivos de distinción en el trato, que pueden ser por: a) raza, b) color, c) sexo, d) religión, e) opinión política, f) ascendencia nacional y g) origen social. Luego se manifiesta la consecuencia del acto que puede ser: anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. En términos del propio preámbulo del convenio “*la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, que es el efecto de la discriminación.

En ese sentido, un acto de discriminación no es cualquier cosa, sino que debe reunir determinadas condiciones para ser categorizado como tal. Al mes tres elementos deben ser satisfechos: 1) el acto debe ser negativo o peyorativo; 2) el acto peyorativo debe motivarse por un carácter social que no tiene relación con capacidades individuales o meritorias y; 3) el acto tiene que tener resultados dañinos<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> El convenio N° 111, fue aprobado mediante ley por el extinto Congreso de la República el 3 de diciembre de 1964 en Gaceta Oficial N° 27.609. Posteriormente, sería ratificado el 3 de junio de 1971. En cuanto a su contenido como instrumento internacional, el convenio tiene un cuerpo normativo de 14 artículos.

<sup>12</sup> Solanke, Iyiola. *Discrimination...*, ob. cit., p. 50.

**Angello Javier Peña Barrios**

Cabe mencionar que el convenio deja abierta la posibilidad para que en el futuro puedan aparecer otros motivos de discriminación, como por ejemplo, el estado de salud que tanta importancia tiene en tiempos recientes o las visitas a determinadas páginas web ante el avance tecnológico. De allí que sea razonable lo que señala Rossillion sobre las disposiciones del convenio “tienen como fin combatir en términos generales el problema de la discriminación basada en los diferentes motivos que se presentan con más frecuencia”<sup>13</sup>.

La prohibición de discriminación que establece el convenio se encuentra abierta, por cuanto, en primer lugar “los conceptos o rasgos que permiten realizar el juicio comparativo para evaluar si existe o no igualdad se van modificando con el transcurso del tiempo”. En segundo lugar, “porque no es posible enumerar o enlistar en forma limitativa cuáles de ellos deben ser considerados relevantes o irrelevantes y que, por tanto, no deben ser tenidos en cuenta para dar un trato diferenciado”<sup>14</sup>.

Es importante destacar que la definición técnica de discriminación del convenio, significa internacionalmente un punto de partida. Históricamente, a partir del convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, el concepto de discriminación ha recibido una especial atención por parte de los expertos. La definición ha sido tomada con posterioridad por importantes instrumentos internacionales en la materia, como la destacada Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y apareció en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. De manera que existe “una secuencia histórica que exhibe un desarrollo paulatino de la definición”<sup>15</sup>.

Más adelante, el artículo *in comento* en su numeral 2 establece que “[l]as distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Así, aquellos requerimientos para determinado trabajo, basados, por ejemplo, en merecimientos o requerimientos intelectuales, tal como señala la norma, no vendrían a constituir discriminación. Un ejemplo visible en todos los Estados, sería el caso de los requisitos

---

<sup>13</sup> Rossillion, Claude. “La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 76, 1987, p. 6.

<sup>14</sup> Lara, Diana. *Grupos...* ob. cit., p. 13.

<sup>15</sup> Rabossi, Eduardo. “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 7, 1990, p. 181.

**Angello Javier Peña Barrios**

establecidos para ocupar un alto cargo público, como sería un magistrado de la Corte Suprema, donde se requieren estrictas cualidades intelectuales y de honorabilidad para desempeñar la actividad judicial.

El numeral 3 del artículo 1, prosigue señalando que “[a] los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

Se desprende que la protección no se limita al cuidado que se le dé a una persona que haya sido admitida en el trabajo. Además, tiene un contenido extensivo que comprende las posibilidades de admisión en el trabajo, como también los medios de formación para ejercer el trabajo de manera eficiente. Eso es importante, tal como apuntan Von Potobsky y Bartolomei “sin el acceso a los medios de formación, las posibilidades efectivas de admisión no tendrían efecto, dado que la formación constituye la clave de promoción de la igualdad de oportunidades”<sup>16</sup>. De manera que, el convenio establece su propia idea de discriminación que sirve de instrumento para su interpretación desde una perspectiva amplia sobre el trabajo.

## **II. OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO**

Según lo establecido en el convenio en su artículo 2, se señala lo siguiente:

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Se establece que el Estado se obliga a formular acciones políticas en el marco de la sociedad, para eliminar la discriminación en lo relativo al trabajo. Von Potobsky y Bartolomei apuntan que “parte de esa política pudiera ser, por ejemplo, el exigir concursos u oposiciones para acceder a los cargos públicos donde se exijan determinadas

---

<sup>16</sup> Von Potobsky, Geraldo y Bartolomei, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 436.

**Angello Javier Peña Barrios**

calificaciones profesionales, como se practica ya en países iberoamericanos<sup>17</sup>. Es una política que favorece los justos merecimientos, en lugar de otras formas de ingreso a los cargos públicos.

Seguidamente, el artículo 3 señala una serie de obligaciones que deben cumplir los Estados en las prácticas nacionales:

- a) tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- b) promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- c) derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política;
- d) llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional;
- e) asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional;
- f) indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.

Este artículo, comprende un amplio contenido de deberes para el Estado firmante del convenio. Empieza por dar una noción de la política nacional a que se obliga el Estado parte del convenio, siendo una de las formas de cooperación como indican Von potobsky y Batolomei “una negociación colectiva, donde en aquellos países en que la legislación permite que los efectos de un contrato colectivo puedan extenderse a todos los empleadores y trabajadores de una región o de una actividad, o de ambos a la vez”<sup>18</sup>.

Ahora bien, entre las políticas fundamentales que el Estado debe desarrollar para fomentar la igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito laboral, se encuentra la relacionada al desarrollo legislativo. En efecto, Toselli señala que “cuando un país adopta un convenio de la OIT se obliga a establecer los cambios en su legislación interna que

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 456.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 484.



Angello Javier Peña Barrios

permitan su aplicación”<sup>19</sup>. Inclusive, establecer reformas constitucionales si es necesario para adaptar el ordenamiento constitucional al internacional.

Lo que puede hacer el Derecho para prevenir la discriminación se resalta. La posibilidad más obvia, se relaciona con prohibir prácticas que contribuyan a la exclusión, no sólo estableciendo sanciones para quienes utilizan prácticas discriminatorias, sino también animando a aquellos que buscan su prevención mediante incentivos institucionales que promuevan prácticas de no discriminación<sup>20</sup>.

En ese sentido, el Estado puede adoptar medidas antidiscriminatorias, en los siguientes niveles: 1) constitucional; 2) legal; 3) sub legal y 4) judicial. Aquí interesa principalmente el desarrollo normativo a nivel constitucional y legal.

### III. CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Constitución Nacional de 1999 de Venezuela, de manera genérica reconoce el goce de los derechos humanos sin ningún tipo de discriminación en su artículo 19. Tal precepto indica que el Estado “garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” y su respeto y garantía son “obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

Se establece la protección de los derechos humanos y la consagración de una serie de principios, tales como: la progresividad y la irrenunciabilidad. Como se hace notar, el Estado se obliga constitucionalmente a garantizar la no discriminación.

El artículo 21 establece el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, por el cual, no se permiten discriminaciones fundadas en motivos como “la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de

---

<sup>19</sup> Toselli, Carlos. “Aplicación de las normas de la OIT en los juicios del trabajo”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 1, Caracas, 2013, p. 23.

<sup>20</sup> Ullmann-Margalit, Edna and Sunstein, Cass. “Inequality and Indignation”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 30, No. 4, 2001, p. 356.

**Angello Javier Peña Barrios**

los derechos y libertades”. Luego, indica que la legislación debe garantizar “condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva” y además adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que “puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por algunas de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Como se establece en la norma constitucional, se consagra el principio de igualdad ante la ley y no discriminación. En lo que concierne al trabajo, aquellas prácticas que tiendan a menoscabar el ejercicio de las condiciones de igualdad, en este caso, en el ámbito laboral, encuentran un gran obstáculo en esta norma.

También se indica en la norma que el Estado debe adoptar medidas positivas -de intervención- en favor de grupos vulnerables, como pueden ser las personas con discapacidad, los afrodescendientes, personas adultas mayores, los niños y niñas y las mujeres, basado en que el principio de igualdad “implica relativamente que se deben tratar igual lo que es igual y diferente ante que es distinto”<sup>21</sup>. En efecto, el principio de igualdad implica correlativamente el “principio de protección”, según el cual “está diseñado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina ‘discriminación inversa’ y ‘acción positiva’”<sup>22</sup>.

La legislación especial que discrimina positivamente -justamente- en favor de determinados grupos de la sociedad multicultural se establece con un objeto de protección<sup>23</sup>. Estos grupos se encuentran situación de vulnerabilidad y el derecho busca beneficiar a ciertas personas dentro de circunstancias específicas, en que se podría justificar la intervención del Estado para su protección en el ámbito laboral.

El artículo 87 de la norma fundamental, ya se adentra en la esencia del ámbito laboral. Tal norma dispone que toda persona “tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar” por lo cual el Estado deberá garantizar “la adopción de las medidas necesarias a

---

<sup>21</sup> Ian Brownlie. *Basic Documents on Human Rights*, second edition. Oxford University Press, 1981, p. 464.

<sup>22</sup> Rabossi, Eduardo. “Derechos humanos...”, ob. cit., p. 177.

<sup>23</sup> Khaitan, Tarunabh. *A Theory of Discrimination Law*. Oxford University Press, United Kingdom, 2015, p. 119.

**Angello Javier Peña Barrios**

los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho”.

La vigente constitución, al igual que la de 1947, establece en su diseño al trabajo tanto como un derecho como un deber, ya que la constitución de 1961 había suprimido que era un deber. Se menciona que el Estado debe promover medidas para que toda persona natural, es decir, independientemente de su raza, concepción política, sexo o cualquier factor de distinción, tengan una ocupación productiva.

Por otro lado, para que sea un ejercicio pleno del derecho al trabajo, debe tener como fruto una existencia digna y decorosa, además, siendo un fin del Estado el fomentar el empleo, ya que en el preámbulo de la constitución, uno de los derechos a que se hace mención, es sobre el derecho al trabajo<sup>24</sup>.

Más adelante, el artículo 88 constitucional se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres sobre el derecho al trabajo, refiriendo que el Estado “garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo”. Así, se reconoce la igualdad de género en el ejercicio del derecho al trabajo, lo cual constituye un paso fundamental en la lucha contra la discriminación en el trabajo.

En el devenir histórico, se ha visto cómo a las mujeres se les ha discriminado laboralmente, por ejemplo, en ámbitos como la remuneración, en el cual se les paga menos que a los hombres. También, con relación a la preferencia que se tiene en los cargos públicos por los hombres, lo cual ha empezado a disminuir paulatinamente en los últimos tiempos.

El artículo 89 establece la base ontológica del trabajo, de los cuales uno de los principios allí mencionados hace especial referencia a la no discriminación. Se señala que el trabajo es “un hecho social y gozará de la protección del Estado”, por lo cual, la legislación “dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras”. Para el cumplimiento de esta obligación constitucional, se establecen como uno de los principios la prohibición de “todo tipo de

---

<sup>24</sup> Se indica en el preámbulo de la norma fundamental que “con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado” y “asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna”.

**Angello Javier Peña Barrios**

discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición”.

Los constituyentes adoptaron una norma similar a la establecida en el artículo 1 del convenio en estudio, que en esencia, es una concreción del artículo 21 constitucional pero insertada en el ámbito laboral, en el cual se describe los motivos que impulsan la discriminación. Además, deja abierta la posibilidad que puedan emerger otras razones o motivos que constituyan discriminación. Para el constituyente y desde una percepción originalista, por consiguiente, la prohibición de la discriminación -o la no discriminación en términos del convenio- viene a ser la base ontológica en que se sustenta el trabajo.

Finalizando el capítulo referente a los derechos sociales y de las familias, el artículo 95 señala que los trabajadores “sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como afiliarse o no a ellas”. Así también, se indica que los trabajadores “están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho”.

Se menciona que los trabajadores sin distinción alguna, tienen libertad de constituir organizaciones sindicales para la defensa de sus derechos, sin ser necesario autorización previa, en el cual no deben tener injerencia los órganos administrativos, ya que es una especie de libertad. Este es uno de los casos en que se denota que los derechos sociales, no en todos los casos, significan conductas positivas del Estado. En este supuesto, por el contrario, implica una abstención estatal en el ejercicio de este derecho.

#### **IV. DECRETO DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS**

El Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en su artículo 18 menciona la base sobre la que se orienta el trabajo. Uno de los principios en que se apoya, es la prohibición de “todo tipo de discriminación por razones de edad, raza, sexo, condición social, credo o aquellas que menoscaben el derecho a la igualdad ante la ley y por cualquier otra condición”.

**Angello Javier Peña Barrios**

Esta ley material, viene a desarrollar lo establecido en el artículo 89 constitucional, asimismo, menciona que el trabajo debe gozar de cierta protección por cuanto es el medio para alcanzar los fines del Estado, y remitiéndose al artículo 87 constitucional, establece que viene a constituir uno de los fines del Estado. Además de la protección que debe gozar por servir de medio para alcanzar los fines del Estado, se establece que satisface necesidades materiales e intelectuales y la justa distribución de la riqueza.

En ese orden, establece la igualdad de género en el trabajo en su artículo 20. Indica que el Estado “garantiza la igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo. Los patronos y patronas, aplicarán criterios de igualdad y equidad en la selección, capacitación, ascenso y estabilidad laboral, formación profesional y remuneración” y están obligadas a fomentar “participación paritaria de mujeres y hombres en responsabilidades de dirección en el proceso social de trabajo”.

Este artículo, viene a desarrollar la igualdad de género establecida en la Constitucional Nacional, estableciendo que los patronos deben aplicar criterios de igualdad no solo en la remuneración, sino en otros ámbitos como el concerniente al ascenso.

Asimismo, este instrumento normativo describe las prácticas discriminatorias que deben evitarse en el trabajo en su artículo 21. Refiere que se prohíbe “toda distinción, exclusión, preferencia o restricción en el acceso y las condiciones de trabajo, basadas en razones de raza, sexo, edad, estado civil, sindicalización, religión, opiniones políticas, nacionalidad, orientación sexual, personas con discapacidad u origen social” que menoscabe el derecho al trabajo.

Por el contrario, el mismo artículo señala que no se consideran discriminatorias “las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad, paternidad y la familia, ni las tendentes a la protección de los niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad”. Y que las solicitudes y contratos individuales de trabajo no podrán “incluir cláusulas” que establezcan distinciones injustificadas.

Esta disposición normativa, sirve para ejemplificar el artículo 1.2 del convenio en estudio, en el que deja abierta la posibilidad de que surjan otros motivos de discriminación en el empleo y la ocupación no previstos allí, de manera que, según este artículo 21 de la

**Angello Javier Peña Barrios**

ley del trabajo, podría insertarse en los motivos no mencionados en el convenio, por ejemplo, el estado civil de las personas. Cabe agregar, se establecen tratos especiales que no se consideran discriminación, lo que viene a desarrollar lo establecido en el artículo 5.1 del convenio, como es el caso de las personas con discapacidad.

Asimismo, se encuentra el artículo 26 referido al principio de que toda persona tiene derecho y deber de trabajar, así como la aseveración que se hace para incluir a las personas con discapacidad. También se hace mención en los artículos 289, 290 y 291 a la no discriminación para las personas con discapacidad, por tanto, referidos a la inclusión en trabajo, al derecho al trabajo en consecuencia, y a un trabajo digno para las personas con discapacidad; el artículo 346 sobre la no discriminación por razones de embarazo, por lo que, en consecuencia, no se puede establecer diferencia de salario con respecto a las personas que ejecuten un trabajo igual en la misma entidad.

Esta ley material establece diversas disposiciones normativas antidiscriminación en el trabajo que son relevantes para la protección de los trabajadores y desarrollo legislativo del convenio.

## **V. LEY ORGÁNICA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL**

La Ley Orgánica contra la Discriminación Racial, es una ley dictada formalmente por la Asamblea Nacional. Su artículo 9 establece ciertos actos que no se consideran discriminatorios, tales como “distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados, para desempeñar un cargo, oficio o actividad determinada”. Esta disposición viene a desarrollar lo establecido en el artículo 1.2 del convenio en estudio, por el cual, ciertos requerimientos para determinados trabajos no son actos discriminatorios.

El artículo 10 establece lo que se debe comprender por “discriminación racial”, indicando que se entiende como “toda distinción, exclusión, restricción, preferencia, acción u omisión, que fundada en las ideologías racistas y por motivos de origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo”, la cual tenga por objeto “negar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades de la persona o grupo de personas”.

**Angello Javier Peña Barrios**

La disposición legislativa, ofrece una noción descriptiva de discriminación racial. Aplicado al ámbito del derecho laboral, serían aquellos actos que fundados en ideologías racistas y por motivos de origen étnico, origen nacional o rasgos del fenotipo, nieguen el hecho social que constituye el derecho al trabajo.

El artículo 18 se refiere a determinadas políticas públicas que deben efectuarse para prevenir y erradicar la discriminación racial. Así, señala que “medios de comunicación social y difusión de carácter privado, el sistema nacional de medios públicos, así como los medios de comunicación popular o de otras modalidades, en el ámbito comunal, municipal, estatal y nacional” deben “incluir en su programación contenidos orientados a la prevención y erradicación de la discriminación racial”.

Lo establecido en la norma, constituye políticas que debe emplear el Estado para estimular la igualdad en diversos ámbitos, que circunscrito en el ámbito laboral, puede contribuir a mejorar la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, tal como lo establece el artículo 2 del convenio.

Asimismo, se encuentra el artículo 16 relativo a planes, programas y proyectos que debe diseñar el instituto nacional contra la discriminación racial, en coordinación con órganos en materia laboral, orientados a la formación y concienciación de los trabajadores:

El Instituto Nacional Contra la Discriminación Racial, en coordinación con los órganos y entes competentes en materias laboral y educativa, diseñará los planes, programas, proyectos y actividades orientados a la formación, concienciación y sensibilización de los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas, trabajadores y trabajadoras del sector público y privado, con el fin de educar y fomentar un trato justo a toda persona y grupos de personas, teniendo como objetivo principal la prevención y erradicación de la discriminación racial.

En ese orden, el artículo 19 establece una norma similar:

Los propietarios, propietarias, administradores, administradoras, empleadores, empleadoras o responsables, y en general toda persona natural o jurídica, prestadores de bienes o servicios, en coordinación con el Instituto Nacional Contra la Discriminación Racial, deben disponer de los mecanismos necesarios para la formación, concienciación y sensibilización de los trabajadores y trabajadoras a su cargo en materia de prevención y erradicación de la discriminación racial, así como de establecer condiciones equitativas que fomenten las relaciones de igualdad entre éstos y éstas.

**Angello Javier Peña Barrios**

Tanto para el sector privado como del sector público con el fin de erradicar la discriminación, se hace indispensable adoptar políticas de sensibilización en el trabajo. Lo cual, viene a desarrollar el artículo 3 (e) del convenio. Por otro lado, el artículo 19 establece la obligación de formación de los trabajadores con el fin evitar este tipo de discriminación en el ámbito laboral.

Los grupos de la sociedad multicultural como los afrodescendientes constituyen poblaciones de la sociedad sobre las cuales es necesario legislación especial. Estos grupos pueden sufrir lo que se denomina como “discriminación múltiple” por sus rasgos de raza, razón por la cual, leyes como esta es un paso positivo en la protección de grupos vulnerables.

## **VI. LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA**

Las mujeres constituyen otro grupo vulnerable de la sociedad que debe ser protegido por la política legislativa del Estado. La Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, empieza por enunciar los principios sobre los que se orienta, además de los fines que se pretende alcanzar, en su artículo 2:

Fortalecer políticas públicas de prevención de la violencia contra las mujeres y de erradicación de la discriminación de género. Para ello, se dotarán a los Poderes Públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, laboral, de servicios sociales, sanitarios, publicitarios y mediáticos.

Se establece el deber del Estado mediante políticas públicas de orientar la erradicación de la discriminación de género en el ámbito laboral, lo cual es muy relevante. Por otro lado, el artículo 15 establece las tipologías de violencia de género, donde se encuentra incurso la violencia laboral:

Es la discriminación hacia la mujer en los centros de trabajo: públicos o privados que obstaculicen su acceso al empleo, ascenso o estabilidad en el mismo, tales como exigir requisitos sobre el estado civil, la edad, la apariencia física o buena presencia, o la solicitud de resultados de exámenes de laboratorios clínicos, que supeditan la contratación, ascenso o la permanencia de la mujer en el empleo. Constituye también discriminación de género en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual salario por igual trabajo.



**Angello Javier Peña Barrios**

El legislador establece una noción descriptiva sobre violencia laboral, lo que constituye un motivo de discriminación en el trabajo que puede traer como consecuencia que el ascenso, permanencia en el empleo y contratación, se encuentren condicionadas ilegítimamente. Además, el legislador reconoce que quebrantar el derecho de igual salario por igual trabajo, constituye una causal de discriminación de género.

El artículo 49 se refiere a las sanciones por la ejecución prácticas que obstaculicen el derecho al trabajo de las mujeres:

La persona que mediante el establecimiento de requisitos referidos a sexo, edad, apariencia física, estado civil, condición de madre o no, sometimiento a exámenes de laboratorio o de otra índole para descartar estado de embarazo, obstaculice o condicione el acceso, ascenso o la estabilidad en el empleo de las mujeres, será sancionado con multa de cien (100 U.T) a mil unidades tributarias (1.000 U.T.), según la gravedad del hecho.

Si se trata de una política de empleo de una institución pública o empresa del Estado, la sanción se impondrá a la máxima autoridad de la misma. En el supuesto de empresas privadas, franquicias o empresas trasnacionales, la sanción se impondrá a quien ejerza la máxima representación en el país.

La misma sanción se aplicará cuando mediante prácticas administrativas, engañosas o fraudulentas se afecte el derecho al salario legal y justo de la trabajadora o el derecho a igual salario por igual trabajo.

Se manifiestan las sanciones que se establecerán como consecuencia de ejecutar un trato discriminatorio contra la mujer en el ámbito laboral, siendo más agravada, lógicamente, para los organismos del Estado que la efectúen. Se trata de un instrumento importante para prevenir la discriminación de la mujer en el trabajo.

## **VII. LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**

Los niños, niñas y adolescentes son uno de los grupos más vulnerable de la sociedad que debe ser protegidos por la legislación tanto internacional como nacional. La Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, contiene una disposición sobre el trabajo rural de los adolescentes. Se indica en su artículo 112 lo siguiente:

Los adolescentes trabajadores y las adolescentes trabajadoras rurales tienen derecho a percibir el salario mínimo fijado de conformidad con la ley que,

en ningún caso, su remuneración será inferior a la que recibe un trabajador o una trabajadora mayor de dieciocho años, por la misma labor.

El legislador establece el principio de igual trabajo, igual salario para los adolescentes que ejecuten un trabajo rural. Así que, los adolescentes tienen el derecho a percibir un salario mínimo acorde con la labor que desempeña, es decir, esto incluye el trabajo por las mismas horas que desarrolla una persona adulta, de modo que, si una persona mayor de edad desempeñara la misma labor, no recibiría un salario mayor, sino el mismo al que se le establece al adolescente por su labor. Esta ley constituye un relevante instrumento de protección de los niños, niñas y adolescentes.

### **VIII. LEY PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La Ley para las Personas con Discapacidad, contiene disposiciones normativas que desarrollen el convenio N° 111. En concreto, se desarrolla lo que establece el artículo 5 del convenio, cuando menciona que:

1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.
2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

Las medidas adoptadas en instrumentos normativos internacionales o recomendaciones (que también obligan a los Estados según el artículo 19.6 de la constitución de la OIT), no constituyen discriminación. Así, por ejemplo, las medidas referentes a personas invalidas para su readaptación en el empleo establecidas en el convenio N° 159 es una forma de describirlo.

En ese sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 165, de fecha 2 de marzo de 2005, indica que “es posible que el ordenamiento jurídico establezca diversas regulaciones de carácter particular que no sean violatorias de los preceptos constitucionales”. Regulaciones o medidas de carácter particular/especial, son las que contempla la ley sobre personas con discapacidad.

**Angello Javier Peña Barrios**

Se tratan de medidas que son de índole especial, pero no discriminatorias injustificadamente. El convenio menciona que pueden ser: sexo, invalidez, edad, nivel social, entre otras. Pero, no son limitativas, ya que el convenio usa los términos “tales como”. En ese orden, el artículo 28 de la ley sobre personas con discapacidad, se refiere a la inclusión de las personas con discapacidad en el ámbito laboral:

Los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, así como las empresas públicas, privadas o mixtas, deberán incorporar a sus planteles de trabajo no menos de un cinco por ciento (5%) de personas con discapacidad permanente, de su nómina total, sean ellos ejecutivos, ejecutivas, empleados, empleadas, obreros u obreras.

No podrá oponerse argumentación alguna que discrimine, condicione o pretenda impedir el empleo de personas con discapacidad.

Los cargos que se asignen a personas con discapacidad no deben impedir su desempeño, presentar obstáculos para su acceso al puesto de trabajo, ni exceder de la capacidad para desempeñarlo. Los trabajadores o las trabajadoras con discapacidad no están obligados u obligadas a ejecutar tareas que resulten riesgosas por el tipo de discapacidad que tengan.

Se establece que los organismos públicos o privados, como las empresas, deben al menos tener entre su nómina de trabajo un 5% de trabajadores con discapacidad. Asimismo, la inclusión de las personas con discapacidad en el trabajo, implica que el cargo que desempeñen no debe exceder de su posibilidad para ejercitarlo, de manera que, tiene que existir proporcionalidad en ese sentido.

Constituye una limitación a la libertad empresarial esta disposición normativa, por cuanto determina que las empresas privadas deben incorporar en sus planteles de trabajo a personas con discapacidad, bien sea en puestos de trabajo ejecutivos, empleados u obreros que es necesario considerar.

El artículo 29 precisa de mejor manera el empleo para personas con discapacidad de la siguiente manera:

Las personas con discapacidad intelectual deben ser integradas laboralmente, de acuerdo con sus habilidades, en tareas que pueden ser desempeñadas por ellas, de conformidad con sus posibilidades, bajo supervisión y vigilancia. A tal efecto, el ministerio con competencia en materia de trabajo formulará y desarrollará políticas, planes y estrategias para garantizar este derecho.

**Angello Javier Peña Barrios**

En efecto, las personas con discapacidad según la ley especial deben ser incluidas laboralmente, ahora bien, su inclusión se tiene que realizar conforme a una labor que puedan realizar, bajo supervisión y vigilancia. Así también, se encuentra el artículo 27 respecto a la formación de trabajo para las personas con discapacidad y el artículo 30 concerniente a la inserción y reinserción laboral que desarrollan lo establecido por el convenio.

Esta ley especial requiere una considerable reflexión sobre los costos y beneficios que esto implica en el desarrollo del país, los incentivos para las empresas y la necesidad de incluir a grupos vulnerables en el ámbito laboral.

## **IX. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO**

A pesar de un cuerpo normativo integral que pareciera proteger mínimamente a los trabajadores de discriminaciones injustificadas, el Estado venezolano ha desarrollado determinadas prácticas que discriminan en el ámbito laboral, principalmente por razones políticas injustificadas y que constituyen una vulneración manifiesta del Convenio N° 111, incumpliendo así con las obligaciones internacionales adquiridas en esta materia:

### **1. Lista Tascón**

En 2004 bajo un contexto de polarización en que diversas organizaciones políticas y la sociedad civil del país se movilizaron para promover firmas en apoyo a un mecanismo participativo de la democracia, como lo es el “referendo revocatorio” (que tiene respaldo en la Constitución Nacional en sus artículos 62 y 72) se produce un grave antecedente de discriminación por motivos políticos en el trabajo.

El diputado oficialista Luis Tascón incorporó un “Buscador Global de Firmas” para investigar los nombres de los ciudadanos que firmaron para exigir la realización del referendo revocatorio, en el que, para saber quién firmó la petición bastaba ingresar el número de cédula de identidad y el buscador desplegaba la información necesaria para saber si el ciudadano en cuestión firmó o no el referendo revocatorio. Esto acaeció con el consentimiento del entonces Presidente Chávez, el Ministerio Público y el propio Poder Judicial en forma integral que omitieron cualquier forma de contrapeso al poder.

**Angello Javier Peña Barrios**

A partir de ese suceso se suscitó en el país un “apartheid laboral”<sup>25</sup> o discriminación por motivos políticos en el ámbito laboral para aquellos que firmaron la realización del referendo revocatorio. Esto afectó fundamentalmente a los trabajadores adscritos a las instituciones del Estado, así como empresas mixtas y públicas.

Esta situación de discriminación por motivos políticos fue confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien determinó que las ciudadanas Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña fueron víctimas de discriminación política por parte del Estado venezolano, después de que en marzo de 2004 se produjera la terminación arbitraria de los contratos de servicios profesionales que tenían con el Consejo Nacional de Fronteras, órgano adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, tras haber firmado la solicitud de convocatoria a referendo revocatorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que en una sociedad democrática una persona nunca podría ser discriminada por sus opiniones políticas o por ejercer legítimamente derechos políticos, especialmente en ámbitos como los del trabajo, en los siguientes términos:

150. Por ello, la Corte concluye que la terminación de los contratos constituyó una forma de desviación de poder, utilizando dicha cláusula como velo de legalidad para encubrir la verdadera motivación o finalidad real, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente un derecho de carácter político constitucionalmente previsto, al firmar a favor de la convocatoria al referendo revocatorio presidencial. Ello fue percibido por los funcionarios superiores como un acto de deslealtad política y como la manifestación de una opinión u orientación política opositora o disidente, que motivó un trato diferenciado hacia ellas, como en efecto fue el hecho de dar por terminada arbitrariamente la relación laboral.

151. En conclusión, la Corte declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a la participación política, reconocido en el artículo 23.1.b) y c) de la Convención Americana, en relación con el principio de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Thais Coromoto Peña<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Jatar, Ana. Apartheid del siglo XXI: La informática al servicio de la discriminación política en Venezuela. *Sümate*, 2016, p. 12.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_348\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf), párrs. 150-151.

**Angello Javier Peña Barrios**

Este caso constituye un importante antecedente de discriminación laboral por motivos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ahora bien, es de advertir que los actos de discriminación por motivos políticos en el ámbito laboral en Venezuela no se limitarían al año 2004 con esa lista, si no que se convirtió en una política de Estado<sup>27</sup> y una grave práctica estatal.

En 2016 cuando se presentó una situación de hecho similar a la de 2004, en que ante un entorno de polarización política y una agravada crisis económica se realizó una solicitud de referéndum revocatorio como solución a la crisis, también se presentaron denuncias de discriminación por motivos políticos en el trabajo. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello destaca lo siguiente en su informe sobre “Discriminación por el ejercicio de los derechos políticos en el marco de la activación del referéndum revocatorio”:

Con estos nuevos hechos de hostigamiento y discriminación a ciudadanos que hacen ejercicio de sus derechos políticos, en especial del ejercicio de participación, se llega en Venezuela a más de 12 años durante los cuales el Estado ha implementado distintas formas de retaliación contra trabajadores de la administración pública o contra personas que reciben algún beneficio de instituciones del sector público.

En 2016 se observa una reedición de los sucesos ocurridos a partir de 2004, tras la publicación de la llamada Lista Tascón, y luego reutilizada bajo el nombre de Maisanta. Luego de la realización de la primera fase para la activación del mecanismo constitucional de referéndum revocatorio alcaldías, institutos autónomos y otros órganos del Estado han hecho declaraciones y tomado acciones para ejercer presión, amenazar y discriminar políticamente a quienes expresan su descontento con el partido de gobierno<sup>28</sup>.

Estos hechos violan de forma manifiesta las obligaciones internacionales adquiridas con la ratificación del Convenio N° 111 y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos. Los trabajadores de la administración pública no pueden ser discriminados por sus opiniones políticas.

## **2. Carnet de la Patria**

---

<sup>27</sup> Véase Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes. Erosión de la participación política en Venezuela con especial atención a la región andina, 2022, p. 21.

<sup>28</sup> Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello. “Discriminación por el ejercicio de los derechos políticos en el marco de la activación del referéndum revocatorio”, 2016, p. 22.

**Angello Javier Peña Barrios**

Una forma de control social y autoritaria que ha tenido consecuencias en los derechos de los trabajadores es el “carnet de la patria”. El carnet de la patria es otro método que desde el poder se ha impuesto para restringir los derechos humanos en forma clara y desproporcional, sobremanera, diferenciando injustamente a aquellas personas trabajadoras que no desean acceder a este tipo de mecanismos de control social por las implicaciones políticas que este documento representa.

El carnet de la patria se erige como una forma de discriminación, el cual es “creado durante la presidencia de Nicolás Maduro, [y] sólo ha venido a consolidar de manera pública y oficial esa modalidad segregacionista iniciada por el difunto presidente Chávez, a través de la así llamada ‘Lista Tascón’”<sup>29</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre “Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela” de 2017 indica sobre el carnet de la patria su naturaleza discriminatoria basada en motivaciones políticas:

Asimismo, la CIDH ha recibido información preocupante que indica que se condiciona el acceso a servicios de salud, a la tenencia de un documento que acredite el acuerdo con el partido oficial del Gobierno. En efecto, según declaraciones públicas del Vicepresidente de la República Tareck El Aissami del 7 de septiembre de 2017, para acceder de manera gratuita al Plan Nacional de Vacunación –que cuenta con 15.319 puntos de vacunación en todos los estados- debe presentarse el “carnet de la patria”. La información al alcance de la CIDH indica que los portadores de este documento serían personas cercanas a o que concuerdan con el partido oficial del Gobierno Nacional. Frente a esta aceveración, el Estado indicó que más de 16 millones de personas han obtenido su Carnet de la Patria, lo que equivale al 83,49% de la población venezolana mayor de quince años. Al respecto, la CIDH toma nota que la Constitución establece en sus artículos 83 y 84, la gratuidad de la atención sanitaria sin exigir requisitos. Asimismo, la CIDH condena la utilización de mecanismos de control de la ciudadanía para acceder a los servicios de salud y alimentación, que resulten discriminatorios con base en la opinión política<sup>30</sup>.

Esta forma de exclusión se institucionalizó el 10 de septiembre de 2018, a través del Decreto de Estado de Excepción N° 3.610, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.478 de la misma fecha, como el documento de identidad “necesario” para poder obtener subsidios y servicios del Gobierno. El carnet de la patria fue revisado por la Sala

---

<sup>29</sup> Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes. “‘Carnet de la Patria’ y otros medios de exclusión social por razones políticas”, párr. 1.

<sup>30</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país”, 2017, párr. 444.

Angello Javier Peña Barrios

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 638 de fecha 20 de septiembre de 2018 y se le concedió carácter “constitucional” según la Organización No Gubernamental Acceso a la Justicia<sup>31</sup>.

La violación a los derechos humanos que constituye esta medida fue denunciada 2018 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por las Organizaciones No Gubernamentales Espacio Público, Civilis, Observatorio Venezolano de Conflictividad Social y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, que señalaron:

El Gobierno usa el Carnet de la Patria y otros planes sociales para intimidar a la población y así como para propiciar un ambiente de discriminación, persecución y control político. No sólo para obligar a las personas a participar en procesos electorales, sino para acceder a medicinas, alimentos, vivienda, educación, servicios e incluso para realizar trámites o denuncias en organismos públicos. La ciudadanía sin importar su condición ha sido vejada y sus derechos transgredidos a pesar de las condiciones de salud, sociales o de vulnerabilidad. Personas que presentan necesidades específicas se han visto impedidas a acceder a sus derechos por no contar con el Carnet de la Patria, la población es discriminada y segregada por un apartheid político bajo una política autoritaria y de control<sup>32</sup>.

En efecto, dicho carnet viola derechos humanos y ha sido usado para discriminar por motivos políticos en entornos de trabajo como lo ha documentado Transparencia Venezuela. Trabajadores del sector público fueron coaccionados para registrarse en el carnet de la patria y se amenazaron a aquellos que se negaron con un despido injustificado<sup>33</sup>. Para esta organización, el carnet se ha utilizado de forma coactiva para intimidar y conseguir que las personas hagan todo a través de ese mecanismo, infundiendo temor en la población bajo amenaza de exclusión “pues no podrán recibir la bolsa o caja CLAP tener acceso a medicinas, a educación, vivienda, trabajo, entre otros derechos”<sup>34</sup>.

### **3. Informe de la Comisión de Encuesta de la Organización Internacional del Trabajo: discriminación en organizaciones sindicales independientes**

---

<sup>31</sup> Acceso a la Justicia. “INFORME ANUAL DE ACCESO A LA JUSTICIA. El camino a la dictadura con el aval del Tribunal Supremo de Justicia”, 2018, p. 15.

<sup>32</sup> Acceso a la Justicia. “Régimen institucionalizó el Carnet de la Patria para intimidar y discriminar a la población”. <https://accesoalajusticia.org/regimen-institucionalizo-carnet-patria-para-intimidar-discriminar-poblacion/>

<sup>33</sup> Transparencia Venezuela. “Carnet de la Patria: El apartheid revolucionario”, pp. 7-34.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 37.



**Angello Javier Peña Barrios**

En virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, se instituyó una comisión para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) y 1976 (núm. 144). A pesar de que el informe no se instituyó con el objeto específico de la discriminación en el trabajo, se documentan diferentes situaciones en que el Estado venezolano ha cometido determinados actos de discriminación en contra de organizaciones sindicales independientes.

Se documentan denuncias en que se ha favorecido la vinculación de organizaciones de empleadores oficialistas a facilidades financieras no accesibles para organizaciones sindicales independientes; control de la actividad de los sindicatos independientes mediante mecanismos de favoritismo e injerencia estatal indebida que además vulnera la libertad sindical; dificultades para los sindicatos no alineados con el gobierno para obtener el reconocimiento del registro competente; intromisión abusiva del Consejo Nacional Electoral en las elecciones de los sindicatos independientes mediante regulaciones, procedimientos e intervenciones indebidas y; exclusión de consultas a organizaciones sindicales independientes, en contraste con el trato privilegiado dado a otras organizaciones afines al Gobierno, aunada a la generación de un ambiente hostil y de estigmatización.

La Comisión establece que “todo favoritismo o trato desigual por parte de un gobierno discriminando en contra de las organizaciones independientes o no afines al mismo menoscaba el derecho de los empleadores o de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes”<sup>35</sup> y “concluye expresando su condena de los mecanismos y prácticas que conforman el entramado denunciado y que abarcan graves atentados a los convenios objeto de la queja (...) prácticas de favoritismo o promoción de

---

<sup>35</sup> Organización Internacional del Trabajo. “Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela”, Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144), 2019, párr. 457.

organizaciones paralelas y de discriminación”<sup>36</sup>.

## CONCLUSIONES

Finalmente, se puede señalar que la lucha contra la discriminación es ardua y compleja. El Convenio N° 111 solamente lucha contra una porción mínima del fenómeno llamado discriminación, que es en el ámbito del trabajo. Desde el punto de vista formal, Venezuela ha desarrollado un conjunto de normas que dan una gran ventaja en esta lucha contra la discriminación en el trabajo.

Desde la Constitución Nacional de 1999, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y demás instrumentos normativos de rango legal especiales, se establecen herramientas con las que se desarrollan los conceptos normativos establecidos en el convenio. Se destaca reiteradamente la prohibición de discriminación en el trabajo por motivos injustificados y la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener una ocupación productiva que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio del derecho al trabajo.

Asimismo, es relevante que la legislación no considera discriminatorias -negativamente- las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad, paternidad y la familia, ni las tendentes a la protección de los niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y personas cuya raza es vulnerable. De hecho, la Ley sobre Personas con Discapacidad establece importantes disposiciones especiales, que buscan proteger la inclusión de un grupo vulnerable como las personas con discapacidad en el ámbito laboral, y que es una limitación de la libertad empresarial.

Así, las obligaciones sobre adaptar la legislación a las disposiciones del convenio internacional N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, desde el plano formal al menos, se corresponden en ese aspecto. Sin embargo, el Estado venezolano desde el punto de vista de la eficacia del cuerpo normativo antidiscriminación en el trabajo, no cumple con el convenio ni la legislación interna. A través de prácticas autoritarias y

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 494.

**Angello Javier Peña Barrios**

violatorias de derechos humanos como la Lista Tascón, el Carnet de la Patria y la intromisión gubernamental en organizaciones sindicales independientes se produjeron graves antecedentes de discriminación injustificada en el trabajo, especialmente afectando a quienes laboran en la administración pública mediante tratos ilegítimos y arbitrarios.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACCESO A LA JUSTICIA. “INFORME ANUAL DE ACCESO A LA JUSTICIA, 2018. El camino a la dictadura con el aval del Tribunal Supremo de Justicia”, 2018.

ACCESO A LA JUSTICIA. “Régimen institucionalizó el Carnet de la Patria para intimidar y discriminar a la población”. <https://accesoalajusticia.org/regimen-institucionalizo-carnet-patria-para-intimidar-discriminar-poblacion/>

**Angello Javier Peña Barrios**

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 5.453, de fecha 24 de marzo de 2000.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescente*. Gaceta Oficial N° 5.859, de fecha 10 de diciembre de 2007.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ley Orgánica sobre el derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Gaceta Oficial N° 38.668, de fecha 23 de abril de 2007.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ley Orgánica contra la Discriminación Racial*. Gaceta Oficial N° 39.823, de fecha 19 de diciembre de 2011.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ley para las Personas con Discapacidad*. Gaceta Oficial N° 38.598, de fecha 5 de enero de 2007.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO. “Discriminación por el ejercicio de los derechos políticos en el marco de la activación del referéndum revocatorio”, 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país”, 2017.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley aprobatoria del Convenio n° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación*. Gaceta oficial N° 27.609, de fecha 3 de diciembre de 1964.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_348\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf).

GREEN, David. “Age Discrimination and Employment Law”, *Equal Opportunity or More Opportunity? The Good Thing About Discrimination*, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, London, 2002.

IAN BROWNLIE. *Basic Documents on Human Rights*, second edition. Oxford University Press, 1981.

**Angello Javier Peña Barrios**

JATAR, ANA. *Apartheid del siglo XXI: La informática al servicio de la discriminación política en Venezuela*. Sümate, 2016.

KHAITAN, TARUNABH. *A Theory of Discrimination Law*. Oxford University Press, United Kingdom, 2015.

LARA, Diana. *Grupos en situación de vulnerabilidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Autónoma de México, México, 2015.

OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. “‘Carnet de la Patria’ y otros medios de exclusión social por razones políticas”.

OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. *Erosión de la participación política en Venezuela con especial atención a la región andina*, 2022.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela”, Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144), 2019.

Organización Internacional del Trabajo. *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*. Washington.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Obra Grande, Montevideo, 1986.

PEÑA BARRIOS, ANGELLO. “Constitucionalismo global y derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 17(2), 427-447, 2021. Doi:10.5354/0718-2279.2021.63596.

**Angello Javier Peña Barrios**

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Decreto N° 8938, con Rango, Valor y Fuerza de Ley, de la Ley del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*. Gaceta Oficial N° 6.076, de fecha 7 de mayo 2012.

PROUXL, Daniel. *La discrimination dans l'emploi*, Les Éditions Ivon Blais, 1993.

RABOSI, EDUARDO. “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 7, 1990.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario Práctico del Estudiante*, Santillana, España, 2007.

RODRÍGUEZ, Jesús. “¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?”, *Discriminación, igualdad y diferencia política*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2007.

ROSSILLION, Claude. “La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 76, 1987.

SOLANKE, Yyiola. *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2017.

TOSELLI, Carlos. “Aplicación de las normas de la OIT en los juicios del trabajo”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 1, Caracas, 2013.

TRANSPARENCIA VENEZUELA. “Carnet de la Patria: El apartheid revolucionario”.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Sala Constitucional*. Sentencia N° 165, de fecha 2 de marzo de 2005.

ULLMANN-MARGALIT, Edna and SUNSTEIN, Cass. “Inequality and Indignation”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 30, No. 4, 2001.

VIERGAD, E. *The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to human rights*. Martinus Nijhoff, The Hague, 1973.

VIJAPUR, ABDULRAHIM. “The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept”, *India Quarterly* Vol. 49, No. 3, 1993.

**Angello Javier Peña Barrios**

VON POTOBsky, Geraldo y BARTOLOMEI, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

## **CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO**



## Crónica de la Facultad de Derecho

(Periodo septiembre 2020 a diciembre 2021)

### I. Integrantes del Consejo de Facultad

Para el período académico 2020-2021 el Consejo de la Facultad estuvo conformado inicialmente 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; **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.

A partir del mes de marzo de 2021 se produjeron algunos cambios quedando el Consejo de la Facultad para finales del año 2021, período académico 2021-2022, conformado por:

**Jesús María Casal**, Decano (a partir de marzo); **María Virginia Alarcón**, Directora de la Escuela de Derecho, sede Guayana; **María Lidia Álvarez Chamosa**, Directora (E) de la Escuela de Derecho sede Caracas (desde el 01-12-2021); **Ninoska Rodríguez**, Directora de Postgrado de Derecho; **Aura Yanesky Lehmann**, Directora del Centro de Clínica Jurídica; **Eduardo Trujillo**, Director del Centro de Derechos Humanos; **Benigno Alarcón**, Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno; **César Augusto Carballo** (desde el 02-11-2021); **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; **Roselis Díaz De Freitas** y **Samuel Elías Dávila F.**, representantes de los estudiantes.

## II. Propuestas del Consejo de la Facultad

1.- **El Consejo de la Facultad en sesión N° 914 del 21/09/2020** acordó a propuesta de los Consejeros representantes de los profesores y con el apoyo de los miembros del Consejo, reconocer el trabajo realizado por el Decano, Prof. Salvador Yanuzzi, las Directoras, tanto de la sede Caracas como de Guayana, profesoras Milena Liani y María Virginia Alarcón, respectivamente, por la Directora de Post Grado de la Facultad de Derecho, Prof. Ninoska Rodríguez, así como del personal de planta de las Escuelas de Derecho, sede Caracas y Guayana, durante el semestre febrero-agosto 2020, en el cual se trabajó bajo condiciones inéditas debido a la pandemia que produjo la COVID-19. Los Consejeros representantes de los profesores, egresados y estudiantes, resaltaron el trabajo realizado y la abnegada dedicación de las autoridades y personal de la Facultad y las Escuelas, lo cual hizo posible que, con éxito, se pudiera desarrollar el semestre de manera presencial a distancia. Cumplir esta labor en condiciones adversas, no impidió que se programara y desarrollara el semestre alcanzando las metas académicas trazadas y se pudiera, con ayuda de las herramientas tecnológicas desarrolladas por la propia universidad y existentes en el país, cumplir con el reto de asumir la enseñanza bajo la modalidad presencial remota. Es motivo de satisfacción y orgullo para nuestra Facultad contar con sus autoridades y el personal capacitado y como la voluntad para enfrentar los retos más difíciles.

2.- **El Consejo de la Facultad en sesión N° 923 del 08/02/2021**, una vez que el **Decano Salvador Yanuzzi** informó al Consejo que en fecha próxima cesaría en el ejercicio de su funciones, los miembros del Consejo manifestaron de manera unánime su reconocimiento al **Decano Yanuzzi**, por su seriedad, responsabilidad y sobriedad con el cual impregnó el Decanato, siempre orientado al apego a las normas, con criterio informado y ponderando, cuyas acciones siempre estuvieron orientadas a que nuestra Facultad se mantenga como la mejor Facultad de Derecho del país. Los miembros del Consejo manifestaron asimismo su agradecimiento al Decano por la labor cumplida al frente de la Facultad en momentos complicados y difíciles, sabiendo conducirnos con sabiduría, disciplina y profesionalismo.

En la misma sesión, el Consejo manifestó a la representación estudiantil saliente, **María Isabel Linares** y **Antonio Tarrazzi**, su agradecimiento y reconocimiento por su desempeño en este Consejo en representación de los estudiantes; destacándose por su

vocación de servicio, seriedad, responsabilidad, e integridad, aportando su punto de vista siempre con mucha entereza y respeto.

3.- **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 928 del 26/04/2021** manifestó su júbilo por la labor del profesor **Tulio Álvarez** como investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, así como por el reconocimiento recibido por la profesora **Milena Liani**, por una década de actividad docente dedicada a la Facultad. Adicionalmente Se acordó la entrega de una placa de homenaje al profesor **Salvador Yannuzzi**, cuya entrega estará a cargo de los profesores Miguel Mónaco, Gerardo Fernández y Alfredo Abou-Hassan.

4.- **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 930 del 24/05/2021 conoció de la autorización de apertura del turno nocturno de la carrera de Derecho en la sede de la UCAB en el ITER (Altamira).** En este sentido **el Decano Casal** presentó a las autoridades rectorales la petición de abrir el turno nocturno de la carrera de Derecho para estudiantes de nuevo ingreso, en la sede de la universidad en Altamira (ITER), con inicio de clases a partir de las 4 p.m. Esto fue recibido con beneplácito por las autoridades rectorales. El Decano elaboró la comunicación que se envió al CNU, con la debida coordinación con la Secretaria de la universidad (Prof. Magaly Vásquez), cuyo resultado fue el otorgamiento de la autorización correspondiente y fue felicitado por el Consejo por este importante paso hacia la recuperación del turno nocturno en Derecho y por lo que significa que la Facultad pueda utilizar esta nueva sede en Altamira.

5.- **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 937 del 18/10/2021** conoció la comunicación enviada por el profesor **Miguel Mónaco** vía correo electrónico al Dr. Jesús María Casal en la cual indica que “Visto el vencimiento del período 2017-2021, para el cual fui designado como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, respetuosamente me dirijo a usted con el fin de no postularme para optar para un nuevo período en dicho cargo. Las razones obedecen a la necesidad que tengo de dedicar mayor tiempo a mis hijos, en esta etapa de sus vidas, lo cual no me permite dedicar el tiempo que ese prestigioso cargo amerita...seguiré con una dedicación de 20 horas como investigador del IIJ, desde donde aspiro a trabajar en la misma línea de investigación en la cual he venido trabajando hasta la fecha, correspondiente al área de Derecho Público. Quiero agradecer el apoyo y confianza que siempre me ha brindado en el ejercicio de mi

cargo, lo cual espero poder retribuir trabajando desde mi nueva designación como investigador del III, con esmero y dedicación”. A esto el Decano y los Consejeros profirieron sus palabras de agradecimiento y elogio por la gestión, compromiso y don de gentes.

6.- El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 939 del 22/11/2021** luego de la intervención de numerosos Consejeros acordó por unanimidad, vista la renuncia de la **Profesora Milena Liani al cargo de Directora de la Escuela**, dejar constancia de la labor cumplida por la Directora saliente, destacando su profesionalismo y compromiso con nuestra Facultad. Además, su gestión en esta época de crisis, signada por la pandemia, estuvo a la altura de los acontecimientos y fue clave para que pudiéramos con éxito continuar con las actividades académicas y administrativas en la Escuela de Derecho. Agradecemos a la Profesora Liani su dedicación y esfuerzo durante los años que estuvo al frente de la Escuela, en la cual será recordada con el mayor respeto y admiración.

### **III. Reforma de programas, malla curricular y de reglamentos o normas universitarias propuestos por la Facultad.**

#### **1.- Aprobación de Concentraciones Menores o Minors de Derecho (Acta N° 922 del 25/01/2021).**

Se conoció la propuesta de Concentraciones Menores (MINOR) en Derecho Tributario, en Derecho Laboral y en Derecho de las Personas, cuyo contenido fue sometido a la aprobación de los Jefes de Cátedra respectivos y de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Concentraciones Menores (MINORS), se acuerda remitir esta decisión a los fines de su ratificación por parte del Consejo Universitario (revisar adicionalmente **Acta N° 925 del 08/03/2021**).

Los programas de los Minors postulados son los siguientes:

<b>MINOR EN DERECHO LABORAL</b>
---------------------------------

<b>Perfil de ingreso</b>	<b>Perfil de egreso</b>	<b>Asignaturas</b>	<b>Competencias Básicas</b>
Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el menor.	Profesional que fundamenta sus acciones en la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, la Democracia y los Derechos Humanos. Valores estos, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad; demostrando el dominio de los principios jurídicos y categorías de las relaciones laborales, pudiendo argumentar sobre estos temas, brindando soluciones en los conflictos que pudiesen presentarse en esta área.	Teoría General del Derecho II (6 uc)  Fundamentos y Sujetos del Derecho del Trabajo (3 uc)  Derecho Individual del Trabajo (3 uc)  Derecho Colectivo del Trabajo (3 uc)  Resolución Alternativa de Conflictos (3 uc)  Derecho Procesal del Trabajo (3 uc)	Aprender a aprender con calidad.  Aprender a convivir y servir.  Aprender a trabajar con el otro.  Aprender a interactuar en el contexto global.

### MINOR EN DERECHO TRIBUTARIO

<b>Perfil de ingreso</b>	<b>Perfil de egreso</b>	<b>Asignaturas</b>	<b>Competencias Básicas</b>
--------------------------	-------------------------	--------------------	-----------------------------

<p>Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el minor.</p>	<p>Profesional que fundamenta sus acciones en la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, la Democracia y los Derechos Humanos. Valores estos, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad; demostrando el dominio de los principios jurídicos y categorías del Derecho Tributario, pudiendo argumentar sobre estos temas, brindando soluciones en los conflictos y con capacidad para atender problemas fiscales.</p>	<p>Teoría General del Derecho II (6 uc)</p> <p>Derecho Constitucional General II: Sistema Político, Sistema de Gobierno y Forma de Estado (4 uc)</p> <p>Fundamentos de Derecho Administrativo (4 uc)</p> <p>Teoría del Acto Administrativo y Procedimiento Administrativo (4 uc)</p> <p>Derecho Tributario: Parte General (4 uc)</p> <p>Derecho Tributario: Parte Especial (4 uc))</p>	<p>Aprender a aprender con calidad.</p> <p>Aprender a trabajar con el otro.</p> <p>Aprender a interactuar en el contexto global.</p>
---	--	--	--

**MINOR EN DERECHO DE LAS PERSONAS Y LA FAMILIA**

<b>Perfil de ingreso</b>	<b>Perfil de egreso</b>	<b>Asignaturas</b>	<b>Competencias Básicas</b>
Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el minor.	Profesional que fundamenta sus acciones en la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, la Democracia y los Derechos Humanos. Valores estos, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad; demostrando el dominio de los principios jurídicos y categorías del Derecho Civil aplicable a las personas y las familias.	Derecho de las Personas: Parte General (5 UC) Derecho de las Personas: Parte Especial (4 UC) Teoría General del Derecho II (6 UC) Derecho de Familia (4 UC) Derecho de Sucesiones (4 UC) Derechos Humanos (3 UC)	Aprender a aprender con calidad. Aprender a convivir y servir. Aprender a trabajar con el otro. Aprender a interactuar en el contexto global.

## **2.- Aprobación de Propuesta de virtualización de asignaturas de la Escuela de Derecho (Acta N° 923 del 08/02/2021)**

El Consejo conoció y aprobó incorporar un cambio en la modalidad en la que puedan impartirse las siguientes materias: **Teoría Política (tercer semestre)**, **Arbitraje (octavo semestre)** y **Derecho Colectivo del Trabajo (noveno semestre)**; acordándose que la modalidad podrá ser: virtual, presencial o semi-presencial; en el marco del plan intensivo de virtualización de la Facultad de Derecho. Se acuerda remitir esta propuesta al Consejo Universitario.

## **3.- Aprobación de Concentraciones Menores o Minor de Derecho (Acta N° 925 del 08/03/2021).**

La profesora Liani elevó propuesta de Concentraciones Menores (MINOR) en Derecho Tributario y en Derecho de las Personas, cuyo contenido fue sometido a la aprobación de los Jefes de Cátedra respectivos. Luego de la detenida revisión por parte de los Jefes de Cátedra y del visto bueno otorgado por los mismos, y de la modificación, a petición del profesor Gerardo Fernández, de las asignaturas de Derecho Constitucional incluidas en el programa del Minor en Derecho Tributario, el Consejo decide aprobar las aludidas concentraciones menores y de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Concentraciones Menores (MINORS), remitir esta decisión a los fines de su ratificación por parte del Consejo Universitario.

Los programas aprobados son los siguientes:

<b>MINOR EN DERECHO TRIBUTARIO</b>			
<b>Perfil de ingreso</b>	<b>Perfil de egreso</b>	<b>Asignaturas</b>	<b>Competencias Básicas</b>
Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el minor.	El estudiante se caracteriza por ser un profesional que fundamenta sus acciones en la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad y capacidad para atender problemas fiscales.	Teoría General del Derecho II (6 uc) Derecho Constitucional Venezolano I: Historia y Parte Dogmática. (4 uc) Derecho Constitucional Venezolano II: Parte Orgánica y Garantías (4 uc) Fundamentos de Derecho Administrativo (4 uc)	Aprender a aprender con calidad. Aprender a trabajar con el otro. Aprender a interactuar en el contexto global.



		<p>Teoría del Acto Administrativo y Procedimiento Administrativo (4 uc)</p> <p>Derecho Tributario: Parte General (4 uc)</p> <p>Derecho Tributario: Parte Especial (4 uc)</p>	
<b>MINOR EN DERECHO DE LAS PERSONAS Y LA FAMILIA</b>			
<b>Perfil de ingreso</b>	<b>Perfil de egreso</b>	<b>Asignaturas</b>	<b>Competencias Básicas</b>
Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el menor.	Profesional que fundamenta sus acciones en la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, la Democracia y los Derechos Humanos. Valores estos, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad; demostrando el dominio de los principios jurídicos y categorías del Derecho Civil aplicable a las personas y las familias.	<p>Derecho de las Personas: Parte General (5 UC)</p> <p>Derecho de las Personas: Parte Especial (4 UC)</p> <p>Teoría General del Derecho II (6 UC)</p> <p>Derecho de Familia (4 UC)</p> <p>Derecho de Sucesiones (4 UC)</p> <p>Derechos Humanos (3 UC)</p>	<p>Aprender a aprender con calidad.</p> <p>Aprender a convivir y servir.</p> <p>Aprender a trabajar con el otro.</p> <p>Aprender a interactuar en el contexto global.</p>

#### **4.- Reforma del artículo 16 del Reglamento de Evaluaciones de la Facultad de Derecho - Estudios Semestrales (Acta N° 927 del 12/04/2021).**

En la auditoría de seguimiento realizada a la Facultad en noviembre de 2020, se le formuló a la Facultad observaciones derivadas de las evaluaciones planificadas en el Plan de Clases en virtud de una revisión aleatoria de algunas asignaturas, lo que pudiera generar problemas respecto al servicio de docencia, tomando en cuenta que posiblemente se afectaría al estudiante, quien tendría que realizar la respectiva solicitud de retiro parcial, ante la Secretaría, fuera del lapso, lo cual implicaría una carga adicional al normal desarrollo del proceso cuestión que acorde a nota del auditor: Sin embargo esta situación es conocida y aceptada por la Secretaria de la UCAB.

Para solventar la situación que se describe, es necesario reformar el artículo 16 del Reglamento de Evaluaciones de la Facultad de Derecho - Estudios Semestrales y ser muy rigurosos con los profesores para el cumplimiento de los plazos.

El Consejo aprobó reformar el precitado artículo 16 en los siguientes términos:

<b>Redacción original de la norma</b>	<b>Reforma propuesta</b>
Artículo 16. Consignación y publicación de calificaciones correspondientes a las materias teóricas. El profesor consignará las calificaciones que realice a lo largo del semestre entre la décima semana y la decimoquinta semana del semestre. La calificación de la evaluación final del semestre y del examen de reparación deberá consignarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se realice dicha evaluación. Las calificaciones deberán ser consignadas por medio de los mecanismos que fije la Dirección de la Escuela de	Artículo 16. Consignación y publicación de calificaciones correspondientes a las materias teóricas. El profesor registrará en el sistema determinado por la Universidad las calificaciones de las evaluaciones que realice a lo largo del semestre, antes de las fechas límite establecidas por el Consejo de la Facultad en la programación académica. La calificación de la evaluación final del semestre y del examen de reparación deberá consignarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se realice dicha evaluación.

Derecho, y serán publicadas de forma inmediata, una vez hayan sido consignadas.	Las calificaciones deberán ser consignadas por medio de los mecanismos que fije la Dirección de la Escuela de Derecho, y serán publicadas de forma inmediata, una vez hayan sido consignadas.
---	---

**5.- Aprobación de cátedra común (interfacultad). Reforma del programa de la materia Derecho Colectivo del Trabajo de la Escuela de Derecho (Acta N° 932 del 28/06/2021).**

El Consejo conoció y aprobó constituir a la asignatura **Derecho Colectivo del Trabajo** como **cátedra común (interfacultad)** con la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.

Igualmente, conoció y aprobó la reforma del programa de esa asignatura (Derecho Colectivo del Trabajo), revisado por las Escuelas de Derecho (ambas sedes) y la Escuela de Relaciones Industriales (ambas sedes), bajo la coordinación del profesor César Carballo. La reforma fue revisada por el Centro de Investigación, Innovación y Desarrollo Académico (CIIDEA), el cual otorgó el correspondiente visto bueno luego de que se incorporaran sus recomendaciones.

A modo de recordatorio, en sesión n.º 923 del 8 de febrero del año en curso, este Consejo aprobó la incorporación para esta asignatura de las modalidades de clases: virtual y semi-presencial, junto la presencial, en el marco del plan de virtualización de la Facultad de Derecho; lo cual fue oportunamente aprobado por el Consejo Universitario.

Finalmente se acordó elevar este asunto al Consejo Universitario a fin de la aprobación de la asignatura **Derecho Colectivo del Trabajo** como cátedra interfacultad, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento de Cátedras Comunes.

**6.- Aprobación de cátedras comunes (interfacultad) (Acta N° 933 del 19/07/2021).**

El Consejo conoció y aprobó constituir las siguientes asignaturas como **cátedras comunes (interfacultad)** con la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales: **Resolución Alternativa de Conflictos (7mo semestre), Fundamentos y Sujetos de**

**Derecho del Trabajo (7mo semestre), Derecho Individual del Trabajo (8vo semestre) y Derecho Tributario Parte Especial (10mo semestre).** Se acordó elevar este asunto al Consejo Universitario, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento de Cátedras Comunes.

#### **7.- Reforma de los programas de Fundamentos y Sujetos del Derecho del Trabajo y Derecho Individual del Trabajo (Acta N° 935 del 17/08/2021).**

El Consejo conoció y aprobó las propuestas presentadas por la profesora Liani, elaborada por el profesor César Caballo, Jefe del Departamento de Derecho Social, de reforma de los programas de las cátedras **Fundamentos y Sujetos de Derecho del Trabajo** (7mo. semestre), **Derecho Individual del Trabajo** (8vo. semestre), ambas cátedras comunes (interfacultad) con la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, aprobadas como tales en la sesión de este Consejo n.º 933 de fecha 19 de julio de 2021.

#### **V.- Nuestros profesores.**

##### **Ascensos:**

##### **Trabajos de ascenso de profesores de la Escuela de Derecho sede Caracas**

1) El profesor **Benjamín Klahr Zighelboin** ascendió a la categoría de profesor **Asociado**, en fecha 15-12-2020, con la aprobación de su trabajo intitulado: "*La Modificación Sustantiva De Las Condiciones De Trabajo O La Novación Objetiva Laboral La Novación Extintiva*".

2) La profesora **Ninoska Rodríguez Laverde** ascendió a la categoría de profesor **Agregado**, en fecha 11-01-2021 con la aprobación de su tesis de Doctorado en Derecho por esta Universidad que lleva por título: "*Régimen jurídico de los bienes declarados patrimonio cultural de la República*".

3) La profesora **Magaly Vásquez** ascendió a la categoría de profesor **Asociado**, en fecha 09-02-2021, con la aprobación de su trabajo intitulado: "*¿Evolución o involución del Derecho Procesal Penal venezolano? Especial referencias a las reformas del COOP*".

4) La profesora **Elvira Dupouy Mendoza** ascendió a la categoría de profesor **Agregado**, en fecha 09-03-2021, con la aprobación de su trabajo intitulado: "*Aplicación de La Convención Multilateral Beps: El Caso Venezolano*".

5) La profesora **María Fernanda Innecco** ascendió a la categoría de profesor **Asistente**, en fecha 15-06-2021, con la aprobación de su trabajo intitulado "*Análisis De La Sentencia N° 446 De La Sala Constitucional y Su Influencia En El Procedimiento De Divorcio Contencioso En Materia De Protección*".

6) La profesora **Marialis Meneses Requena** ascendió a la categoría de profesor **Asistente**, en fecha 10-08-2021 con la aprobación de su trabajo intitulado: "*El Procedimiento De Adopción En Venezuela Según La Ley Orgánica Para La Protección De Los Niños, Niñas Y Adolescentes*".

7) El profesor **Antonio Canova González** ascendió a la categoría de profesor **Asociado**, en fecha 02-11-2021 con la aprobación de su trabajo intitulado: "*Viernes De Disrupción Con Ued (Vddconued) En Universitas. Una Nueva Forma Para La Enseñanza Del Derecho, Retadora Y Expandida*".

#### **Nombramientos:**

1) **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 916 del 19/10/2020** conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para su nombramiento en la Escuela de Derecho-Caracas. en un primer contrato de la **profesora Yoselín Costa Figuera** para la asignatura **Clínica Jurídica I**, del noveno semestre.

2) **En sesión N° 924 del 22/02/2021** el Consejo recibió la visita del **Rector Francisco José Virtuoso s.j.**, con ocasión de la presentación que hizo al Cuerpo de su decisión de proponer ante el Consejo Universitario al **profesor Jesús María Casal Hernández como Decano**, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 4 del artículo 25 del Estatuto Orgánico de esta casa de estudios.

En su presentación el **Rector Virtuoso s.j** destacó la solidez académica del **Doctor Casal**, su compromiso institucional con la UCAB, su trayectoria como profesor de la Facultad de Derecho, su labor como miembro en los órganos de gobierno y de representación de la Universidad, evidenciado en el reconocido compromiso del **profesor**

**Casal** con el servicio universitario en sus distintos ámbitos. Todo lo anterior fue ratificado por el **Decano Salvador Yannuzzi**.

Oída la iniciativa de nombramiento del **profesor Jesús María Casal**, como Decano de la Facultad, por vencimiento del periodo del **Decano Salvador Rubén Yannuzzi**, este Cuerpo manifestó su apoyo a la propuesta del Rector previa deliberación (y votación) entre sus miembros.

3) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 929 del 10/05/2021** conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para su nombramiento **para el régimen semestral abril – agosto 2021 (Term. 202125) en un primer contrato primer semestre (1C/1S) a la profesora Mariana Campos**, para las materias **Clínica Jurídica I y Clínica Jurídica II**, quien había sido nombrada como profesora/investigadora del Centro de Clínica Jurídica con diez horas (10) a dedicación en la sesión del Consejo de Facultad n.º 868 de fecha 08/10/2018.

4) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 915 del 05/10/2020** conoció y aprobó la propuesta formulada por el profesor Miguel Mónaco de postular ante el Rector al **profesor Antonio Canova**, titular de la cédula de identidad n.º **9.880.302**, como **investigador asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas**, por un período de dos años, según lo establecido en el artículo 7 del Reglamento de Investigador Asociado.

5) En la misma sesión se conoció y aprobó la propuesta formulada por el profesor Miguel Mónaco de postular ante el Rector a la **profesora Caterina Balasso**, titular de la cédula de identidad n.º 6.329.925, como **investigador asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas**, por un período de dos años, según lo establecido en el artículo 7 del Reglamento de Investigadores Asociados.

6) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 928 del 26/04/2021** conoció la solicitud formulada por el profesor Miguel Mónaco, de postulación del abogado/profesor **Juan Berrios como profesor investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas**, para la línea de investigación de Derecho Constitucional, tiempo completo, a partir del 1º de julio de 2021. Vista la solicitud, el Consejo acordó remitirla al Rector para su aprobación.

7) En la misma sesión 928 también conoció la solicitud formulada por el profesor Miguel Mónaco, de postulación del abogado/profesor **Salvador Yannuzzi como profesor investigador asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas**, para la línea de investigación de Derecho Procesal, partir del 1° de mayo de 2021. Vista la solicitud, el Consejo acordó remitirla al Rector para su aprobación.

8) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 929 del 10/05/2021** conoció la solicitud formulada por el profesor Eduardo Trujillo, Director del Centro de Derechos Humanos, de postular al **abogado / profesor Leonardo Verónico como profesor investigador de dicho Centro, con una dedicación de medio tiempo** (20 horas semanales), a partir del 15 de mayo de 2021. El profesor Verónico se ha desempeñado como investigador contratado en el mismo centro, así como asistente de cátedra y profesor de la Escuela de Derecho (sede Caracas), por lo que, con esta designación, se está consolidando la relación profesional y académica con el Centro y la Facultad de Derecho. Vista la solicitud, el Consejo acordó aprobarla y remitirla al Rector para su consideración.

9) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 930 del 24/05/2021** conoció y aprobó la propuesta de postulación de nombramiento al Rector de la abogada **Andreina Ibarra**, titular de la cédula de identidad n.° **15.681.383**, para el cargo de **Coordinador de Programa, en la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho**, a partir del 1° del junio del presente año, con una dedicación de medio tiempo (20 horas semanales), de conformidad con lo previsto en el artículo 28 del Reglamento General del Estudio de Postgrado.

10) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 935 del 17/08/2021** conoció la solicitud formulada por el profesor Benigno Alarcón, Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno, de postular al **profesor Richard Romero como Coordinador de Investigación de dicho Centro**, con una dedicación de cuarenta (40 horas) semanales, a partir del 01 de agosto de 2021. El nombramiento es motivado a la renuncia de la profesora **Stefania Vitale**. Vista la solicitud, el Consejo acordó aprobarla y remitirla al Rector para su consideración.

11) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 937 del 18/10/2021** aprobó la propuesta del Decano de designación del **profesor César Carballo como Director**

**encargado del Instituto de Investigaciones Jurídicas** de esta casa de estudios, a partir del 02 de noviembre de 2021, motivado al vencimiento del período del profesor Miguel Mónaco en dicho cargo; propuesta de designación que sería elevada a la consideración del Consejo Universitario.

12) **Igualmente en la sesión número 937** el Consejo conoció la solicitud formulada por el profesor Jesús María Casal, de postular al profesor **Miguel Mónaco como profesor investigador asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas**, para la línea de investigación en el área de Derecho Público, partir del 02 de noviembre de 2021, con una dedicación de veinte (20) horas semanales. Vista la solicitud, el Consejo acordó remitirla al Rector para su aprobación.

13) En dicha **sesión del 18/10/2021** el Consejo conoció y aprobó la propuesta del Decano, Dr. Jesús María Casal, previamente conversado con el Rector, de elevar a este último la consideración de **ratificar por un nuevo período en el cargo de Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno al profesor Benigno Alarcón Daza**. Vista esta solicitud, el Consejo aprobó la proposición y remitió al Rector.

14) El **Consejo de la Facultad, en sesión N° 939 del 22/11/2021** conoció y aprobó la propuesta del Decano, previa consulta con la profesora Yanesky Lehman, **de nombramiento de tres (3) miembros del Consejo Consultivo del Centro de Clínica Jurídica cuyo período se encuentra vencido**. Con base en lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de dicho Centro, el Decano propuso el nombramiento del profesor **Néstor Luis Luengo** (Vicerrector de Identidad, Desarrollo Estudiantil y Extensión), profesor **Luis Queremel** (del ámbito profesional), y señor **William Requejo** (del sector del trabajo comunitario). .

15) En la misma sesión el Consejo conoció el nombramiento de la profesora **María Lidia Álvarez Chamosa como Directora (E) de la Escuela de Derecho-Caracas** a partir del 01/12/2021.



## **Renuncias:**

### **Renuncia de profesor de la Escuela de Derecho sede Caracas**

**Consejo de la Facultad, acta N° 923 del 08/02/2021:** El Consejo conoció la comunicación enviada vía correo electrónico de la **profesora Thairi Moya Sánchez**, de fecha 08 de febrero de 2021, en la cual renuncia a la cátedra **Inglés Jurídico II**, del sexto semestre, por motivos laborales que le imposibilitan por ahora, impartir la materia en línea.

## **Jubilaciones:**

### **Jubilaciones de profesores de la Escuela de Derecho sede Caracas**

- 1) **Consejo de la Facultad, acta N° 925 del 08/03/2021:** El Consejo conoció la comunicación presentada por el profesor **Salvador Yannuzzi** de fecha 01 de marzo de 2021, quien solicita su jubilación a partir del 15 de abril de 2021, en las cátedras de **Teoría General de la Prueba, Pruebas en el Proceso y Prácticas**, habiendo cumplido 41 años de actividad docente ininterrumpidos.
- 2) **Consejo de la Facultad, acta N° 930 del 24/05/2021:** El Consejo conoció la comunicación del **profesor Pedro Ramos**, de fecha 06 de mayo de 2021, presentando ante Rector su deseo de acogerse al régimen de jubilación conforme al artículo 4 del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones de la Universidad Católica Andrés Bello, al término del semestre en curso, en las materias: **Instituciones Jurídicas Romanas II** del cuarto semestre, **Derecho Colectivo del Trabajo** del noveno semestre y **Derecho Procesal del Trabajo** del décimo semestre.

## **Fallecimientos:**

Desde septiembre del año 2020 y hasta diciembre del año 2021 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 se dedicaron palabras de reconocimiento sus trayectorias académicas:

### **Consejo de la Facultad, acta N° 930 del 24/05/2021:**

Profesor **Oscar Ochoa Gómez**, fallecido el 22 de mayo de 2021 en la ciudad de Caracas, quien perteneció a la primera promoción de Derecho de la UCAB, fue profesor jubilado por sus más de 40 años de docencia, recibiendo reconocimientos y botones por los años de dedicación académica para la universidad.

**Consejo de la Facultad, acta N° 931 del 14/06/2021:**

Profesor **Dr. Alfredo Morles Hernández**, por su sensible fallecimiento el día 26 de mayo de 2021, quien tuvo una larga y destacada trayectoria tanto profesional como académica. Durante los 40 años dedicados a la enseñanza, se destacó como: profesor de Derecho Mercantil de la UCAB y la UCV; Decano de nuestra Facultad de Derecho y fundador del hoy denominado Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra universidad. Sin dejar de lado su importante legado en obras jurídicas sobre Derecho Mercantil que, muy orgullosamente, trasciende nuestras fronteras. Además, se desempeñó como presidente e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Como profesional, llegó a ejercer la magistratura enalteciendo al Poder Judicial de nuestro país. Por el esmerado y destacado servicio al país, la UCAB lo honró en dos oportunidades: en el año 2012, recibió el título de Profesor Emérito, y en el año 2017, fue distinguido con el Doctorado Honoris Causa; además de los reconocimientos por años de servicio a la universidad.

Profesor **Dr. Fernando Parra Araguren**, egresado de nuestra primera promoción de abogados ucabistas, quien tuvo una larga y destacada trayectoria tanto profesional como académico. Por más de dos décadas se desempeñó como docente tanto en pregrado como en postgrado de esta Facultad, con 21 años de antigüedad, habiendo alcanzado el máximo grado académico y escalafón de Profesor Doctor Titular. Fue autor de varios libros y numerosos artículos, además de coordinador de importantes publicaciones; miembro del Consejo Fundacional entre 1980 y 1992, y Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello entre 1991 y 1994. Se emitió acuerdo de duelo, el cual se anexa a la presente acta.

Profesor **Rafael Pérez Perdomo**, quien fue profesor de la Facultad por varios años (12 años, aproximadamente), ex Fiscal de la República, y abogado penalista de gran trayectoria en el país.

**Consejo de la Facultad, acta N° 939 del 22/11/2021:**

Profesor **José Pedro Barnola**, fallecido el lunes 1° de noviembre de 2021 en la ciudad de Caracas. El profesor **Barnola** se destacó como profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, durante más de treinta años, donde cumplió tareas docentes en los cursos de pregrado, tales como: Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil y Ética.

Profesor **Domingo Antonio Sosa Brito**, fallecido el viernes 19 de noviembre de 2021 en la ciudad de Caracas. El profesor **Sosa Brito** se destacó como profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, durante más de treinta años, donde cumplió tareas docentes en los cursos de pregrado y de postgrado, en las asignaturas Derecho Procesal Civil, Derecho de Seguros y Deontología Jurídica, y donde se desempeñó por varios años como representante de los profesores ante el Consejo de la Facultad de Derecho.

## **VI. EVENTOS**

En el período académico septiembre 2020 – agosto 2021 desde la Facultad de Derecho se convocaron 33 eventos, algunos de ellos realizados en conjunto con otras instancias de la Universidad y organizaciones externas. 16 de ellos fueron promovidos directamente por la Escuela de Derecho, también se apoyaron eventos organizados por otras dependencias de la Facultad de Derecho (Centro de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y de Gobierno, Centro de Clínica Jurídica), especialmente en relación a convocatoria y difusión de la misma.

No poseemos información de todos los eventos organizados por el Centro de Derechos Humanos, el Centro de Estudios Políticos y de Gobierno, Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Centro de Clínica Jurídica, salvo aquellos en los que nos han solicitado apoyo en la difusión de los mismos.

Cabe resaltar que, durante este período académico nos vimos afectados por la pandemia de la Covid 19 y la mayoría de las actividades se realizaron de modo virtual.

En el período académico septiembre 2021 – diciembre 2021 desde la Facultad de Derecho se convocaron 9 eventos, algunos de ellos realizados en conjunto con otras

instancias de la Universidad y organizaciones externas. 6 de ellos son de carácter internacional.

## VII. INTERNACIONALIZACIÓN

Durante el periodo académico Sept 2020 – agosto 2021, se realizaron 9 actividades orientadas al eje de Internacionalización, bien porque se hayan presentado invitados internacionales o porque se hayan realizado en conjunto con organizaciones internacionales, así como aquellos que, por su temática, están directamente orientados a la internacionalización.

<b>Actividad</b>	<b>Fecha</b>	<b>Responsable</b>
<b>I FORO VIRTUAL PANHISPÁNICO SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO MARÍTIMO.</b>	(31 AGO) y 1 SEPT	Argelia Perozo
<b>Presentación del libro: Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana. Dr. Jesús María Casal Hernández.</b>	11 SEPT	Jesús María Casal
<b>I Foro Virtual Hispanoamericano sobre Derecho Marítimo Internacional Privado</b>	22 Y 23 OCT	Argelia Perozo
<b>Foro Virtual Hispanoamericano sobre la enseñanza del derecho y las nuevas tecnologías</b>	12 Y 13 NOV	Argelia Perozo
<b>Presentación del Convenio de doble formación en Pregrado de Derecho UCAB - Universidad Nebrija</b>	19 NOV	Argelia Perozo – Milena Liani
<b>IX Jornadas Anibal Dominici. Derecho Probatorio. En homenaje al Dr. Salvador Yannuzzi</b>	26 y 27 NOV	Argelia Perozo
<b>Normativa OIT y Derecho laboral iberoamericano</b>	10 DIC	Milena Liani

<b>¿Quieres tener doble titulación UCAB - Universidad de Nebrija?</b>	27 MAY	Argelia Perozo – Milena Liani
<b>IX Jornadas Colombo Venezolanas y II Gran Colombianas de Justicia Transicional</b>	17 Y 18 JUN	Jesús María Casal

Durante el periodo académico Sept 2021 – diciembre 2021, se realizaron 6 actividades orientadas al eje de Internacionalización, bien porque se hayan presentado invitados internacionales o porque se hayan realizado en conjunto con organizaciones internacionales, así como aquellos que, por su temática, están directamente orientados a la internacionalización.

<b>Actividad</b>	<b>Fecha</b>	<b>Responsable</b>
I Encuentro Latinoamericano de Derecho Marítimo y Crimen Organizado Transnacional	28-30 Sept	Argelia Perozo
X Jornada Aníbal Dominici. Derecho. Cine. Literatura	1 Oct	Argelia Perozo
II Ciclo de Conferencias Virtuales de Derecho Marítimo	13 y 14 Oct	Argelia Perozo
II Foro Hispanoamericano virtual sobre Derecho Marítimo Internacional Privado	20, 21 y 22 Oct	Argelia Perozo
Tendencias de la Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina	25 Nov	Jesús María Casal

Libertad sindical: derechos humanos y normativa OIT	30 Nov	Jesús María Casal – Argelia Perozo
---	--------	---------------------------------------

## VII. COMPETENCIAS

- **Competencia: Competencia Internacional Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA) Asociación Costarricense de Derecho Internacional**

Modalidad: virtual

XXIV Edición (2020)

Delegados: María Isabel Linares, Isabella Duarte Milano, Ellis Alberti Fuenmayor, Jonathan Abraham Klindt, Roselis Díaz.

Entrenador: Georges Mussa (egresado)

Premio: Mejor memorial de representación de las víctimas

- **Competencia: Concurso Interamericano de Derecho Humanos. Washington College of Law de la American University, Washigton DC, EUA**

Modalidad: Virtual

7ma Edición (2020)

Washington DC, EUA – ONLINE

Delegados: Carmen Arteaga y Michelle Pasceri

Entrenadores: Faisal Yamil y Gabriel Ortiz

Modalidad: Virtual

8va Edición (2021)

Washington DC, EUA

Delegados: Carolina del Cielo Ruiz; Valentina Carolina Azcárate Uribe

Entrenadores: Michelle Pasceri, Gabriel Ortiz

Premios: Semifinalistas; Mejor Oradora en Español de las Víctimas: Carolina Ruiz

- **Gabinete UCAB**

Modalidad: Virtual

Edición 2020

Delegados: Anselmo Coelho, Sthefanie Fuchs, Evelio Chávez, Daniel Castillo, Teresa Raymond, Claudio Sorio, Elena Chacín, Grecia Rodríguez, María Alejandra Guerreiro, María José Ochoa

Premios: Mejor Ministro y segundo mejor debatiente (Anselmo Coelho)

Organizador: Universidad Metropolitana

Modalidad: Virtual

Edición 2021

Delegados: Anselmo Coelho, Sthefanie Fuchs, Evelio Chávez, Daniel Castillo, Teresa Raymond, Claudio Sorio, Elena Chacín, Grecia Rodríguez, María Alejandra Guerreiro, María José Ochoa

Premios: Mejor Ministro y segundo mejor debatiente (Daniel Castillo). Mención verbal como mejor Ministro y mejor debatiente (Teresa Raymond)

- **Harvard National Model United Nations (HNMUN)**

Modalidad: Virtual

Edición 2020-2021

Delegados: Aguilera Romero, Alejandra José, Conti Gómez, Anabella, Salima Cifuentes, Andrea Isabel, Gilly Pérez, Karlos Alfredo, Fontoba Arvelo, Mikel, Di Miele, Nicolás, González del Corral, Pedro Ignacio

Entrenadores: Vargas Palencia, Carlos Eduardo

Premios: Best International Delegation. Menciones honorables. Delegados sobresalientes. Mejor Delegada: Special Summit on Sustainable Development, representando a la República Popular de China.

- **Harvard World Model United Nations 2021. (WORLDMUN)**

Modalidad: virtual

Edición 2021

Delegados: Guzman Gheresi, Alejandro; Da Silva Parra, Marian Alejandra; Arteaga Fernández, Carmen Sofía; Morales Suárez, Samuel David; Harting Martínez, Iván Enrique; Azcárate Uribe, Valentina Carolina; Sánchez Pérez, Abraham Ricardo;

Veliz Freitas, Dayana Isabel; Rodríguez Ortega, Aarón Andrés; Mora Acosta, Omar Rafael

Premios: Outstanding Large Delegation. Verbal Commendations. Diplomacy Awards

- **National Model United Nations 2021 - New York (NMUN)**

Modalidad: Virtual

Edición 2021

Delegados: Battistel Salazar, Héctor Jesús, Ruiz Chopite, Carolina Del Cielo, Remuzgo Carulli, Angelo Riccardo, Alberti, Ellis Beatriz

Premios: Outstanding Delegation Award (To Iceland). Delegados sobresalientes y Mejor Documento de Posición en el Segundo Comité de la Asamblea General.

- **Modelo de Naciones Unidas de la Universidad de los Andes 2021 (MONUA 2021) (LAMUN)**

Modalidad: Virtual

Edición 2021

Delegados: Cordero Brand, Pedro Andrés; Linares Hernández, María Isabel de la Chiquinquirá; Grateron Marin, Daniel; Guerreiro Alvarado, María Alejandra; Fuchs Soto, Sthefanie Grace.

Premios: Premios a delegación sobresaliente y mejores delegados.

- **Harvard National Model United Nations - Latin America (HNMUN-LA) (VMUNS)**

Modalidad: Virtual

Edición 2021

Delegado: López Saade, Tomás Haziél

Premios: Best Delegate. Outstanding Delegate. Verbal Commendation

- **Copa Andrés Bello (Segunda Edición). (SOCIEDAD DE DEBATE)**

Modalidad: Virtual



Edición 2021

Delegados: Carballo Silva, Camila De Los Ángeles; Salgado Hernández, Estefanía; Tirado Adarme, Beatriz Helena; Arroyo Méndez, Airaris Elaiza; Eid Vásquez, Elias Nagib; Ceballos León, Luis Ángel, Dávila Figueredo, Samuel Elías; Fernández Bravo, Simón Jesús.

- **Campeonato Mundial Universitario de Debate en Español (CMUDE)-Sede Ecuador. (SOCIEDAD DE DEBATE)**

Modalidad: Virtual

Edición 2021

Delegados: Carballo Silva, Camila De Los Ángeles; Salgado Hernández, Estefanía; Tirado Adarme, Beatriz Helena; Arroyo Méndez, Airaris Elaiza; Eid Vásquez, Elias Nagib; Ceballos León, Luis Ángel, Dávila Figueredo, Samuel Elías; Fernández Bravo, Simón Jesús; Tarrazzi Vargas, Antonio José.

Premios: Primera Estudiante Venezolana en alcanzar la final de la Categoría de Discursos, siendo así UCAB debate la única delegación venezolana en lograr este hito.

## **VIII. COMUNICACIONES ENVIADAS A PROFESORES (Comunidad Ucabista)**

En el período académico septiembre 2020 – agosto 2021 se enviaron 76 correos desde la cuenta de correo institucional (derechoucabccs@ucab.edu.ve) a nuestros públicos internos y externos.

Durante el periodo académico Sept 2021 – diciembre 2021, se han enviado 17 correos desde la cuenta de correo institucional (derechoucabccs@ucab.edu.ve) a nuestros públicos internos y externos.

Los mensajes están relacionados con las actividades de la Facultad y de la Universidad en general, de interés a nuestra comunidad, a saber, convocatorias a eventos o actividades puntuales como participación en revistas o en premios y concursos, boletines informativos, comunicados y pronunciamientos tanto de la Facultad como de instancias y organismos relacionados, e informaciones de último minuto de importancia para el desarrollo de las actividades académico – administrativas de la universidad

## **IX. GRADUADOS (2020-2021)**

Aguirre Mendoza, Stefanny del Carmen

Alamo Cappellin, Sebastian

Alcarra Suruta, Martina Rosalinda

Alfonzo Giménez, Juan Andrés

Álvarez Arcia, Leonardo David

Amado Goncalves, Andrea Carolina

Andrade Piñango, Gabriela Caridad

Antonetti Knausel, Mayree Angylim

Arias Molina, Estephania Micaela

Ascanio Rondón, Yusmara Josefina

Aular Malavé, Karina Alejandra

Aveledo Acosta, Gustavo Alberto

Avendaño Morles, Mayra Alejandra

Avilán Salazar, Efigenia Elena

Azuaje Tovar, José Alfredo

Baiz Carrillo, Alexandra Carolina

Ballester Martínez, Ana Julia

Belisario Baritto, María Alejandra

Betancourt Briceño, Susana Margarita

Blanco Requena, Christian Alberto

Blanco Silva, Anderson Michel

Bontes Borges, Valeria Valentina  
Borrero Morillo, Daniela Milagros Isabela  
Brito López, Kleidys Marthina  
Caipo Campos, Teresa Elizabeth  
Caldeira Freire, Augusto Brayan  
Camargo Mariño, María Magdalena  
Cano López, Agustín  
Carrero Bellorín, Carlos Eduardo  
Carroz Rondón, Jesús Enrique  
Castro Díaz, Diana Carolina  
Cedeño Lunar, Mairyn del Valle  
Chang Petrocelli, Haniel Hernán  
Chaves Filizzola, Anna Gabriela  
Chávez Jiménez, Nohelany Andreína  
Coll Brito, Carlos Julio  
Contreras Blanco, José Gregorio Elías de Jesús  
Córdova Márquez, Carlos Anulfo  
Coronado Mayer, Andrea Alejandra  
Cuadros Zamudio, Rosario Stephanie  
Da Silva Ferreira, José Luis  
Da Silva Parra, Marian Alejandra  
Da Silva Rivas, Alejandra

De Jesús Pestana, Liliana Cristina  
Di Pentima Rodríguez, Thais Alejandra  
Díaz Hernández, María Elizabeth  
Espinoza González, Lourdes Oriana  
Felix Mendoza, Alfredo Miguel  
Fernández Bezara, Adolfo José  
Ferrer Rodríguez, José Antonio  
Flores Sánchez, Reidy Enmanuel  
Flórez Pérez, Jesús Alfonso  
Fuentes Cadena, Yhefanny Daniela  
Galarraga Rotundo, Ainhoa  
Galaviz Alviárez, Yusbelis Natibel  
Gamboa Freites, Lorianny del valle  
Giacopini Rivero, Juan Sebastian  
Gómez Hernández, Alvaris Joannelly de Fátima  
Gómez Rivera, Valentina  
Gómez Zapata, Ivanova del Valle  
González Farías, María Daniela  
González, Hugo Eduardo  
González Tineo, Rosvelyn Carolina  
Guerrero Castañeda, Alicia Esther  
Henríquez Zambrano, Jorge Luis

Hernández Araujo, Magdalena de San José

Iriarte García, Jorge Luis

Khan Jiménez, Niyuleth

Klindt Jesurun, Jonathan Abraham

Kovac Acosta, Kevin Anthony

León Cortes, David Alejandro

Lerma Montiel, María Victoria

Linarez Díaz, María Fernanda

Madriz Hernández, Marielys Alexandra

Manrique Carrillo, Marlin Lisbeth

Martínez Castillo, Sandra Zharay

Marzullo Linares, Pascual Valentino

Matos Jadrake, Carlos Alberto

Mejia Gelves, José Andrés

Meléndez Ramírez, Andrea de los Angeles

Méndez Ramírez, José Enrique

Meza Villarreal, Michelle Jocelyne

Molero Palacios, Winker Reinier

Morales Suárez, Samuel David

Moreno López, Yeliana Raquel

Muttach Oropeza, Carmen Verónica

Navas Echenique, Carmen Simona

Navas Ibarra, Sarai Vanessa  
Nieves Olivero, Valery Andreína  
Odreman Lárez, María Mercedes  
Palacios Carrero, Luis Eduardo  
Parra Benedetti, Michael Andrés  
Pereira Padrón, Jenifer Alejandra  
Petit Mayor, Rafael Mauricio  
Piedra Espidel, Luis Miguel  
Prado Durán, Diana Elizabeth  
Quiñones De Abreu, Rafael Eduardo  
Ramírez Giraldo, Melkris Mileiby  
Ramírez Volpe, Gabriella Valentina  
Recio Pamphill, Odexa Carina  
Ribeiro Da Corte, Gibson Andrés  
Rios Anaya, Gustavo Adolfo  
Ríos Umbría, Alfre Junior  
Rodríguez González, Minerva Ysela  
Rodríguez Rivera, Blanca Elena  
Rodríguez Salazar, Vanessa María Benedicta  
Román Ortega, José Antonio  
Romero García, Jolangely Milagro  
Russo Gil, Orianna Valentina

Salgado Hernández, Estefanía

Sánchez Pérez, Abraham Ricardo

Sánchez Villarroel, Sergio Luis del Valle

Schemel Hernández, Mariana Patricia

Segnini García, Isai Iasi

Segovia Brun, Rodrigo Jesús

Serrano García, Mariagabriela

Soler Zambrano, Hjalmar Daniel

Soto Gómez, Marcos Antonio

Suárez González, Annazarjath Salomondie de Jesús

Tapia Chacaltana, Luis David

Tavares De Freitas, María Goretti

Toro Cabrera, Bryan José

Torrealba Contreras, Carlos Alberto

Tovar Gómez, Oriana Joselin

Valera De Oro, Dianora Valentina

Varani Vezza, Valeria Caterina

Vásquez Becerra, Freiverlin Daniela

Viceconte Vallebona, Elizabeth

Villafranca Hernández, Angela Valentina

Villalba Neira, Dayana Eugenia

Villarroel Rangel, Marbelis del Valle

Wulff Matos, Isabella María

Zamora Muentes, Johan Robert

Abdul Hadi Abdul Hadi, Buthaina

Acevedo Vivas, Oriana

Agudelo Mederico, Carmen Tulia

Álvarez Hernández, Alejandro José

Arteaga Manzano, Daniela Alejandra

Ávila Rondón, Nazareth del Valle

Baena Sandoval, Josmel Alfredo

Basualdo Serrano, Max Alejandro

Bazan Uso, Grissely del Grebett

Bejarano Campos, Laura Valentina

Betancourt Rivas, Alejandro Gabriel

Bonilla González, Beatriz Sofía

Camino Contreras, Luis Manuel

Campos Valis, Mariángel Mercedes

Carreño Castillo, Vivian Saraith

Chacón Mejías, Ciriliannys Lisbelis

D' Urso Nefiodova, María Angibel

Díaz Bermúdez, Marie Alejandra

Franco Farías, Ricardo Augusto



Gamboa Roa, María Yaniela  
García Medina, Lucciana Valeria  
Guerra Acosta, Salomé  
Guzmán García, Francys Gabriela  
Hernández Marín, Jeffer José  
Indriago Rojas, José Antonio  
Ismail Lira, Sabah  
Kairuz Esaa, Karla José  
León González, Luis Adrián  
Luis Molina, Elio Manuel  
Martín Báez, Fabiana Rosilize  
Martínez Delgado, Ángeles Patricia  
Merengote González, Juan David  
Montero Rodríguez, Génesis Valentina  
Morales Blanca, Oriana Valentina  
Mossuto Rosales, Roccsana Nazareth  
Muñoz Brizuela, Luis Fernando  
Pérez Carrasco, Udon Javier  
Pérez Guzmán, Gerson Caleb  
Planchart Marrero, Coraima Carolina  
Rivas Moreno, Mayra Alejandra  
Roa Espejo, Diana Carolina

Rodríguez Ceballo, Jackelyne de los Angeles

Rojas Azocar, Wilma Cecilia

Subero Ruíz, Andrea Patricia

Todisco Padrón, Fiana Monserrat

Urbaneja Rondón, José Rafael

Valderrama Prashad, Miguel Ángel

Velásquez González, Maigerd Beramith

Velásquez Lathulerie, Alexnis Valentina

Verde Salazar, Emily José

Zamora Silva, Irse Paola

**NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA DE  
LA FACULTAD DE DERECHO-UCAB**

## **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 realizados de forma individual o por varios autores.

**Extensión de los artículos:** La Revista de la de la Facultad de Derecho admite a consideración artículos de una extensión máxima de 40 páginas de contenido. (No cuentan para este límite, la página dedicada a la portada del artículo ni las empleadas para la bibliografía)

**Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico [rfderecho@gmail.com](mailto: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:** escribalas 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.





## INTRODUCCIÓN

XX  
XX  
XXXXXX.

(...)

### I. TITULO DEL CAPITULO

Subtitulo del capítulo(s)

XX  
XX  
XX<sup>2</sup>

"XX  
XX  
XX  
XX  
XX"<sup>1</sup>

XX  
XX  
XX

(...)

## CONCLUSIONES

(...)

## BIBLIOGRAFIA

---

<sup>1</sup> XXXXXXXXXXXXXXX